

Kapitel II

Das Rechtsstudium und die Juristenausbildung

Inhaltsverzeichnis

17. Weg der wissenschaftlichen Forschung und dessen Relevanz bei der Juristenausbildung.....	47
18. Methodologischer Pluralismus in den römischrechtlichen Studien und Funktionalität der pädagogischen Inhalte und Methoden.....	52
19. Das Studium des römischen Rechts zwischen „juristischem Nudismus“ und Dogmatik.....	53
20. Erfordernis einer Rückkehr zum Quellenstudium mit interdisziplinären Methoden.....	55
21. Erforschung des historischen Fundaments der Juridizität: Historische Auslegung und angewandte Auslegung	57
22. Erfordernis einer Rückkehr zur Problematik, zur <i>quaestio</i> , zur <i>ratio decidendi</i>	59
23. Die Pandetistik: Antike und Moderne in der gleichen systematischen Architektur.....	60
24. Die Juristenausbildung in der Technologiegesellschaft.....	62
25. Juristisches Wissen zwischen Pluralismus der Quellen und Schrifttumsarten	63
26. Einführung in die Rechtswissenschaften im neuen an der Förderung der Person ausgerichteten System	65
27. Problembezogenheit in den Vorlesungsinhalten und –texten und Pluralität von didaktischen Techniken und Instrumenten.....	68
28. Überwindung der Tendenz zum Konzeptionalismus und der elitär-distanzierten Haltung zur eigenen geistigen Gemeinschaft	71
29. Universitätsstudium: Verantwortung des Dozenten und Einheitlichkeit von Didaktik und Forschung.....	73

17. Weg der wissenschaftlichen Forschung und dessen Relevanz bei der Juristenausbildung

Die Ausbildung des Juristen ist mehr als bei jedem anderen Forscher nicht trennbar von seiner äußerst komplexen menschlichen Erfahrung¹. Ein Beitrag zur Debatte

¹ Diese Durchdringung wurde meisterhaft erfasst von K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Milano, 1970, S. 59: „Wenn ein Laie sich den Juristen und dessen Beruf vergegenwärtigt, stellt er sich ein Individuum vor, welches mit Gesetzen zu tun hat. Jedoch erfasst er dabei lediglich einen Teilbereich der Tätigkeit eines Juristen. Auch der Laie weiß, dass ein praktizierender Jurist, der im Grunde genommen immer der Prototyp eines Juristen ist, mit dem *Leben*

über die Methode stellt einerseits der Versuch dar, sich von Technizismus und legislativem Positivismus² zu lösen; andererseits ein neues Verständnis von Positivismus, basierend nicht auf der Einhaltung des Gesetzeswortlauts, sondern der legislativen Gegebenheit, vermittelt durch die „Totalität der Erfahrung“ und der Kultur³. Dies ist der Übergang vom Primat des Gesetzes zum Primat des Rechts⁴; die Abkehr von der Schule der reinen Exegese und des Konzeptionalismus, das bewusste Aufgeben einer ruhmreichen Tradition, deren Echo an mehr als einem Lehrstuhl noch immer stark nachhallt. Eine Problematik, die ihre Bestätigung auch in der nachfolgenden theoretischen Reflexion über Beiträge und Erfahrungen von jenseits der Alpen findet, die dazu neigen, die Bedeutung, welche dem Verständnis der Rechtstexte beigemessen wird, zu punktualisieren⁵. Die Rolle des Zivilrechts, das Verhältnis zwischen Moral und Recht, treffen auf bedeutsame Berührungspunkte in einer Auslegungstheorie, die durch den Personalismus und den Vorrang der Gerechtigkeit vor dem Wortlaut des gesetzlichen Texts inspiriert ist⁶.

In dieser Richtung wird die Aufforderung zur Neudeutung des *Codice* und der Institute des Privatrechts im Lichte der republikanischen Verfassung aufgenommen⁷. Das Problem war und ist, den Verfassungsprinzipien und – normen auch in der Regelung der „privaten Verhältnisse“, in der Überwindung der Barriere zwischen Zivil- und Verfassungsrecht, in der Einheitlichkeit der Rechtsordnung und in der substantiellen Einhaltung der Quellen- und Werthierarchien, eine präzise und kohärente Rolle zu geben. Die „Neudeutung“ nimmt eine besondere Konsistenz an, bis hin zur unmittelbaren Wirkung der Verfassungsnormen, und findet eine autonome Vertiefung mit besonderem Augenmerk auf der hermeneutischen Technik⁸. Zentral ist die Findung der anzuwendenden Norm, des richtigen Verhältnisses zwischen Form und Handlung, zwischen Interpretation und Qualifikation, mit fortgesetzter Kritik an syllogistischer Argumentation und am Mechanismus der Subsumption

zu tun hat“. Zu der Bedeutung des Begriffs „Ausbildung“, subjektiv verstanden als „Erfahrungsprozess“ und objektiv verstanden als „Gesamtheit von Kenntnissen“, s. G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, cit., S. 1230 ff.; zu der kulturellen und methodologischen Erfahrung der Rechtsausbildung, s. P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 32, 2003, S. 25 ff.; S. dazu auch mit einer historischen Perspektive, N. PICARDI, *La formazione di base del giurista*, in *Dir. rom. att.*, 2004, Nr. 11, S. 147 ff.

² Dazu ausführlich *infra* Kap. III.

³ Zu der Nachwirkung, welche die Lehre von Capograssi hinterlassen hat, s. insbes. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., S. 525 f.; s. in diesem Zusammenhang P. RESCIGNO, *Sullo studio storico del diritto privato (rileggendo l'Introduzione di Riccardo Orestano)*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, S. 13 ff.

⁴ Zu diesem Ergebnis, das bereits oben erlangt wurde, *supra* Kap. I § 16; s. insbes. *infra* Kap. III § 40.

⁵ Vgl. P. PERLINGIERI, *Introduzione a «La comprensione dei testi giuridici» di Joachim Hruschka* (1983), in DERS., *Scuole tendenze e metodi*, cit., S. 179 ff.

⁶ In diesem Sinne P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge*, cit., S. 273 ff.; s. auch *infra* Kap. XII.

⁷ Vgl. P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, insbes. S. 224; P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica*, cit., S. 24 f.; DERS., *Norme costituzionali*, cit., S. 111 ff.; s. in diesem Zusammenhang ausführlich *infra* Kap. XI.

⁸ Vgl. *infra* Kap. XI und Kap. XII, insbes. §§ 189 ff.

des konkreten Sachverhaltes unter den abstrakten und allgemeinen Tatbestand der Norm, und auch mit einer entschiedenen Abkehr von jeder sowohl voluntaristischen und individualistischen als auch empirischen und pragmatischen Versuchung, welche die juristische Analyse auf die ökonomische⁹ und rein faktische reduziert. Dies schließt zwangsläufig die Ablehnung ideologischer Verherrlichung des individuellen Willens und der emanzipatorischen Kraft der Praxis als solcher¹⁰, des materiellen Rechts als Gegenstück zum formalen Recht und der hierarchischen Vorherrschaft der sogenannten materiellen Verfassung, mit ein.

Das Legalitätsprinzip darf bei Vorliegen einer rigiden Verfassung nicht anders als verfassungsmäßig sein, nicht nur wegen der Einhaltung der Quellenhierarchie der als einheitlich verstandenen Rechtsordnung, ohne Unterteilungen und Sektoren als unabhängige Variable in einer kritisierbaren spezialistischen und atomistischen Logik, sondern auch, weil gerade die Verfassung derselben Praxis, der Auslegung der „Akten mit Gesetzeskraft“ und den eventuellen sektoriellen Initiativen und Besonderheiten Legitimation gibt. Ihre Verschiedenheit findet insoweit eine Rechtfertigung, wie sie den in positiver oder negativer Weise formulierten verfassungsgemäßen Interessen und Werten entspricht, welche in dieser Weise sowohl formal als auch materiell das Gleichheitsprinzip umzusetzen suchen. Das bedeutet nicht Egalitarismus und auch nicht Umwälzung der traditionellen Sicht der sozialen Gerechtigkeit, die auf dem kommutativ-retributiven Prinzip basiert¹¹. Allerdings darf letztere auch nicht gestaltet werden ohne die notwendigen verfassungsmäßigen Korrekturen, die sich aus der Inzidenz des distributiven und solidarischen Prinzips ergeben. Gleichheit, Solidarität und volle Entfaltung der Persönlichkeit werden die axiologischen Parameter einer Rechtsprechung und eines konzeptionellen Apparates, welche die Grundlage für die Arbeit einer Generation von Juristen schaffen: eine Revolution in den Konzepten und vor allem ihrer Funktion, in Richtung historischer Entscheidungen, da qualitativ neu¹².

Philosophie und Recht, Philosophie *des* Rechts, Philosophie *im* Recht stellen Gebiete dar, die in den Umrissen und den Hauptaufgaben in einer einheitlichen Anstrengung zu präzisieren sind, die von den Juristen eine erneuerte Aufmerksamkeit gegenüber Werten und von den Philosophen eine Überwindung des Skeptizismus und der axiologischen Agnostik verlangt, um auf diese Weise ihre eigene Daseinsberechtigung wiederzufinden, was wichtig für eine Gesellschaft ist, die sich bewusst verändern muss¹³. Ein opportuner Dialog zwischen Rechtstheoretikern und Auslegenden des geltenden Rechts, der notwendigerweise kontinuierlich und unter Beachtung der historischen Bedingungen, mit erneuertem Interesse gegenüber der Relativität und der Flexibilität von Konzepten erfolgen muss. Dabei stellen die Erfahrungen des antiken Rom eine kostbare Gelegenheit dar, die nicht auf Sche-

⁹ Vgl. *infra* Kap. III § 38.

¹⁰ Vgl. *infra* Kap. III § 39.

¹¹ Vgl. *infra* Kap. VI § 91 und Kap. IX § 147.

¹² P. PERLINGIERI, *Introduzione*, in DERS., *Scuole tendenze e metodi*, cit., S. XI.

¹³ Zu den Gründen und der Notwendigkeit des Dialoges zwischen Philosophen und Juristen und besonders zwischen Rechtsphilosophen und Zivilrechtlern s. ausführlich *supra* Kap. I § 3.

omatisierungen, Verallgemeinerungen und vorgefassten Bedeutungen ausschließlich nach den heutigen Organisations- und Lebensbedürfnissen zu reduzieren sind. Aus dieser Perspektive ist es immer noch aktuell, die Rolle des römischen Rechts bei der Zivilrechtlerausbildung zu hinterfragen, und zwar Art und Weise und Umfang dieses Rechts sowohl in Bezug auf die Vollständigkeit der auf den Studierenden zu übertragenden Erfahrungen als auch auf die spezifischen Inhalte der Forschung¹⁴.

Im Zusammenhang mit diesen grundlegenden Themen und Problemen für die Juristenausbildung gab es seit jeher unterschiedliche Antworten, je nach kultureller Richtung und Strömung, die gekennzeichnet sind durch Forschungsmethoden, die nicht nach Wahrheit oder Unwahrheit, sondern nach Angemessenheit und insbesondere nach Kohärenz zu beurteilen sind¹⁵. Wenn Strömung und Methode in mehr als einer Richtung Bestätigung finden, hinsichtlich mehrerer Probleme und Institute und durch mehr als einen Gelehrten, bildet sich ein homogenes Zusammensein, eine Lehre, eine Schule. Das vorliegende Werk trägt dazu bei, eine der im heutigen Zivilrecht gegenwärtigen Tendenzen und Methoden darzustellen¹⁶, die gekennzeichnet ist durch ideologischen und methodologischen Pluralismus, der, selbst wenn er Streitgespräche und Polemik unterschiedlicher, und nicht nur europäischer, Provenienz hervorruft, einen besonderen Bedeutungsgehalt behält. Deckt man die Wurzeln der auch ideologisch geführten Debatte in der Doktrin auf, ermöglicht man überzeugte Optionen und eine bewusstere Beteiligung. Die „Sensibilität“ des Juristen erwirbt man nicht durch Auswendiglernen von Gesetzen und Entscheidungen, sondern mit kritischem und dialektischem Bewusstsein auch gegenüber der legislativen Realität. Denn das Recht stellt Umsetzungsprobleme dar, die mit Struktur- und Organisationsmangel zusammenhängen, der in bestimmten historischen Momenten – und dies ist sicher der Fall im heutigen Italien – auf eine echte „Justizfrage“ hinauslaufen können, die man unmöglich übergehen kann, als wäre sie bloß ein gesonderter Aspekt und ohne Einfluss auf die theoretische Debatte¹⁷.

¹⁴ P. PERLINGIERI, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo*, (1988), in DERS., *Scuole tendenze e metodi*, cit., S. 323 ff. hebt in diesem Sinne das kulturelle Projekt hervor, das man, bereits dem Namen nach, in der noch jungen Zeitschrift „Diritto romano attuale“ erkennt. Es wird am Ende unterstrichen, dass die „Institutionen des Römischen Rechts“ als Grundlagen des europäischen Rechts schließlich einen „geltenden Rechtsrahmen, eine vollständige und nicht nur fachspezifische Ausbildung des Juristen, eine besondere und unerschöpfliche Exegesetechnik“ bieten. So O. DILIBERTO, *Sulla formazione del giurista (A proposito di un saggio recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, S. 115, dagegen N. IRTI, *La formazione del giurista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, S. 647 ff. (sowie unter dem Titel *La formazione del giurista nell'Università del „saper fare“*, in DERS., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, S. 68 ff.), der, in Beantwortung der Frage nach dem Schicksal des „Wissens, das nicht auf technisch-produktive Leistungen reduziert werden kann“ (Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte, Römisches Recht), „die reinste und beständige Lösung [zu nennen scheint]: das technische Wissen soll, damit es mit metallener Präzision seinen Dienst verrichtet, von jedem Ballast, von jedem kulturellen Gewicht befreit sein“ (*ivi*, S. 653).

¹⁵ P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive*, cit., S. 162 ff.

¹⁶ Das bezeugen ebenso die in meinen Bänden *Scuole tendenze e metodi*, cit., und *Il diritto dei contratti*, cit., zusammengestellten Schriften.

¹⁷ Das Thema wird analytisch erörtert *supra* Kap. I § 9 ff.

In diesem Rahmen erlangen die Beziehungen zwischen Öffentlichem und Privatem, Individuum und Gesellschaft, Politik, Wirtschaft und Recht einen paradigmatischen Wert einer Gesamtordnung, wo die Grundsatzentscheidungen, inspiriert von der Überwindung des Etatismus, des ideologischen Monismus, des Individualismus und des Korporatismus, des Liberalismus und des Marxismus, auch die Tätigkeit des Juristen kennzeichnen, die darauf gerichtet ist, die Bewegung des Realen, aber immer noch mit der Sicht der Welt verankert zu erfassen, der Grundlage des Paktes für das Zusammenleben. Die Zentralität des Wertes der Person zwingt zu einem neuen Verständnis der wirtschaftlichen, insbesondere makroökonomischen Verhältnisse, nach einem modernen Schlüssel, wo der Schutz der Gesundheit, der Umwelt und der Landschaft unabdingbar sind für die volle Entfaltung der Persönlichkeit¹⁸. Und so steht die Vernunft vor der Neigung, die strategisch und provokativ die „Entvermögentlichung“ des Zivilrechts anstrebt, atavistisch aufgebaut auf der Zentralität der Vermögensverhältnisse¹⁹. Daraus folgt die Notwendigkeit, dass die zivilrechtliche Lehre, mehr als je zuvor, auf die neuen Anforderungen zu reagieren weiß, indem sie die Verzichtversuchung überwindet, welche die Krise der universitären und berufsbildenden Institutionen und Strukturen begleitet. In diesem Sinn ist die aktuelle Phase kritisch, da sie von tiefgreifender Umwandlung ist, wobei in erster Linie die Didaktik neu organisiert werden müsste, nicht nur die äußeren Etiketten, sondern vielmehr die Methoden und Inhalte, so dass schon die erste Annäherung an das juristische Phänomen kritisch und problemorientiert erfolgen kann²⁰.

Was die Aufgabe hauptsächlich erschwert, ist „die hektische, überschäumende Gesetzgebung, die immer widerwilliger adäquate Techniken benutzt und immer stärker in Partikularismen verstrickt ist, ohne Gesamtschau und oftmals wenig kohärent mit dem verfassungsmäßigen und gemeinschaftsrechtlichen Rahmen. Neben einer ‚Justizfrage‘ gibt es daher das Problem einer adäquaten ‚Justizpolitik‘, wobei beide unerlässlich bei der Schaffung eines Rechtsstaates sind“²¹.

¹⁸ Vgl. ausführlich *infra* Kap. XVI §§ 258 ff.

¹⁹ S. diesbezüglich *infra* Kap. III § 43 und Kap. VIII § 132.

²⁰ Didaktik und Forschung „stellen [daher] zwei Aspekte ein- und desselben Aufgabe dar, die nicht oder nur auf Kosten beider Aspekte geteilt werden kann. Mehr als auf die Etiketten der Disziplinen muss die Aufmerksamkeit auf deren Methodik und deren Inhalte gerichtet sein, mit einem kontinuierlichen ewigen Forschen, das aus der Professur nicht nur einen Beruf, sondern eine täglich zu bezeugende und zu erneuernde Bürgeraufgabe macht, mit Demut und Ernsthaftigkeit, auch gegen den Zeitgeist und in dem Wissen, dass allein das Anpassen der Schule an ihre Aufgaben ein- und dieselbe Zeit verändern kann“ [P. PERLINGIERI, „*Istituzioni di diritto privato*“ e „*diritto civile*“: un problema didattico, (1984), in DERS., *Scuole tendenze e metodi*, cit., S. 211]. Zur Einheitlichkeit der beiden Profile s. *infra* § 29.

²¹ P. PERLINGIERI, *Introduzione*, in DERS., *Scuole tendenze e metodi*, cit., S. XIV. Zu diesem Punkt s. *supra* Kap. I § 9.

18. Methodologischer Pluralismus in den römischrechtlichen Studien und Funktionalität der pädagogischen Inhalte und Methoden

Im erworbenen Bewusstsein der strengen, unabdingbaren Korrelation zwischen Didaktik und Forschung – die ab von Humboldt besonders die deutsche Universität und somit auch die italienische bestimmt hat²² – bezieht die Frage nach der Rolle des Studiums des römischen Rechts bei der Zivilrechtlerausbildung mit ein, dass dieser Unterricht in auf die Ausbildung des positiven Juristen gerichteten Formen erfolgt²³. Der Jurist kann sich nicht mit dem Technokraten identifizieren und kann auch nicht nur ein einfacher Leser der Amtsblätter der italienischen Regierung und von hastig geschriebenen ersten Gesetzeskommentaren sein. Noch bevor er oberflächlich von zahlreichen spezialisierten und computerisierten Nachrichtenquellen informiert wird, muss er ausgebildet sein, also kultiviert, reich an Sensibilität, die auf der Grundlage einer natürlichen Begabung das Ergebnis einer angemessenen Aufmerksamkeit gegenüber der Dynamik und Komplexität des sozio-juristischen Phänomens und der Vernünftigkeit und Unvernünftigkeit seiner Inhalte ist. Eine „juristische Sensibilität“ – gegründet auf die zeitlich nah- und fernliegenden Wurzeln des positiven Rechts²⁴ und dennoch verankert im Kontinuum der Werte der Zivilgesellschaft und der Rechtsordnung²⁵ – stellt den größten Tribut an die hermeneutische Doktrin dar, wenn auch ersichtlich idealistischen Ursprungs, wonach nur „ein Geist von gleichem Niveau und kongenialer Anlage in der Lage ist, in adäquater Weise den Geist, der zu ihm spricht, zu verstehen“²⁶.

Die Aneignung dieser notwendigen Sensibilität zeigt sich im Erwerb eines logisch-argumentativen Instrumentariums, das nicht mechanisch und repetierend zu gebrauchen ist, sondern in der Kenntnis der kulturellen Grundlagen und der auch sozio-ökonomischen Konsequenzen seiner Anwendung. Die moderne Gesellschaft zeichnet sich durch eine Werte- und Quellenpluralität aufgrund der ideologischen und produktiven Diversifizierung aus, so dass man sie nicht auf die Unterrichtung der eisernen Marktgesetze, des strittigen oder nichtstrittigen Konkurrenzinstrumentes zwischen Firmen reduzieren kann. Daher ist jeder Versuch verkürzt, der darauf gerichtet ist, im modernen Juristen ausschließlich einen Unternehmensjuristen zu

²² Vgl. statt aller E. FAZZALARI, *L'educazione giuridica in Italia*, in *Riv. trim.*, 1974, S. 1087.

²³ P. PERLINGIERI, *Il ruolo del diritto romano*, cit., S. 323 ff.

²⁴ N. IRTI, *L'insegnamento della storia del diritto nella facoltà di giurisprudenza*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio* a cura di P. Cendon, I, Milano, 1994, S. 641, weist darauf hin, dass die Rechtsgeschichte „sich ins Innere des positiven Rechts begeben hat: dieses – auf der Suche nach den eigenen Grundlagen, nach der eigenen konkreten Daseinsberechtigung – nimmt das Bedürfnis und die Notwendigkeit dazu wahr“.

²⁵ Vgl. R. ORESTANO, *Idea di progresso, esperienza giuridica romana e „paleoromanistica“*, in *Soc. dir.*, 1982, S. 15 ff.

²⁶ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2^a ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1971, S. 23; DERS., *Teoria generale dell'interpretazione*, I und II, Milano, 1955, S. 317 ff.

sehen, der die für seinen Bereich²⁷, für eine Branche einschlägigen Gesetze kennt und mehr auf Runderlass als auf Prinzipien achtet, auf den Wortlaut des Gesetzes mehr als auf seine Legitimität und seine Legitimierung²⁸, auf die ephemere Terminologie und auf die Fachbegriffe mehr als auf die allgemeinen und in der Zeit konsolidierten Begriffe, in der Illusion, man könne lesen und verstehen, ohne den Weg zurückzuverfolgen, von dem jeder bedeutende Teil des Gesamtsystems stammt. Dieses ist nie, aber auch wirklich nie das Werk des Gesetzgebers, sondern das geschichtete Resultat der konstanten Tätigkeit des Auslegenden mit dem Kontakt zur Wirklichkeit und somit der juristischen Argumentationen und der Rechtsprechung²⁹. Es gibt kein Recht außerhalb eines Systems und es gibt kein System ohne juristische Prinzipien³⁰: diese – entstanden durch *interpretatio* – bilden das System. Es bedarf durchaus (auch) des Unternehmensjuristen, aber er muss darauf achten, die richtige Rolle zu identifizieren, welche das Unternehmen historisch aufgefordert ist, in der konkreten Ordnung einzunehmen, unter Beachtung der von Fall zu Fall bestimmten Werte, die häufig im Gegensatz zu Profit- und Effizienzerwägungen stehen und dazu neigen, andere Erfordernisse darzustellen. In diesem Sinn kommt man nicht umhin, die Neugestaltung des Rechts als „Rechtsprechung der Persönlichkeit“ zu teilen³¹.

19. Das Studium des römischen Rechts zwischen „juristischem Nudismus“ und Dogmatik

Unsere mehr als andere durch Gerechtigkeitsforderungen und rapide gesellschaftliche Umwandlungen gekennzeichnete Epoche kann es sich zwar nicht erlauben, erworbene Wahrheiten, kulturelle Standardausrüstung, in verschiedenen Epochen erarbeitete und nominal übrig gebliebene Begriffe, erworbene Präzedenzen zu übertragen, ohne auf die Notwendigkeit kritischer Prüfung und insbesondere eigenständiger Erarbeitungen hinzuweisen. Aber sie kann auch nicht den Anspruch haben, neue Lösungen und Kenntnisse als vom Gewesenen unabhängige Variablen vorzuschlagen; denn sie müssen immer als Ergebnis eines kulturellen Klimas der Beachtung und des auch dialektischen Vergleichs mit der Vergangenheit stehen. Dem Römischemrechtler und dem Historiker im Allgemeinen gebührt nicht die

²⁷ Nach der beeindruckenden Mahnung von N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., *passim*.

²⁸ Zu der das Gesetz legitimierenden Grundlage s. P. PERLINGIERI, *Valori normativi*, cit., S. 787 ff.; P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive*, cit., S. 35 ff.

²⁹ P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge*, cit., S. 297 f.; aber aus einer anderen Perspektive N. IRTI, *Il diritto come ricerca*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, S. 347 f.; DERS., *Il governo del movimento*, in *Quadrimestre*, 1987, S. 3 f.

³⁰ In diesem Zusammenhang ist auch der Beitrag der Römischemrechtler von Bedeutung: s. z. B., G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967; unter den Rechtstheoretikern U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Riv. fil.*, 1987, S. 1 ff.

³¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, S. 604 ff., insbes. S. 610.

Aufgabe, Analogien und Anomalien des antiken Privatrechts und Prozessrechts im Vergleich zum modernen Privatrecht aufzuzeigen, auch nicht das Vorhandensein und Fehlen in der Kultur der Antike, um den geschichtsschreiberischen Gebrauch moderner juristischer Kategorien als natürliche Weiterentwicklung der antiken Kategorien aufzuzeigen, in einem fortlaufenden „den Sachen einen Namen geben“³², ganz so, als könne man in diesem Qualifikationsprozedere die Bestätigung dafür finden, dass die „Sache“ nur verstanden werden kann, wenn sie auf ein modernes Etikett zurückgeführt werden kann. Dabei entstammen diese Kennzeichnungen keinem wissenschaftlich befriedigenden Vergleich, da vollständig von den historisch verschiedenen kulturellen und sozialen Erwägungen losgelöst und zudem auf die Illusion gegründet, eine Mikrorechtvergleiche anstellen zu können, ohne dass diese sich in einer Makrorechtvergleiche einfügt, die darauf ausgerichtet ist, das gesamte Zugehörigkeitssystem und vor allem seine Dynamik zu erfassen³³. Eine solche Herangehensweise an das Studium des römischen Rechts erleichtert nicht nur die Ausbildung des modernen Juristen nicht, sondern endet mit seiner Desorientierung, da er dogmatisch belehrt wird, ohne seine kritische und problemorientierte Reflexion zu wecken.

Wenn es wahr ist, dass man die Vergangenheit ausgehend von der Gegenwart erklärt, so ist auch das Gegenteil wahr³⁴; wenn es wahr ist, dass es als naiv und von „juristischem Nudismus“ behaftet erscheinen könnte, wenn man sich auf eine Stufe mit den Antiken stellt³⁵, ist es auch wahr, dass tendenziell jedes Problem nur in der Weise und mit den Lösungen verstanden werden kann, die es erfahren hat, also im (historischen) Kontext, der es in unwiederholbarer Weise geprägt hat³⁶. Die Frage nach dem Nudismus unterscheidet sich für den Rechtsgeschichtler nicht von der weitergehenden Frage nach der erkenntnistheoretischen Annäherung und seiner Kategorien: es bleibt aber eine Frage des Maßes.

³² Beispielhaft in diesem Zusammenhang der Text der Mailänder Antrittsvorlesung von E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. giur.*, XCIX, 1928, S. 120 ff. und C, 1928, S. 26 ff., und s. A. SCHIAVONE, „Il nome“ e „la cosa“. *Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, in *Quad. fiorentini*, 7, 1978, S. 293 ff.

³³ In diesem Sinne die sensibelste vergleichende Lehre: R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, S. 16; P. STANZIONE, *Introduzione a M. ANCEL, Utilità e metodi del diritto comparato. Elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, trad. it. von P. Stanzone e G. Autorino Stanzone, Camerino-Napoli, 1974, S. XXI, Fn. 36.

³⁴ Vgl. F.C. SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in A.F.J. THIBAUT e F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, 1982, S. 165 und 168.

³⁵ E. BETTI, *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1951, S. 101.

³⁶ Vgl. statt aller V. ARANGIO RUIZ, *Scienza romanistica e storia dell'antichità. Spunti per una discussione*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, S. 3 ff.; DERS., *Gli studi di storia del diritto romano*, in *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana 1896–1946*, in *Scritti in onore di B. Croce*, 2, Napoli, s. d., S. 341 f.

20. Erfordernis einer Rückkehr zum Quellenstudium mit interdisziplinären Methoden

Der Rückkehr zu einem Quellenstudium im weiten Sinne, ohne exzessive Unterscheidung zwischen Rechtsquellen und Nicht-Rechtsquellen ist eine Sonderstellung einzuräumen³⁷, in dem Bewusstsein, dass das juristische Phänomen sich nicht im legislativen oder judikativen Phänomen erschöpft, sondern mit der Gesamterfahrung des Sozialen identifiziert. Diese Rückkehr zu den Quellen und ihrer Exegese, als kritische Lesart, die darauf zielt, das kulturelle Umfeld der verschiedenen Entwicklungsphasen der Ordnung zu konstruieren, kann sowohl nützlich sein, um historisch zu bezeugen, dass das auch geltende Recht aus historischer Sicht nicht verständlich und bestimmbar ist ohne die Suche nach der Ordnung der derzeitigen wirtschaftlichen, ethischen, sozialen und politischen Beziehungen, als auch, um die Notwendigkeit zu betonen, vorrangig auf der einen Seite die Rechtsquellen und die Organisation des Staats- und Rechtsapparats³⁸, auf der anderen die Anwendungsmethoden und Argumentationsverfahren, herrührend aus der Logik und Anthropologie, der Rhetorik und Philosophie, bzw. der Rolle des Juristen, zu erfassen³⁹.

Nur eine ähnliche Perspektive kann dazu beitragen, Raum am kulturellen Moment in der Juristenausbildung zurückzugewinnen⁴⁰. Ein Weg, der zusammen mit den sozialwissenschaftlichen Lehrern zu beschreiten ist, mit großer Aufmerksamkeit gegenüber der Interdisziplinarität, welche unter Beachtung auch des Pluralismus der Methoden es erlaubt, nützliche Berührungspunkte von Interessen und Lösungen oder radikale Widersprüche zwischen Moral und Recht, zwischen Philosophie *des* Rechts und Philosophie *im* Recht⁴¹, der menschlichen und der institutionellen Kultur zu erfassen. Die Geschichte der Institutionen und ihrer Funktionsweise, der Aufbau der Macht, welcher traditionell als zum öffentlichen Recht und zur Verfassung gehörend definiert wird, stellen ein ununterdrückbares Abbild für das Verständnis der Rolle und der wirklichen Funktion der zivilen und wirtschaftlichen Beziehungen dar. Die Unterscheidung zwischen öffentlich und privat wird daher nicht autonom und somit konkurrierend vorgenommenen, sondern auf eine integrierte Art, die es gestattet, die Gegenwart dieser Dialektik zu erkennen, den Blick auf eine andere

³⁷ S. statt aller R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., S. 525 ff.

³⁸ Schätzenswert sind in diesem Sinne die nicht häufigen Versuche einer parallelen historischen Untersuchung – und also einer Lehre – des Öffentlichen und des Privaten aus der römischen Erfahrung; diese Versuche werden bisweilen positiv von der Lehre begrüßt: s. z. B. A. BURDESE, *Considerazioni sull'insegnamento attuale del diritto privato romano (A proposito di due recenti pubblicazioni)*, in *St. doc. hist. iur.*, 45, 1979, S. 590 und 603.

³⁹ Umfangreich und interessant ist die römischrechtliche Literatur hierzu: besonders bedeutsam, und mit einem Verweis auf die Rolle der Juristen Hadrians versehen, sind die Seiten von M. BRE-TONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971, S. 136 ff.; DERS., *Storia del diritto romano*, Bari, 1987, S. 153 ff., 195 ff. und 211 ff.

⁴⁰ R. TREVES, *Il diritto come componente della cultura*, cit., S. 197 ff.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., S. 432 ff.

⁴¹ Für eine erneute Aufforderung, in diese Richtung zu denken s. *supra* Kap. I § 3.

und historische Durchdringung des Privaten und Öffentlichen gerichtet, bis man, in der heutigen Zeit, zu dem Vorschlag gelangt, dass das grundlegende öffentliche Interesse nicht in einer Überlegenheit des Staates liege, sondern in der vollen und freien Entwicklung der Persönlichkeit⁴².

Das neue kulturelle Klima bringt es nicht mit sich, dass die römische Erfahrung, welche mehr vom *status civitatis* als vom *status personae*⁴³ beeinflusst ist, ihren pädagogischen Nutzen erschöpft hat. Es handelt sich vielmehr um ein Nicht-stehenbleiben bei dieser Erfahrung, um sie mittels mittelalterlichen Rechts an die zeitgenössische Epoche anzuschließen, in der Gewissheit, dass die zeitliche und historische Kontinuität schließlich äußerst nützlich sein kann, um sowohl die letzte als und die vorangegangene zukünftige Epoche zu verstehen. Dies zeigt sich auch in der Notwendigkeit einer Öffnung der Römischrechtler zu den im weiten Sinne historischen Studien⁴⁴, indem sie sich mehr als zuvor mit den Gelehrten der Logik und nicht nur der Philologie, der antiken (und auch der modernen) Philosophie, der Rechtsvergleichung und nicht ausschließlich mit antiken Systemen zusammenschließen. Auf diese Weise könnte man vollständiger die andere Rolle, welche die römische Rechtserfahrung hatte und zu einem großen Teil für die geltenden nationalen Rechte haben kann, überprüfen, sowohl um zu einem Abbau der Transplantationsvorgänge von Gesetzen und Prinzipien ohne die nötige Aufmerksamkeit gegenüber dem beizutragen, was nur vom reinen Theoretiker des Rechts und der Konzepte als „paragiuridico“ (parajuristisch)⁴⁵ angesehen wird, als auch zu einer Vertiefung der Problematiken der „Resistenz“ des römischen Rechtssystems gegen die antiken und modernen „Penetrationen“ der verschiedenen Werte- und Begriffssysteme⁴⁶.

Auf diese Weise stellt die synchronische und diachronische Rechtsvergleichung eine Erfahrungserweiterung dar, die – weit davon entfernt, Verwirrung zu stiften – hilft, die Geschichtlichkeit und die Relativierung der von den Auslegenden eingesetzten Lösungen und Konzepte lebendig zu halten, ohne dogmatischen

⁴² P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, (1986), in DERS., *Il diritto dei contratti*, cit., S. 58 ff.; s. auch *infra* Kap. IV § 50 und Kap. VIII § 131 ff.

⁴³ Zu der Bedeutung dieses Ausdrucks A. IANNELLI, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Camerino-Napoli, 1984, S. 33 ff., insbes. S. 62 ff.; A. PALAZZO, *Tipi di adozione e status familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, S. 692 ff.; P. RESCIGNO, *Status (teoria generale)*, in *Enc. giur.* Treccani, XXX, Roma, 1993, S. 1 ff.; F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, S. 850 ff.; *Cort. cost.*, 18. Juli 1987, Nr. 199, in *Rass. dir. civ.*, 1987, S. 1072 ff., m.Anm.v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Adozione internazionale e status personae del minore straniero*; s. auch *infra* Kap. XIV §§ 229 ff.

⁴⁴ Für eine Interpretation der Rechtsgeschichte als Menschheitsgeschichte, „eine Geschichte, die nicht nur Rechenschaft ablegt über Ursprünge und Entwicklungen von Institutionen, sondern auch deren Bedeutung im Lichte der allgemeinen Menschheitsgeschichte erhellt“, s. B. PARADISI, *Apo-logia della storia giuridica*, Bologna, 1973, *passim* (das Zitat befindet sich auf S. 5).

⁴⁵ Zu der Notwendigkeit des rechtsvergleichenden Studiums des „Paragiuridico“ (Parajuristischen) s. G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.* Treccani, XI, Roma, 1989, S. 4 f.

⁴⁶ P. PERLINGIERI, *Il ruolo del diritto romano*, cit., S. 332.

Versuchungen *sub specie aeternitatis* zu erliegen⁴⁷. Die Erfahrung des Historikers – der sich *per definitionem* nicht auf Konzepte als solche beschränkt, sondern anstrebt, ihre Rollen und Inhalte zu benennen – müsste eben daher dazu beitragen, die Gefahr zu eliminieren, dass in der Juristenausbildung die Vergleichung sich in ihren deskriptiven und formalen Aspekten erschöpft, sozusagen wie eine legislativ oder allenfalls normativ umsetzbare Kenntnis, ohne in die Tiefen der sozialen und kulturellen Gefüge hinabzusteigen⁴⁸.

21. Erforschung des historischen Fundaments der Juridizität: Historische Auslegung und angewandte Auslegung

In einem methodologischen Kontext des vorgeschlagenen Typs trägt das historische Rechtsstudium dazu bei, die operativen Regeln, die Verteilung der Rechte und des Rechtsschutzes, das Zusammentreffens und das Vorherrschen zwischen dem prozessualen Moment der Klage und dem substantiellen Moment der Gründe zu bestimmen, indem die Frage nach der logischen Priorität des Systems des *civil law* vor dem des *common law*, des substantiellen Systems der Rechte vor dem prozessualen der *remedies* umgestellt wird. Rechte, Sanktionen und Rechtsschutz haben keinen Grund, sich in einer logischen und rigiden Progression aufstellen zu lassen⁴⁹. Ihr Studium kann nur eine historische und relative Konnotation mit unvermeidbaren kontingenten Präferenzen für das eine oder andere sein. Daraus entsteht das gerechtfertigte Misstrauen gegenüber den allgemeintheoretischen, auf unhistorischer Logizität beruhenden Entwürfen für die einzelnen Regelungen oder Institute: die Theorien vom Rechtsgeschäft, von den Schuldverhältnissen und vom Vertrag⁵⁰. Beim Wiederentdecken der Relativität der Probleme und der Lösungen lernt man mit Nutzen, aber auch mit der nötigen Umsicht, den sowohl Lehrmeinungs- als auch

⁴⁷ Für eine kritische Einstellung F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario dir. comp. st. legisl.*, XVI, 1, 1941, S. 1 ff.

⁴⁸ Vgl. zu diesem Punkt R. DAVID e C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4^a ed. it. a cura di R. Sacco, Padova, 1994, S. 4 ff.; M. ANCEL, *Utilità e metodi del diritto comparato*, cit., S. 85 ff., 95 ff.; kürzlich L. MOCCIA, *Comparazione e studio del diritto*, in *Riv. trim.*, 2003, S. 973 ff. S. auch, besonders anregend für die Funktion, die sie dem Römischen Recht zusprechen, A. WATSON, *La formazione del diritto civile*, trad. it. di N. Sarti e P. Chiassoni, Bologna, 1986 und P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, trad. it. a cura di A. De Vita, M.D. Panforti e V. Varano, Milano, 1987.

⁴⁹ Zu diesem Punkt ist der Hinweis zwingend auf die Abhandlung von G. PUGLIESE, „*Actio*“ e *diritto subiettivo*, Milano, 1939, *passim*.

⁵⁰ Auf die Gefahren der allgemeinen Theorien lenkt die Aufmerksamkeit P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica*, cit., S. 3 ff. Man kann daher den Rückgriff auf das Römische Recht mit dem Ziel einer Bestätigung für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Begriffe Rechtsgeschäft, Rechtsnachfolge, etc. nicht gutheißen: so aber G. STOLFI, *Il diritto romano nell'esperienza di un civilista*, in *St. doc. hist. iur.*, 1977, S. 5 ff.

Rechtsprechungspräzedenzfall zu bewerten und eine Theorie der Auslegung korrekt aufzustellen im Bewusstsein der Relativität ihrer Regeln, die sich nicht willkürlich oder unabhängig ändern, sondern in Bezug sowohl auf die verschiedensten sozio-kulturellen Umstände als auch in Bezug auf Funktion und Auslegungsobjekt⁵¹.

Dies trägt von einem anderen Standpunkt aus dazu bei, ein größeres Bewusstsein zu erlangen gegenüber den engen Verbindungen – bis hin zur Entstehung einer unverbrüchlichen kognitiven Einheit – zwischen Techniken und Ideologien, Konzepten und Interessen, Recht und Politik⁵². Das Wiederentdecken der Besonderheiten des Rechts ist nur möglich, indem man seine Organisations- und Entscheidungsfunktion betont, die sich nicht in der Auslegung der (juristischen) Gegebenheit als solche ausdrückt, sondern auch in der Individuation der Juridizität⁵³ und der Auslegung der erforderlichen Dialektik zwischen Sachverhalt und Norm, mit einer nicht rein Anerkennungs- oder Erkennungs-, sondern Anwendungs- und Regulierungsfunktion bezüglich potentieller oder realer Konflikte. Daher rührt die wesentliche Unterscheidung zwischen historischer und rein aner kennender Erkenntnis-Auslegung und Erkenntnis-Auslegung mit Anwendungsfunktion⁵⁴: die eine zielt auf die Rekonstruktion des Gewesenen bei absoluter Beachtung der Sachverhalte und ihrer historischen Bewertung ohne außerepochale Erwägungen, die andere richtet sich auf das Anwenden dessen, was vorgeschrieben ist, für darauffolgende Sachverhalte und ermittelt so die normative Gegebenheit entsprechend der Zukunft. Diese beiden Auslegungsweise lassen sich verbinden, aber man muss auch darauf achten, Überlagerungen zwischen ihnen zu vermeiden. Außerdem ist es dienlich, die Typisierungsverfahren zu erfassen, das Bewusstsein zu erlangen, dass die einzelnen Sachverhalte und die Praxis in ihrer Gesamtheit auf das Ökonomische und das Soziale in ihrer Allgemeinheit zurückzuführen sind, und dass die Auslegungen des Phänomens und der Norm untrennbar sind. Worauf es ankommt, ist die Funktion, der Grund der Auslegung. Vor diesem Hintergrund bilden die historischen und angewandten Forschungen des positiven Rechts bestimmte und parallele Ebenen, die aber im ganz umfassenden Versuch zusammenfließen, das Juristische in seiner Ent-

⁵¹ P. PERLINGIERI, *Il ruolo del diritto romano*, cit., S. 333 f. Zum Relativitätsprinzip bei der Vertragsauslegung s. A. LÜDERITZ, *Auslegung von Rechtsgeschäften, vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, Karlsruhe, 1966, *passim*, insbes. S. 19; in der italienischen Lehre P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, (1975), in DERS., *Scuole tendenze e metodi*, cit., S. 27 ff., insbes. S. 34 f.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Camerino-Napoli, 1985, insbes. S. 59 ff., 222 f., 496 ff.; M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI, *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, S. 145 ff., insbes. S. 175; DERS., *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, S. 725 ff.; s. diesbezüglich *infra* Kap. XIII § 210.

⁵² Vgl. P. PERLINGIERI, *Valori normativi*, cit., S. 787 ff.

⁵³ Vgl. B. MONTANARI, *Positivismo normativo e la questione del „giuridico“*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, S. 951 ff.

⁵⁴ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., insbes. S. 343 ff., 789 ff.; S. PUGLIATTI, *Coscienza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, S. 64 ff.; s. auch *infra* Kap. XII § 187 und Kap. XIII, insbes. § 212.

wicklung als Kontinuum von Vorschriften, Verhaltensweisen und Entscheidungen zu bestimmen⁵⁵.

22. Erfordernis einer Rückkehr zur Problematik, zur *quaestio*, zur *ratio decidendi*

Eine wichtige Übereinstimmung kann in dem festgestellten Bedürfnis nach der Rückkehr zur kasuistischen Problematik als Gegenmittel zu den Übeln der Dogmatik, zur *quaestio*⁵⁶ und zur Findung der *ratio decidendi*⁵⁷, ohne konzeptionelle oder formalistische Vorurteile gefunden werden. Die Anerkennung sowohl der römischen Rechtsprechung als auch des geltenden Rechts darf, wenn sie kritisch erfolgt⁵⁸, aber zugleich das Verständnis und dann die Anpassung und auch die Überwindung der Grundinstitute römischrechtlicher Herkunft erlaubt, keine falschen evolutionistischen Vorstellungen erzeugen⁵⁹.

Die Annäherung des modernen Juristen an das römische Recht muss- eher als das Erfordernis darzustellen, die Vorgänger dieses oder jenes Instituts zu finden - als Suche nach einer Gesamterfahrung angelegt sein. Insbesondere das Argumentieren der Juristen, teils konservativ, teils antizipativ hinsichtlich der in Bewegung befindlichen Realität, belegt auch die Fähigkeit, sich von der starren Sicht der Präzedenzen zu lösen und angemessene Antworten auf das Neue zu finden, indem man sich der eigenen politischen Rolle bewusst wird⁶⁰. Die Geschichte der Normalität und der Ausnahme, des einmaligen, einzelnen Sachverhaltes und seiner Wiederholung und Typisierung, der einzelnen Regel, die zur allgemeinen Maxime geworden ist, ist die Geschichte der Transformierung eines Beziehungssystems im ständigen Kampf zwischen Starre und Flexibilität. Diese Dynamik stellt eine Konstante der Juridizität dar, als Zusammenfließen von Theorie und Praxis in einem System, das

⁵⁵ P. PERLINGIERI, *Il ruolo del diritto romano*, cit., S. 334 f.

⁵⁶ S. z. B. F. GAZZONI, *Il diritto all'abitazione della casa parafamiliare*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, S. 378 ff., und A. DE CUPIS, *In tema di mantenimento del minorenne coniugato*, *ivi*, 1987, S. 166 ff.

⁵⁷ Wie die Schriften von Gorla andeuten, die zwischen 1964 und 1979 veröffentlicht und dann (mit verlegerischen, vom Autor genehmigten Veränderungen durch M. Lupoi) zusammengestellt wurden in G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981; in jüngerer Zeit zu dem Thema, M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995; P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, S. 145 ff.

⁵⁸ Zu diesem Punkt L. LOMBARDI, *Saggio di diritto giurisprudenziale*, cit., *passim*.

⁵⁹ Vgl. L. LABRUNA, *La «romanistica»*, in *Introduzione allo studio della cultura classica*, II, *Linguistica e filologia*, Milano, 1973, S. 147 ff.

⁶⁰ Zu der politischen Rolle des Juristen als Antwort auf die konstante und fortdauernde Bedrohung durch die „Entmenschlichung“ und „Entpersonalisierung“ der sozialen Beziehungen aufgrund bürokratischer und formalistischer Bewegungen sowie wirtschaftlicher Egoismen Einzelner und von Gruppen s. F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, trad. it. di G. Liberati, Napoli, 1983, S. 39.

nicht den tiefgreifenden sozialen und wirtschaftlichen Umwälzungen der modernen und zeitgenössischen Welt standhalten könnte, auch wenn es sich erhaben, suggestiv und tendenziell zeitlos zeigte – wie das pandektistische System⁶¹. Die römischrechtliche Doktrin kann und muss eine entscheidende Rolle übernehmen, um Studium und Lehre wieder auf die Problematik zurückzuführen⁶², indem sie beide von der Verengung des Technizismus und vom Überbau der Dogmatik befreit und so von dem Vorwurf, mehr Technik als Wissenschaft zu sein⁶³, eine „Technik ohne Theorie und ohne Geschichte“⁶⁴. Man könnte jedoch vorbringen, dass gerade die Technizität, verbunden mit der ständigen Suche nach der kasuistischen Vollständigkeit, dazu beiträgt, das römische Recht darzustellen als gekennzeichnet durch die Vorsicht gegenüber improvisiertem legislativem Reformismus, konkretisiert durch die Zeit, die man sich gibt, damit Reformen reifen, umgesetzt werden und in der Rechtsprechung geprüft werden.

23. Die Pandetistik: Antike und Moderne in der gleichen systematischen Architektur

Die Funktion des Juristen aus historisch-politischer Sicht ist nicht zwangsläufig und unausweichlich eine Funktion der Konservierung der Vergangenheit. Man muss verhindern, dass der Typizismus, dessen sich die Rechtsprechung, auch die römische, bedient, Formen von traditionalistischem (Jus-)Naturalismus annimmt, gekennzeichnet durch eine „Vergangenheit, die Natur wird“⁶⁵, Rationalität, Unberührbarkeit und eine Gegenwart, konzipiert als totale „Gesamt-Rekapitulierung“⁶⁶ der Vergangenheit in einer Art Zusammentreffen von römischem Recht und Naturrecht. So neigt die Kontinuität der nicht kritisierten Vergangenheit – wie bei

⁶¹ Vgl. die aufschlussreiche Analyse von G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1973, S. 89 ff.; s. auch F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., S. 123 ff.; A. MAZZACANE, *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, S. 592 ff.

⁶² Nach der Sicht von L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., S. 22; s. auch S. 21, 33 und 35, wo es heißt, dass das Römische Recht im Wesentlichen rechtsprechend ist, weil der Vorrang, der dem Richterspruch in der Tätigkeit des Juristen zugeschrieben wird, dem Recht die Funktion verleiht, konkrete Fälle zu lösen. Dabei drängt der Vorrang des Richterspruchs die dogmatisch-einordnende Tätigkeit in eine zweitrangige Rolle und macht sie damit zu einer Methode, die ihren Wert in dem Maß hat, in dem sie zu dem Prozess der Urteilsfindung beiträgt.

⁶³ Vgl. L. LOMBARDI, *o.c.*, S. 26 und 33.

⁶⁴ A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto. Per una 'archeologia' del diritto privato moderno*, Bari, 1980, S. 59.

⁶⁵ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., S. 31; und zu diesem Punkt, in Bezug auf die Pandetistik, G. PUGLIESE, *I pandettisti*, cit., S. 106. Hier fügt sich die Sicht des Römischen Rechts als „europäisches relatives Naturrecht“ ein, die vorgeschlagen wurde von P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it. di A. Biscardi, Firenze, 1962, *passim*, hiergegen steht das Forschungsprogramm der Zeitschrift *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 1970, S. IX f.

⁶⁶ Der Ausdruck stammt von A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica*, cit., S. 21.

der „historischen Schule“ geschehen – dazu, auch eine Apologie der Gegenwart zu werden⁶⁷. Die umfassende Verwendung von Begrifflichkeiten der Pandektistik äußert sich in der theoretischen Abflachung der Vergangenheit und Gegenwart in einem Prozess der „Verewiglichung der Gegenwart und der Modernisierung der Vergangenheit“⁶⁸, mit Sympathien für mathematische, axiomatisierte und übergeschichtliche Denkweisen, mit besorgniserregendem Verfall der Aufmerksamkeit gegenüber dem realen Verständnis der „Wissenschaft“ der römischen Juristen⁶⁹. Die Gefahr liegt darin, dass die römische Geschichtsschreibung eine „obsolete Archäologie einer modernen Rechtskultur wird, die sich ihrerseits immer zaghafter vornimmt, ohne sie auszukommen und dabei den Sinn für ihre Historizität versprengt, wo es die Geschichte und nicht die Archäologie ist, die uns unsere Historizität bewusst macht“⁷⁰. Die Wege der Theorie und der Geschichte sind beide zu beschreiten. Man muss darauf verzichten, das römische Privatrecht und das zeitgenössische Privatrecht im auf nominalistische und deskriptive Identitäten gegründeten gleichen systematischen Aufbau zu beschreiben⁷¹, und zur Bildung und zum Verständnis der neuen Formen des Rechts beitragen, welche ohne Bestimmung ihrer historischen Gründe und Berechtigungen nur Ausdruck von Formalismus wären. Eine Rückkehr zu den Ursprüngen ist nützlich für ein historiographisches Neuverständnis der Vergangenheit und auch für eine Ermahnung zu Komplexität und Vielfalt des Herstellungs- und Transformationsphänomens der Rechtsinstitute, ohne übertriebene Nachsicht gegenüber ihrer mit der – fälschlicherweise post-dogmatisch gewünschten – heutigen Phase der Studien unvereinbaren „Überwinterungsversuchen“, und ohne gleichzeitig Illusionen zu hegen, dass man über Recht ohne Ordnungskonzepte⁷² und ohne Suche nach einem adäquaten System in einem Pragmatismus ohne Theorie und, noch dazu, ohne Geschichte reden kann⁷³.

⁶⁷ So wieder A. SCHIAVONE, *o.c.*, S. 29.

⁶⁸ U. CERRONI, *La libertà dei moderni*, Bari, 1968, S. 47.

⁶⁹ A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica*, cit., S. 38.

⁷⁰ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., S. 36.

⁷¹ Vgl. in der einschlägigen Literatur des Römischen Rechts z. B. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 13^a ed., 1957; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2^a ed., 1964; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 4^a ed., 1965; s. aber P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, *Parte generale*, Milano, 2^a ed., 1984; zum Einfluss der Pandektistik auf die institutionelle Gattung des Zivilrechts s. G. CIAN, *Le «Istituzioni di diritto privato» nell'età delle codificazioni e della pandettistica*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, S. 393 ff.

⁷² Auch wenn lediglich zu praktischen Zwecken, wie klargestellt von B. CROCE, *Filosofia della pratica*, 6^a ed. riv., Bari, 1950, S. 328 ff.

⁷³ P. PERLINGIERI, *Il ruolo del diritto romano*, cit., S. 339.

24. Die Juristenausbildung in der Technologiegesellschaft

Die als kritische Fähigkeit bei der Rekonstruktion der Sachverhalte und Probleme verstandene Juristenausbildung ist gekennzeichnet durch eine Konstante, bestehend aus der Bestimmung der Juridizität, und eine Variablen, die zurückzuführen ist auf die Entwicklung der Erkenntnismethoden und der verwendeten Instrumente. Auf letztere hatten und haben tiefgreifenden Einfluss auch die Technologieentwicklungen (man denke dabei nur an die Drucktechnik, die audiovisuellen Geräte, Informatik und Telematik), derart, dass sie mittels elektronischer Datenträger und noch mehr „Portalen“ eine schnelle und detaillierte Kenntnis von „Daten“ und ihre Verarbeitung in verschiedene Richtungen ermöglicht. Mit den Anwendungen der der Informatik zugrunde liegenden mathematischen Logik auf die Gesetzgebungs-, Rechtsprechungs- und Lehrmeinungsdaten und auf jene, die man auch aus der außergerichtlichen Praxis erlangen kann, sind Kombinationen und Differenzierungen möglich, die in ihrer Gesamtheit ein neues Instrument darstellen, unabhängig vom Hypertext⁷⁴. So bieten sich neben den Instrumenten auf Papier immer ausgefeiltere, verarbeitete elektronische Mittel an⁷⁵.

Diese technologische Revolution kann nicht den Anspruch erheben, sich in der reinen Anwendung der *software* auf die „Daten“ zu erschöpfen, ohne eine engagierte und konstante hermeneutische Tätigkeit durch die Juristen⁷⁶. Andernfalls besteht die Gefahr, sich nur auf die Buchstaben der Daten, auf von Natur aus unbestimmte und zweideutige Worte zu stützen, die sich häufig in der Schwebelage befinden zwischen dem Sinn, der ihnen durch die technische Fachsprache und demjenigen, der ihnen durch die Gemeinsprache zugewiesen wird⁷⁷. Ein sich ausschließlich auf die

⁷⁴ G. PASCUZZI, *Iper testo giuridico: riflessioni su un nuovo genere letterario*, in AA.VV., *Diritto e tecnologie dell'informazione* a cura di V. Rizzo, Napoli, 1998, S. 247, präzisiert, dass die Hypertexte „durch ein (theoretisch unbegrenztes) Zusammenkommen von Informationen und Dokumenten gebaut sind, die entsprechend der zwischen diesen geschaffenen Verknüpfungen abgefragt werden können. In einem Hypertext sind nämlich die Dokumente miteinander durch ein Netzwerk von Knotenpunkten verbunden. Der Leser kann bei der Abfrage zwischen verschiedenen zu verfolgenden Wegen wählen, indem er sich einfach dazu entscheidet, einen Knotenpunkt anstatt eines anderen zu erreichen“.

⁷⁵ Wie A.A. MARTINO, *Intelligenza artificiale e diritto*, in AA.VV., *Dalla giuritecnica all'informatica giuridica* a cura di D.A. Limone, Milano, 1995, S. 217 f. unterstreicht, hat die Entwicklung von Informationstechnologien im Rechtswesen eine Art kopernikanische Revolution in der Beziehung zwischen Leser und Text verursacht, in dem Sinne, dass „eine neue Ära von Studien begonnen hat, die ‚auf das Recht angewandte künstliche Intelligenz‘ heißen könnte“. Es entsteht der Übergang von der rein informativen Lektüre, die vom auf Papier gedruckten Text ermöglicht wird, zu einer interaktiven, die mit Hilfe eines elektronischen Textes realisiert werden kann und bereits wie ein logischer Gedankengang strukturiert ist.

⁷⁶ Das bestätigen die Schriften, die gesammelt sind in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2004.

⁷⁷ Zu der „Undeutlichkeit“, „Doppeldeutigkeit“ und „Unbestimmtheit“ der Sprache, und insbesondere der juristischen Sprache, vgl. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, S. 360 ff.; unter den Zivilrechtlern z. B. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge*, cit., S. 286 ff.; A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, I, Torino, 2000,

Analyse der Sprache gründender Hypertext kann ein nützliches, aber ungenügendes und manchmal ablenkendes Erkenntnisinstrument sein. Es zeichnet sich eine neue, heikle Aufgabe für den Juristen ab: mit dem Programmierer zusammen zu arbeiten⁷⁸, indem man durchdachte Daten liefert, die Ergebnis von Auslegung und Qualifizierung darstellen und immer kontrollierbar sind, was ihre logische und axiologische Argumentation, auf der sie beruhen, angeht⁷⁹. So kann der Hypertext einen Moment der Synthese oder auch ein Mikrosystem darstellen, vorausgesetzt man erwirbt Bewusstsein über die Art, in welcher er entstanden ist und vor allem der Ermessensentscheidungen, die ihm zugrunde liegen. Unvermeidlich kehrt man zu den primären Erkenntnisinstrumenten zurück, durch die man das Recht bildet, unter Beachtung der normativen und logischen Regeln, welche die Rechtsordnung kennzeichnen, und der historischen und kulturellen Besonderheiten der Gesellschaft⁸⁰.

25. Juristisches Wissen zwischen Pluralismus der Quellen und Schrifttumsarten

Man muss mit der Kenntnis der Gesetze und der Akten mit Gesetzeskraft anfangen. Eine nicht leichte Angelegenheit, nicht nur wegen der Anzahl, sondern auch wegen des Pluralismus der lokalen, nationalen, gemeinschaftsrechtlichen und supranationalen Quellen⁸¹, wegen des unterschiedlichen Gebrauchs der Techni-

S. 561 ff.; M. PENNASILICO, *La regola ermeneutica di conservazione nei „Principi europei dei contratti“*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, S. 274 ff., und *ivi* weitere Nachweise; s. zu diesem Punkt *infra* Kap. XII § 193.

⁷⁸ Zu der Notwendigkeit einer Zusammenarbeit zwischen Juristen und Programmierer, A. TARANTINO, *Elementi di informatica giuridica*, Milano, 1992, S. 124, der unterstreicht, dass „es den Anschein haben kann, dass für den Rechtsanwender der unabdingbare Moment derjenige der Kenntnis der Abfragetechniken sei, gerade weil die Speicherung der Daten vorgenommen wird, damit diese in kurzer Zeit genutzt werden können. Bei genauer Überlegung ist es jedoch zweckmäßig, wenn er auch das System der Speicherung kennt, damit er ein Minimum an Vorhersehbarkeit für die Antworten erreicht, die er bei der Abfrage von Informationen von dem Computer bekommen wird“.

⁷⁹ Aus dem Blickwinkel der teleologisch-axiologischen Auslegung (s. dazu *infra* Kap. XII) muss das Computerprogramm von den Sachumständen zurückgehen zu der dogmatischen Referenzkategorie und vor allem zu dem durchzuführenden Prinzip. Das Programm darf sich z. B. nicht darauf beschränken, die „Gegebenheit“ des vertraglichen Ungleichgewichts auf die Kategorie der Aufhebung zurückzuführen. Es müsste auch das Erfordernis anzeigen, das Proportionalitätsprinzip durchzuführen. Auf diese Weise könnte der juristische Anwender die Argumente sammeln, um die Unwirksamkeit des Vertrags auch ohne die Bedingungen der Aufhebung zu begründen. Man versteht daher, dass die Struktur dieser neuen juristischen Texte wesentlichen Zielen entspricht und nicht lediglich ästhetischen Gründen.

⁸⁰ P. PERLINGIERI, *Strumenti e tecniche dell'insegnamento del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, S. 500 f. [dann in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, cit., S. 1303 ff.]; s. auch A. FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio*, cit., S. 15 ff.

⁸¹ Zu der Bestimmung der Merkmale der enormen internationalen und supranationalen Integration der Rechtsordnung, der Konflikte zwischen Normen und der Abstimmungskriterien zwischen den

ken auf der jeweiligen Ebene, wegen der wechselhaften Rolle, welche die Kompetenz, die Hierarchie und das Subsidiaritätsprinzip bei der Bestimmung der im Hoheitsgebiet geltenden Norm haben, wegen der immer umfassenderen Heranziehung „dritter“ ausländischer oder transnationaler Quellen und wegen der Heranziehung „privater“ Quellen, tendenziell in substituierender Funktion, wie zum Beispiel der sogenannten *lex mercatoria* und des internationalen Handelsrechts⁸². Gesetzbücher, *testi unici*, Abkommen, Konventionen, Verordnungen, Tarifverträge sind grundlegende Instrumente, mit denen man – vom ersten Kennenlernen an – eine Vertrautheit schaffen muss. Aber das ist nicht genug. Man muss ihre Kenntnis unter Zuhilfenahme der Auslegung in ihrer Anwendungsfunktion erlangen, wie die Rechtspraktiker sie vorschlagen. Daher die Zentralität der Gerichtsentscheidungen, der Verwaltungsakte und der Rechtsgeschäfte und das Blühen verschiedener Schrifttumsarten, die relevant für eine adäquate Kenntnis sind. So die Gesetzeskommentare, wenn sie sich nicht auf das Erzählen und Umschreiben der Texte beschränken, die kritischen Prüfungen der Rechtsprechung – immer seltener von optimaler Qualität – die helfen, der Entwicklung und den Gegensätzen Rechnung zu tragen, aber sie auch erklären und manchmal auch wegen der relevanten Andersartigkeit des konkreten Einzelfalls rechtfertigen; die Beiträge und Monographien, wenn sie gewandt und fundiert sind, so dass sie argumentationsfähig werden; und insbesondere die kritische Anmerkung zu einer Gerichtsentscheidung, die eine gute Gelegenheit zum Nachdenken über einen konkreten Sachverhalt ist, so dass der Schüler unmittelbar zur wahren, praktischen Rolle der Rechtswissenschaft, Zugang findet⁸³. Ebenso eine andere Schrifttumsart, die anfängt in unseren Zeitschriften wieder aufzutauchen, das Gutachten⁸⁴, an die sich beim unvermeidbaren Bezug zur Frage oft ein besonders erfahrener „Profi“-Jurist heranwagt. Das Gutachten ist also ein Instrument, das besonders geeignet ist, um Juristen auszubilden und in dem

verschiedenen im bestehenden System vorhandenen Quellen s. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario*, cit., *passim*; DERS., *Normativa comunitaria, rapporti economici e interpretazione*, in *Riv. giur. Mol. e Sannio*, 1993, S. 297 ff.; DERS., *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, *ivi*, 1997, S. 81 ff.; P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive*, cit., S. 50 ff., 182 ff. Man beachte auch *infra* Kap. VIII §§ 110–113.

⁸² Vgl. die umfangreiche Untersuchung von F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. di dir. comm.* Galgano, Padova, 2003, ebenso wie F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2004; für ein zusammenfassendes Bild F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., S. 721 ff.

⁸³ Vgl. P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica*, cit., S. 17, wo bereits die Tendenz angeprangert wird, nach der „diese Anmerkung zu Gerichtsentscheidungen, eine löbliche und edle Tätigkeit eines Juristen, keine Aufgabe ist, die, wie es einst war, von Meistern ausgeübt wird, sondern den Rechtsanwendern selbst oder jungen Schülern, als Gelegenheit ihr Wissen zu zeigen, überlassen wird. Die kritische Anmerkung, wenn es sie gibt, das Ergebnis von Meditation und Reife, wird auf akademischer Ebene nicht angemessen gewürdigt“; s. auch G. CIAN, *Il diritto civile come diritto privato comune (Ruolo e prospettive della civilistica italiana alla fine del XX secolo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, S. 13, der beobachtet, dass unserer Zivilrechtslehre „die Berufung zu einer Art von Literatur [fehlt], die hauptsächlich darauf gerichtet ist, Prinzipien und Rekonstruktionen von Instituten zur Lösung von konkret ermittelten Problemen darzustellen“.

⁸⁴ Die Gründe, die mich als Leiter der *Rassegna di diritto civile* dazu bewegt haben, dieser Literaturgattung eine Rubrik zu widmen, wurden verdeutlicht in P. PERLINGIERI, *I pareri pro veritate: una nuova rubrica*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, S. 1.

sich vielleicht mehr als bei anderen Schrifttumsarten die Doppelpersönlichkeit des italienischen Juristen – theoretisch-dogmatisch, wenn er als Dozent auftritt, pragmatisch, vielleicht übertrieben pragmatisch, wenn er als Anwalt⁸⁵, auftritt – unvermeidlich gründet oder, umgekehrt, in offenkundiger Weise heraustritt.

26. Einführung in die Rechtswissenschaften im neuen an der Förderung der Person ausgerichteten System

Nachdem die Phase der Kritik des „Handbuchs“ seit langem vorüber ist und die Erfahrung die Velleität des Bestrebens der sechziger und siebziger Jahre des zwanzigsten Jahrhunderts gezeigt hat, mit den Studenten mittels Sammlungen von Aufsätzen über verschiedene Themen und Probleme, ausgehend von den konkreten Bedürfnissen, also durch ein sogenanntes alternatives Handbuch zu kommunizieren⁸⁶, stellt man immer mehr die Rückkehr zu einem Instrument fest, das in die Rechtswissenschaft einführen kann⁸⁷. Dies sollte geeignet sein, das Quellensystem, die Argumentationswege für die Findung der auf den konkreten Fall anzuwendenden Norm, die Valenz der Rechtssprache und der Definitionen, die die Rechtsordnung kennzeichnenden Prinzipien und Werte⁸⁸, die Problematik, die Relativität und die Historizität des juristischen Phänomens als Aspekt eines umfassenderen kulturellen Phänomens, das stets in der Erkenntnisschuld der Ethik⁸⁹, der Wirtschaft und der Politik steht und gerade im Primat letzterer sein Fundament findet, aufzuzeigen⁹⁰. Also nicht die einfache, traditionelle, anerkannte didaktische Autonomie

⁸⁵ Dies beobachtet scharfsinnig J.H. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973, S. 162 f., der diese Haltung mit der Wendung „professionelle Schizophrenie“, hervorgerufen durch die „Tendenz der Universitätsprofessoren, auch Anwälte zu sein“, etikettiert; s. auch P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, (2002), in DERS., *Il diritto dei contratti*, cit., S. 365. Ausgewogenheit und Strenge zwischen den beiden Profilen in R. CICALA, *Pareri pro veritate*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2006.

⁸⁶ Ein bedeutendes Beispiel ist das Werk, das geplant und betreut wurde von N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974.

⁸⁷ D. MESSINETTI, *La manualistica e le nozioni fondamentali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, S. 649 ff., und in E. RUSSO (a cura di), *Interpretazione della legge civile e „ragione giuridica“*, Atti delle giornate di studio, Roma 21–23 marzo 2002, Padova, 2003, S. 67 ff.

⁸⁸ Im Übrigen bedeutet Jurist zu sein, „ein Experte der Anwendungsprobleme des Rechts zu sein, also ein Mensch mit Kenntnissen von den rechtlichen Werten und mit der Fähigkeit, deren Eignung, mit den Anwendungsbedürfnissen der verschiedenen Bereiche zu vereinbaren, zu bemessen. Allein systematisches Wissen kann eine angemessene Vorstellung von den rechtlichen Werten und von der inneren Verknüpfung zwischen ihnen vermitteln“: G. FURGUELE, *Metodo, insegnamento e studio del diritto civile*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento*, cit., S. 1361; siehe diesbezüglich auch *infra* Kap. XII.

⁸⁹ Zu den Wechselbeziehungen zwischen Ethik und Recht s., unter den jüngsten Arbeiten, F. VIO-LA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990; DERS., *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Bari, 1997; DERS., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2001; A. PALAZZO e I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I e II, Padova, 2002.

⁹⁰ S. diesbezüglich *supra* Kap. I § 16.

des sogenannten allgemeinen Teils, in vielen Handbüchern ungerechtfertigterweise abgeflacht und verkürzt dargestellt – gleiches gilt für die Handbücher im öffentlichen Recht –, sondern eine echte und wahre Darstellung der organisatorischen und substantiellen, also für die Rechtsordnung grundlegenden Prinzipien, Lesecode für die Einheitlichkeit des Systems, in einer klaren und essentiellen, antizipatorischen, dennoch problembezogenen Annäherung, konzeptionell fundiert, aber pragmatisch und an Beispielen erklärend. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft, die der Auslegungstheorie als Motor der Rechtskenntnis Rechnung trägt, Sicherheit für den Schüler, dass das Erlernete sich nicht nur auf Information, sondern auch auf Ausbildung konzentriert, als Erwerb des kritischen Wissens und der Methodologien, die es im Bewusstsein des Pluralismus der Schulen inspirieren⁹¹.

So spielt man mit offenen Karten ohne falsche Neutralität und einseitige Indoktrinierung⁹², gezwungen, eine Entscheidung zwischen den zahlreichen gangbaren Methoden zu treffen und kohärent zu sein mit den Anwendungen – im Lehramt wie im Leben⁹³. Mehr Vorsicht und weniger Bereitschaft, Modeerscheinungen zu folgen, erlauben es – in den Jahren der 1968er Studentenunruhen, der Identifizierung des Juristen mit einem Winkeladvokaten, der verfassungsmäßigen Garantien

⁹¹ Von diesen Vorgaben geleitet wurde der Band von P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive*, cit. Zu der Kompetenz des Zivilrechtlers, die Konzepte der allgemeinen Theorie zu behandeln, s. A. FALZEA, *Le "Istituzioni" del diritto privato verso l'età contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, S. 7, nach dem das „Niveau zivilrechtlicher Konzepte mit allgemein-theoretischer Herkunft diesen einen Anwendungsbereich überträgt, der das gesamte positive Recht umfasst und sie vereinbar macht mit den Besonderheiten der einzelnen Rechtsgebiete. In diesem Sinne bildet das Zivilrecht, gestern wie heute, das allen Bereichen und allen Instituten des positiven Rechts gemeinsame normative System und deren Vereinigungspunkt. Dabei stellt es die Einheit der Rechtsordnung sicher, die einen primären Wert der Juridizität darstellt“.

⁹² N. IRTI, *Quattro giuristi del nostro tempo*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, S. 767, erkennt unserem *Manuale* (P. PERLINGIERI e AA.VV., *Manuale di diritto civile*, 5^a ed., Napoli, 2005) genau den Wert zu, „sich mit seltener wissenschaftlicher Redlichkeit von einem Methodenbekenntnis leiten zu lassen; sich nicht hinter mehrdeutigen und verschleiernenden Formeln zu verstecken, sondern in dem deutlich zu werden, was tatsächlich zu sagen gewollt ist“. Im Übrigen, wenn die didaktische Beziehung „nur in eine Richtung ginge und lediglich die Übertragung von erhaltenen Daten jenseits der Erfahrung des Lehrenden enthielte und wenn der Lernende dazu bestimmt wäre, dasjenige, was ihm geliefert wird, passiv anzunehmen, ohne sich selbständige und immer neue Fragen zu stellen, würde die Schule jede genuine kulturelle Funktion leugnen, wenn man davon ausgeht, dass es keine Kultur geben kann [...] in einem Prozess der sich auf eine bloße Wiederholung beschränken würde“. N. LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, S. 333 [dann in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento*, cit., S. 1373 ff.].

⁹³ So erinnerte ich schon in der Antrittsvorlesung in Camerino (P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica*, cit., S. 19) daran, dass es nicht eine einzige juristische Methode gibt, sondern „eine juristische Methodologie aus Pluralität, möglichen Untersuchungsmethoden, häufig konkurrierend und komplementär, deren Ausführung nicht nur von dem Stand der Lehre und der Gesetzgebung zu dem Thema sowie von den Anregungen, die zu dem besagten Thema aus der Praxis gegeben werden, abhängt, sondern von der Sensibilität und der Erfahrung desjenigen, der sich dieser Forschung widmen will“ (zu der Notwendigkeit einer interdisziplinären Methodologie, s. auch DERS., *Metodo, categorie, sistema*, cit., S. 361, sowie *supra* § 20 und Kap. I § 4). Im Lichte dieser grundlegenden Überlegungen offenbart sich, dass die Kenntnis der Methodologie und die Folgerichtigkeit von den juristischen Schulen verliehen wird. Zu diesem Punkt R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., S. 316.

als nur zu überwindende Formen, der Zentralität der „Forderungen der Straße“ im Gegensatz zu demokratischer Teilhabe – die Aufgabe des juristischen Systems als stark anzusehen. Gleichzeitig gibt der notwendige Hinweis auf die verfassungsmäßige Legalität die Möglichkeit für eine kopernikanische Wende, indem sie in das Zentrum des Systems die Würde des Menschen stellt und so aus axiologischer Sicht Normen und Institute ändert⁹⁴.

Von einem pandektistischen System, auch in der Darstellung der Materie, geht man langsam zu einem System über, das sich am Schutz der persönlichen Bedürfnisse ausrichtet⁹⁵: die immer autonomere Würdigkeitskontrolle erlangt neue Kraft gegenüber jener der reinen Rechtmäßigkeit, die Vernünftigkeit und das Verhältnismäßigkeitsprinzip erlangen neuen Raum bei den europäischen Gerichtshöfen⁹⁶. Das Privatrecht, das weit davon entfernt ist, sich in der Regelung der Vermögensverhältnisse⁹⁷ zu erschöpfen, stellt sich unter dem Einfluss des Ge-

⁹⁴ Diese Sicht wurde entworfen in P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, cit., S. 109 ff. und aufgenommen in DERS., *Salvatore Pugliatti ed il „principio della massima attuazione della Costituzione“*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, S. 807 ff.; zur Bedeutung der zentralen Rolle der Person im System, s. auch A. CATADELLA, *L'insegnamento del diritto privato e il nuovo ordine degli studi*, in E. RUSSO (a cura di), *Interpretazione della legge civile*, cit., S. 183 f. und N. LIPARI, *La crisi delle fonti e la costruzione delle „categorie“*, *ivi*, S. 197, der zugibt, dass „die Person als grundlegend angenommen wird für jede mögliche Art und Weise, heute die Rechtsordnung zu verstehen. Verneinte man den instrumentellen Charakter des Rechts im Bezug zur Person, würde man offensichtlich damit enden, jede Gültigkeit des Rechts als Wert auszuschließen“; zu einer „Inventur“ bezüglich der Beziehung zwischen Verfassung und Lehrbüchern des Privatrechts, s. P. RESCIGNO, *I manuali di diritto privato dopo la Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, S. 409 ff.

⁹⁵ Das Auftauchen neuer subjektiver Rechte mit der Funktion, grundlegende Interessen zu verwirklichen, hat direkte Konsequenzen auch für die Gestaltung der Lerntexte, worauf G. OPPO, *Genere istituzionale e materie specialistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, S. 392, hinweist: die Dichotomie zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht wird überwunden, weil die sogenannten neuen Rechte „auf Wohnung, auf Arbeit, auf Gesundheit, auf Information; das Recht auf Wirtschaftsinitiative; allgemein die Grundrechte, [...] weder nur private Rechte sind, noch lediglich gegen Private gerichtete Rechte sind“. Diesen Schutztechniken entspricht das System, den Gegenstand der intersubjektiven Beziehungen der Kategorie des „Zivilrechts“ (anstatt des „Privatrechts“) zuzuordnen. In einem anderen Sinn stellt N. IRTI, *Il ritorno alle «Istituzioni di diritto civile»*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, S. 156 f., den Gegensatz zwischen der Gattung der „Institutionen des Privatrechts“ und derjenigen der „Institutionen des Zivilrechts“ zu den bestimmten Zielsetzungen, das Gebiet der bürgerlichen Beziehungen und das der Handelsbeziehungen jeweils entweder zu vereinen oder teilen, fest.

⁹⁶ Bzgl. der Sinnhaftigkeit s. unter anderem A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2000, S. 567 ff.; DERS., *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 7, 2002, S. 261 ff.; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; bzgl. der Verhältnismäßigkeit wird bereits jetzt verwiesen auf P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, (2001), in DERS., *Il diritto dei contratti*, cit., S. 441 ff.; das Thema wird *infra* in Kap. VIII § 126 behandelt werden.

⁹⁷ Die Verwirklichung der Person begründet nicht nur den Inhalt der sogenannten Existenzrechte, sondern auch einen der Hauptparameter für Würdigkeit, mit der Fähigkeit, auch subjektive Rechte mit unmittelbaren Konsequenzen für das Vermögen zu begründen (z. B. das Recht des Arbeitnehmers, der Arbeit nicht nachzukommen, um sich um das kranke Kind zu kümmern). Diese Bewer-

meinschaftsrechts und des Endes des Mythos eines realsozialistischen Staats ohne Markt⁹⁸ im größeren Rahmen und mit einer grundlegend anderen Konnotation dar, was wahrlich noch den vollständigen Sprung in die jüngsten Lehrbücher schaffen muss.

27. Problembezogenheit in den Vorlesungsinhalten und –texten und Pluralität von didaktischen Techniken und Instrumenten

Ständiger Pragmatismus⁹⁹ sowie alter und neuer Formalismus sind dieselben Gefahren wie immer¹⁰⁰. Es sind Texte im Umlauf, die vorrangig rein kommerziell inspiriert sind, mit einer Sammlung der Rechtsprechung – oft ohne adäquate Aufmerksamkeit für die Beschreibung des konkreten Falles, des Sachverhalts¹⁰¹ –, die den Anspruch haben, in der juristischen Entscheidung die Valenz einer Primärquelle zu erkennen¹⁰², ohne Ausübung der Funktion kritischer Kontrolle im Lichte einer korrekten hermeneutischen Methode.

Andererseits werden Handbücher veröffentlicht, die Nachsicht gegenüber oberflächlichem Wissen walten lassen, wo Konzeptionalisierung und Schematisierung verschärft sind. Dies ist ohne Zweifel bedingt durch eine vereinfachende Reform

tungen treten hervor in der Analyse von C. DONISI, *Verso la „depatrimonializzazione“ del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, S. 644 ff. Für Hinweise zu der diesbezüglich ausgelösten Debatte vgl. *infra* Kap. III § 43.

⁹⁸ Person und Markt drücken unterschiedliche Werte aus, die aber insoweit zur Koexistenz bestimmt sind, als die Person der vorrangige Wert ist (s. Art. 41 Abs. 2 *cost.*). Ausführlichere Hinweise in P. PERLINGIERI, *Mercato*, cit., S. 237 ff. In diesem Sinne wird die Vorstellung – skizziert von N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, S. 1 ff. – geteilt, der Markt sei ein normatives Statut, also ein System rechtlicher Regeln zum Zwecke des Tausches, die nach dem Ermessen der politischen Obrigkeit bestimmt werden. Dies stimmt jedoch mit dem Primat der Person nur unter der Bedingung überein, dass das gesetzgeberische Ermessen durch eine Werthierarchie reduziert und nicht ausschließlich durch Verfahrenserfordernisse gebunden wird (wie aber festgehalten von N. IRTI, *Quattro giuristi*, cit., S. 768). Zu der Werthierarchie in unserer juristischen Erfahrung s. P. PERLINGIERI, *Valori normativi*, cit., S. 787 ff.

⁹⁹ Eingehend zu dem Thema P. PERLINGIERI, *Prassi*, cit., S. 213 ff.

¹⁰⁰ Zu der Bestimmung des Elementes der Unvernünftigkeit dieser Tendenzen in der Literatur der „Form“ unter dem Gesichtspunkt, dass sie den eingesetzten Interessen und Werten gemäß nicht zweckmäßig sind, s. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

¹⁰¹ So dass die verlegerische Praxis, die Gerichtsentscheidungen ohne Sachverhalt zu veröffentlichen, nicht zu würdigen ist. M. LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contr. e impr.*, 1999, S. 236., erwähnt den Kampf des Gino Gorla, damit „die Zeitschriften die Urteile in ihrem kompletten Text veröffentlichen“.

¹⁰² Die beträchtlichen Aspekte von Mehrdeutigkeit des Problems treten hervor bei AA.VV., *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di G. Visintini, Padova, 1988.

des Universitätsstudiums¹⁰³; aber eine geringere Anzahl von Seiten, Lernstunden und Vorlesungen kann nicht die bildende Methode durch eine rein informative Methode ersetzen. Die Problembezogenheit¹⁰⁴ muss gewährleistet sein, auch wenn die zu studierenden Themen zu reduzieren sind¹⁰⁵. Zu diesem Zweck braucht man eine bessere Koordinierung von Programmen zwischen den verschiedenen Disziplinen, entsprechend den Laureatsstudiengängen. Speziell für das Studium der Rechtswissenschaft bedarf es einer innovativen Koordinierungsanstrengung zwischen den traditionell privatrechtlich und öffentlich-rechtlich definierten Fächern und insbesondere zwischen den sogenannten historischen und philosophischen Fächern und jenen des sogenannten strikten positiven Rechts, so dass Überlagerungen oder makroskopische Bildungslücken verhindert werden¹⁰⁶.

Aus technischer Sicht besteht insbesondere die Notwendigkeit, in allen Studienfächern, auch in den sogenannten Grundlagenfächern oder institutionellen Fächern¹⁰⁷, verschiedene Instrumente zu benutzen, zum Beispiel einen Quellentext (Gesetz oder anderes), ein Handbuch, Rechtsprechungsmaterialien, rechtsgeschäftliche Formulare, einen Aufsatz oder eine kritische Rezension. Wichtig ist jedoch die vom Dozenten vermittelte Herangehensweise, und genauso wichtig ist, dass aus der Pluralität von Texten eine Überzeugung gewonnen werden kann, ein kulturell

¹⁰³ Man muss zugestehen – so beobachtet kritisch N. LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, cit., S. 334–, dass die jüngste Universitätsreform „glaubte, ein grundlegendes Problem mit einigen formellen Behelfen zu lösen und damit endete, eine Regelung zu diktieren, die Lehrmodalitäten losgelöst von den Lehrinhalten regelt und die vor allem nicht die Lehrnachfrage fördert statt der einfachen Forderung von Attestaten, die zur Erfüllung von Tätigkeiten bestimmt sind, die dazu neigen, immer mehr von den Inhalten unserer Universitätskurse losgelöst angeboten zu werden“; s. auch A. CATAUDELLA, *L'insegnamento del diritto privato*, cit., S. 182; V. CERULLI IRELLI e O. ROSELLI (a cura di), *La riforma degli studi giuridici*, Napoli, 2005; L. PIETROLATA, M.M. PROCACCINI e O. ROSELLI (a cura di), *Materiali sullo stato della riforma degli studi giuridici nelle facoltà di giurisprudenza*, Napoli, 2005; E. RUSSO, *Il fondamento e i limiti della concettualizzazione*, in DERS. (a cura di), *Interpretazione della legge civile*, cit., S. 214 führt übrigens auf die Neuordnung der Studiengänge das erneuerte Interesse an den typischen Konzepten des sogenannten „Allgemeinen Teils“ zurück.

¹⁰⁴ Auch auf diesen Aspekt wurde aufmerksam gemacht in P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica*, cit., S. 21: „die Vitalität einer Lehre wird verliehen durch die interne Dialektik bei den konkreten Problemen, offen für jeden Ansatz derselben in einem Prozess von Zerlegung und Wiederausammensetzung der Institute, der kein Ende hat“. Aus Sicht der Didaktik wurde die Bedeutung der Problematik unterstrichen in DERS., „*Istituzioni di diritto privato*“, cit., S. 208 f.

¹⁰⁵ Bei der Neubearbeitung und beim Kürzen eines umfangreicheren Textes – wird im Vorwort zu P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, 2^a ed., Napoli, 2003, S. X, bemerkt – geht die Anstrengung dahin, „einen knappen Stil zu erhalten, der, ohne feststellend zu werden, [...] diese Problematik aufrecht erhält, auf welche die Ausbildung, insbesondere die akademische, nicht verzichten kann“; zustimmend A. MASI, *L'ampiezza dei manuali istituzionali di diritto civile e di diritto privato*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento*, cit., S. 1512 f.

¹⁰⁶ Der Beitrag der Philosophen beispielsweise wäre wesentlich, um die Auswirkung der Strömungen des Denkens auf die Inhalte und die Prinzipien der geltenden Rechtsordnung zu beurteilen (zu der Gelegenheit, die Philosophie im Recht zu ermitteln s. *supra* Kap. I § 3.); ebenso wesentlich wäre der Beitrag des Wirtschafts- und Zeithistorikers für die Erklärung der Entwicklung der Rechtsinstitute, usw.

¹⁰⁷ P. PERLINGIERI, „*Istituzioni di diritto privato*“, cit., S. 208 ff.

wichtiger Ansatz ausgeht, der den Schüler mitreißt. Dies wird erleichtert, wenn „Sympathie“ zwischen der Kultur der ausgewählten Texte und der des Dozenten besteht, auch wenn diese „Sympathie“ sich in starken kritischen und kontroversen Äußerungen zeigen sollte, die Profile von Konsens oder Dissens zu wecken imstande sind. Der dialektische Prozess, der möglichst vom Schüler geteilt werden sollte, auch in Kolloquien und Seminaren, ist die fruchtbarste Technik für bildendes Wachstum und stellt auch die Hauptressource zum Lernen der Dozenten im Hinblick auf die Darstellungsverbesserung der Vorlesungen und der empfohlenen Texte dar. Man muss unausweichlich den quantitativen Abbau der „frontalen“ Vorlesung zur Kenntnis nehmen, ohne jedoch eine aufgebrauchte und reduzierende Einstellung gegenüber ihrer Rolle einzunehmen¹⁰⁸. Qualität wird mehr denn je essentiell; zu Qualität gehört auch, dass das Tutorium nicht nur der Initiative der jüngsten Assistenten überlassen wird.

Die argumentative Kraft, Voraussetzung für jeden dialektischen Prozess, muss stimuliert und umgesetzt werden, auch indem man die härtesten Polemiken an sich vorbeiziehen lässt, die mit der Zeit als Rezensionen der Monographien aufeinanderfolgten. Rezensionen, die oft von Gelehrten für Gelehrte geschrieben wurden, aber auch solche, die sich an die jungen Studenten richteten, Ausdruck einer kulturellen Beschäftigung, ausgestattet mit polemischer Kraft (heute zum großen Teil erloschen, aber) von großer pädagogischer und bildender Valenz¹⁰⁹.

Den Studenten einzuladen, sich außer dem Reden am Schreiben zu versuchen, verlangt ein besonderes Engagement und angemessene Mittel der Überprüfung und Kontrolle, die sich nicht in Tests erschöpfen können. Das Instrument der schriftlichen Ausarbeitung führt zurück zu der gesunden alten Gewohnheit der Analyse der Argumente und zur Systematisierung der Probleme; beides Techniken, mit denen man Sensibilität und Kreativität im Ausdruck entwickeln kann, sowie den Sinn für die nicht stereotype und nicht an starre Formeln gebundene Kommunikation wiederentdecken. Eine Kommunikation, die keine Äußerung des ostentativen und gespeicherten Festhaltens an den diffussten konsolidierten Richtungen ist, sondern aufmerksam und von reger, geteilter Aktivität. Die juristische Alphabetisierung setzt eine adäquate kulturelle Sensibilität voraus, eine inhaltliche und sprachliche Reife: Die Liberalisierung der Universitätszugänge für diejenigen, der beträchtliche Defizite bei diesen besonderen Eigenschaften hat, ist Verantwortung, mit der man nicht ungestraft das universitäre System oder den einzelnen Dozenten belasten

¹⁰⁸ Fest und geteilt ist die Überzeugung, „der traditionelle Unterricht könne und müsse ein grundlegendes, wenn auch nicht einzigartiges, Moment bei der Ausübung didaktischer Tätigkeit bleiben; dies auch, oder vor allem in Anbetracht der Komplexität der Materie, die wir jedenfalls neu ordnen und vereinfachen müssen, um sie nutzbar, also den Unterricht verwendbar zu machen“: A. GALASSO, *Strumenti e tecniche di apprendimento del diritto civile*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento*, cit., S. 1327.

¹⁰⁹ Es beobachtet A. CHECCHINI, *Le ragioni di una crisi dogmatica*, in AA.Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Atti del Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23–26 giugno 1989, Padova, 1991, S. 1034, dass „die heilsame Tradition der Rezensionen [...] der authentischen Rezensionen ermattet, die oft Ärgernis bringen, aber den Rezensor wie den Rezensierten dazu zwingen, eine wissenschaftliche Verantwortung auf sich zu nehmen“.

kann. Realistischerweise braucht man Instrumente und Techniken, die kompatibel und hilfreich in diesem auch kulturellen Unbehagen sind¹¹⁰. Der Gebrauch von synoptischen, zusammenfassenden Übersichten, die im Text enthalten sind und sich mit diesem abwechseln¹¹¹, die Bildschirmprojektion der Schemata, die der Argumentation zugrunde liegen (eine bei den Juristen nicht sehr beliebte, aber in den wissenschaftlichen Disziplinen übliche Technik), stellen recht nützliche Mittel für das Erlernen von Texten und für die pädagogische Annäherung dar, die verständlicher und verifizierbarer wird in den Grundlagen, auf die sie sich stützt.

28. Überwindung der Tendenz zum Konzeptionalismus und der elitär-distanzierten Haltung zur eigenen geistigen Gemeinschaft

Man muss der Tendenz zum Konzeptionalismus als „mentalem Habitus“¹¹², der sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung verbreitet ist, Einhalt gebieten, indem man den Exzess von Abstraktionen und Generalisierungen vermeidet¹¹³ und der Geschichte und der Rechtsvergleichung als von der Relativität und vom diversifizierten Werden des Rechts gekennzeichnete Kenntnisse die erforderliche Aufmerksamkeit schenkt¹¹⁴. Nicht einfach um eine Doktrin oder einen Regelkomplex, der tendenziell dauerhaft in jedem juristischen System ist, zu schaffen, sondern im Gegenteil in dem Bewusstsein, dass das juristische Phänomen nur ein dynamischer Aspekt der komplexen Kultur einer Gemeinschaft ist¹¹⁵. Das Gegenmittel zum Konzeptionalismus und zum Formalismus, das seinen theoretischen Ausdruck darstellt, ist die Kontrolle des effektiven Funktionierens der konkreten Justiz mittels einer Überprüfung des „mentalischen Prozesses, der Richter und Gesetzgeber dazu bringt, Abstraktionen von Regeln und Prinzipien zu formulieren, um in einem kontinuierlichen Austausch oder Kreislauf zum konkreten Problem vorzudringen“¹¹⁶. Das Studium und die Besprechung der Fälle, sowohl der gerichtlichen als auch der außergerichtlichen, bilden eine Unterrichtsmethode, „die den

¹¹⁰ Vgl. G. ALPA, *Nuovi orizzonti dell'insegnamento del diritto civile*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento*, cit., S. 1461 ff.

¹¹¹ Der Versuch wurde durchgeführt in P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive*, cit., wo im Vorwort zur ersten Auflage das Ziel, „eine vereinfachte, aber dennoch weiterhin auf angemessene Weise in ihren Inhalten fortgeschrittene pädagogische Herangehensweise umzusetzen“, klargestellt wird.

¹¹² Dieser Ausdruck wurde geprägt durch G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, S. VIII.

¹¹³ S. *infra* Kap. IV § 49.

¹¹⁴ Diese Ziele äußert G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., S. V ff., der – während er sich auf diese Zielsetzungen anstatt auf reine Information bezüglich der anderen Rechtssysteme stützt – die „vergleichende Methode“ von der „Rechtsvergleichung“ unterscheidet.

¹¹⁵ Zum Innegewohnen des Rechts in der Kultur s. *supra* Kap. I § 2.

¹¹⁶ G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., S. VII.

Jungen nicht den Eindruck vermitteln darf, dass das ganze Recht in den Gerichtsurteilen stehe und sie daran zu gewöhnen, das Recht von einem streitigen Standpunkt aus zu betrachten“. Genauso wenig darf der Eindruck entstehen, das Recht sei ein „chaotisches Miteinander von Entscheidungen und Lösungen, wo jede unabhängig von der anderen eine Daseinsberechtigung hat, ohne inhaltliches Gefüge, Ordnung und System“¹¹⁷. Die *interpretatio* drückt juristische Prinzipien, logische und axiologische *rationes* der Lösung aus. Aus dieser Sicht sind Ermessensakte, Rechtsgeschäfte und Richtersprüche primäre, faktische und pädagogische Instrumente rechtlicher Innovation, jenseits von typisierten und abstrakten Kategorien – manchmal wahre „Überbauten“¹¹⁸ der juristischen Gedankengänge –, die immer der Prüfung ihrer Nützlichkeit für die passende Entscheidung bedürfen.

Entscheidend ist es, das „von wem“, „warum“ und „wo“ der Gedankengänge zu präzisieren, im Bewusstsein, dass Form und Substanz der Argumentation durch die Ausbildung des Juristen bestimmt werden, die wiederum bestimmt wird durch die Ordnungsstrukturen, in denen er tätig ist und insbesondere durch das eigentümliche System der Rechtsquellen, sowie die effektive Rolle der Vorlesung und der Lehre¹¹⁹. Es sagt viel aus, wenn ein einflussreicher Gelehrter bereits in den 1980 Jahren bemerkte, dass „die Lehre sich mit dem Verbreiten dessen, was die Praxis macht, abfindet. Die Herausgeber von 1920 druckten Universitätskurse, diejenigen von 1986 drucken von den Professoren verfasste Analysen der Rechtsprechung“¹²⁰. Auch von Seiten der aufmerksamsten Rechtsvergleicher hat man den Mut zu bemerken, dass „wir uns darauf beschränken, unkritisch einige Gemeinplätze und Banalitäten anderer Rechtsordnungen entgegenzunehmen oder die Theorie der ausländischen Literatur zu diskutieren, ohne dass sich eine einzige vertiefte Studie unserer Gelehrten hervortut“¹²¹. Eine schlechte Gewohnheit auch von manchen unserer Gelehrten,

¹¹⁷ G. GORLA, *Le scuole di diritto negli Stati Uniti d'America*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, S. 332.

¹¹⁸ Dieser Valenz der dogmatischen Kategorien entspricht auch ein besonderer Stil, Richtersprüche zu bilden, dargestellt von M. BIN, *Funzione uniformatrice della cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1988, S. 557 f., nach dem beim Verfassen der Urteile „eine gesteigerte Aufmerksamkeit für die Formulierung des konkreten Tatbestandes und vor allem die tragenden Gründe der Entscheidung (inbegriffen [...]) die tragenden Urteile, welche die Wahl der angewandten Auslegung geleitet haben“ benötigt wird. Was die Abfassung der Leitsätze angeht „sollten diese nicht in der Herausarbeitung allgemeiner und vom Urteil zu dem konkreten Fall losgelösten Prinzipien ergehen, sondern mit Genauigkeit die *ratio decidendi* des Falls und den konkret entschiedenen Tatbestand aufzeigen“.

¹¹⁹ Vgl. G. GAVAZZI, *Topica giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, S. 415, der die Übereinstimmung zwischen der Vielfalt von Strukturen der Rechtsordnungen und der Unterscheidung zwischen „verschiedenen Typen juristischer Argumentationsweise“ darlegt. Insbesondere wird gezeigt, dass die Vielschichtigkeit des Systems der Quellen eine Vielfalt von Modellen der Beweisführung von Urteilen zu einem konkreten Fall, auch innerhalb der einzelnen juristischen Erfahrungskreise, mit sich bringt.

¹²⁰ R. SACCO, *La riforma delle facoltà giuridiche*, in *Foro it.*, 1986, V, S. 254, der die Auswahl der an den Universitäten anzuwendenden didaktischen Instrumente auf der Grundlage des Kriteriums forderte, „die juristische Ausbildung nicht bis hin zum Auswendiglernen von Regelungen und Präzedenzfällen zu verflachen“.

¹²¹ M. LUPOLI, *L'interesse per la giurisprudenza*, cit., S. 238.

die sich zeigt in einer von der eigenen Gesellschaft losgelösten elitären Haltung, falls die Entscheidung zwischen dem Konfrontieren und dem Ignorieren der fremden Meinungen durch undurchsichtige Kriterien inspiriert ist, bis zum Schwanken zwischen Exotismus und Okkasionalismus: eine sicherlich nicht dienliche Haltung für das effektive Wissen über unsere gesamte Rechtskultur und ihre besondere Identität¹²². Das Bildende ist „nicht so sehr der Fall oder der Sachverhalt, auf dem es beruht, sondern, wenn man seine Besonderheiten kennengelernt hat, der Argumentationsprozess, der es sowohl im Inneren des *corpus* der Entscheidung als auch im Äußeren, im Kommentar, den sie bewirkt, und in den Zustimmungen, um die sie wirbt, kennzeichnet“¹²³.

29. Universitätsstudium: Verantwortung des Dozenten und Einheitlichkeit von Didaktik und Forschung

Die Sicht, aus der die Instrumente zum Erlernen des Rechts, insbesondere des Zivilrechts, vorzuschlagen sind, ist die zwangsläufige Heterogenität der Instrumente selbst, so dass sie dem Schüler in einer graduellen, pädagogischen Annäherung vermittelt werden, strikt von der auch zwangsläufig pluralistischen Methode bestimmt¹²⁴, ohne dass dies einen Verzicht seitens des Dozenten auf sein Recht und gleichzeitig seine Pflicht, Vorlieben und Optionen auszudrücken, bedeuten muss – auch in der Wahl der Vorlesungsinstrumente und -techniken –, vorausgesetzt, dies geschieht mit größtmöglicher Transparenz und der damit verbundenen Übernahme der Verantwortung. In diesem Rahmen kann man die Alternative der anzuwendenden Instrumente anbieten, aber im Zusammenhang mit einem Ausbildungsverlauf,

¹²² Der Umfang des kulturellen Horizonts bewahrt nicht davor, in die im Text beklagte Verhaltensweise zu geraten. L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, S. 1 ff., sowie DERS., *Dogmatica giuridica*, in DERS., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, S. 58 ff., wo die Fragen der „Öffnung des positiven Rechts für metajuristische Kriterien materieller Gerechtigkeit“ für die „Aufwertung der juristischen Dogmatik zu einem System, das offen ist für die Kontrolle durch metapositive Werte“, einen Platz finden in dem engen Vergleich mit einigen Stimmen der deutschen Lehre, wobei jedoch der Vergleich mit der italienischen Lehre vermieden wird, die seit jeher bei der juristischen Auslegung die Aufmerksamkeit auf die Rolle der Werturteile gelegt hat (um die Formel von L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954 wiederaufzunehmen) und vor allem eine spezifische Antwort auf das Thema der Auswirkung der assiologischen Wende in den modernen Verfassungsordnungen angeboten hat, während sie die unmittelbare Anwendung der Verfassungsprinzipien verteidigte (s. dazu *Norme costituzionali*, cit., S. 109 ff.), und auf diese Weise der Vieldeutigkeit entflohen, die jedem Postulat „metapositiver“ Werte jenseits der Verfassung innewohnt: eine Antwort, die unangemessen wäre, als Thema juristischer Hermeneutik gezeigt zu werden, da, wie für jede Legitimitätsposition, eine passende politische Theorie nötig ist (P. PERLINGIERI, *Valori normativi*, cit., S. 787 ff., sowie DERS., *Il primato della politica*, cit., S. 281 ff.).

¹²³ P. PERLINGIERI, *Strumenti e tecniche*, cit., S. 512.

¹²⁴ Zum Wandel didaktischer Techniken aufgrund des Pluralismus s. F. SPANTIGATI, *La formazione del giurista strumentale alla costruzione del „sistema“*, in *Pol. dir.*, 1997, S. 125 ff.; zum methodologischen Pluralismus s. *infra* Kap. III § 44.

an dem der entsprechend informierte Schüler unweigerlich teilnimmt. Ein Urteil hierüber kann nicht in den Kategorien richtig oder falsch, sondern muss in Kohärenz zu den gesetzten Zielen und in Kongruenz mit dem Ausgangsbildungsniveau gefällt werden¹²⁵.

In jedem Fall kann sich das Studium nicht auf eine begriffliche und rein informative Funktion beschränken, sondern müssen stets auf eine kritische Bildung, auf den Sinn für angemessenes und vernünftiges Argumentieren zu jeglicher Lösung von alten und neuen Problemen abzielen. Man muss daher sowohl aseptischen und schlussfolgernden, ermüdend wiederholenden Texten, als auch jenen, welche die reine Praxis, die abstrakte Theorie oder noch mehr durch die Gewissheit ihrer Wahrheit gekennzeichnete Fragen und Antworten darstellen, misstrauen. So muss man die Vorlesungen, die ohne Dialog, ohne Beteiligung des Schülers, ohne Konfrontation mit anderen Standpunkten indoktrinieren, vermeiden. Verstärkt werden müssen die Begegnungen mit mehreren Meinungen und Kurse mit wechselnden Dozenten.

Zu viele editoriale Initiativen laufen Gefahr, in den Engpass rein angelernten Wissens oder des Anschlusses an rein kommerzielle Zielrichtungen zu geraten¹²⁶. Von diesen Veröffentlichungen muss man mutig abraten, sowohl zu Beginn des Rechtsstudiums als auch bei der Fort- und Weiterbildung, zu einem späteren Zeitpunkt, an dem im Übrigen das Phänomen der Ablehnung solcher Instrumente angenehmer sein müsste. Diese Texte – unangemessene und zaghafte Wissensverkürzungen – sind oft der Grund für die Verdrossenheit und den Verlust der besten Studenten an der Teilnahme am Studium und manchmal auch für die falsche Einschätzung der persönlichen Eignung von ihrer Seite her, da sie sich nicht wiedererkennen in Texten, die fälschlicherweise als Bewertungsparameter angesehen werden. Und hier liegt die große Verantwortung desjenigen, der an der Universität oder bei der Auswahl und in den *concorsi* (Staatsexamen und Ausschreibungen) berufen ist, die Reife und Eignung für das Studium zu überprüfen und/oder Aufgaben und Funktionen relevanter beruflicher Verpflichtungen zu übernehmen. Um das Vorlesungsniveau hoch zu halten, ist es unerlässlich, dass bei der Vorlesung die Forschungsergebnisse des Dozenten, seine Art, Jurist zu sein und die Gründe für seine Optionen erkennbar sind. Lehre und Forschung sind untrennbar¹²⁷. Jeder Dozent weiß, wie sehr seine Ausbildung durch die Professoren, die ihn in seinem Werdegang begleitet haben, beeinflusst wurde¹²⁸. Es bleibt zu wünschen, dass die

¹²⁵ P. PERLINGIERI, *Strumenti e tecniche*, cit., S. 513.

¹²⁶ S. diesbezüglich A. ZACCARIA, *Produzione giuridica ed esigenze editoriali*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento*, cit., S. 1472 ff.; s. auch M. BESSONE, *Scienza, didattica, editoria*, *ivi*, S. 1495 ff.

¹²⁷ P. PERLINGIERI, „*Istituzioni di diritto privato*“, cit., S. 210 f. Im gleichen Gedankengang N. LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, cit., S. 335, nach dem eine „Lehre, die nicht auch Forschung ist, niemals in der Lage sein wird, Schule zu machen in ihrer kalten Eintönigkeit der von anderen erworbenen Gewissheit; ebenso wie eine Forschung, die unfähig ist, auch eine frequentierte und aktive Lehre zu werden, sich unaufhaltsam einschließen wird in dem kalten und oft künstlichen Jargon der Begründer“.

¹²⁸ Ein Bewusstsein, das geteilt wird von G. VISINTINI, *Nuova editoria e cultura del precedente*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento*, cit., S. 1537 f.

heutige Jugend noch die Gelegenheit erhält, entsprechende Erfahrungen zu machen, die einzigen, die geeignet sind, um bei ihnen die Leidenschaft für das Studium zu wecken, und die Vermittlung einer Methode und einer Erfahrung, welche die Sensibilität des Juristenmenschen neu belebt.

In einer stark innovativen und technologisch fortgeschrittenen Gesellschaft ist eine sich der Diskussion stellende, angesehene und verantwortliche Lehre die echte Voraussetzung für den unbürokratischen und offenkundig reformistischen Aufschwung des Studiums und der Entwicklung. Die Gesellschaft muss jedoch selbst größten Wert auf Bildung und Ausbildung legen und sie angemessen schätzen. So kann man vermeiden, dass die Dozentur, größtenteils nicht von einer kongruenten und konstanten Forschung getragen, sich auf eine Restaufgabe und höchstens auf eine – zu anderen weit geschätzteren Aktivitäten – instrumentelle Aufgabe beschränkt, oder dass sie auf dem Markt außerhalb der Universitätseinrichtungen angemessen gewürdigt wird. Die diesbezügliche Zukunft letzterer hängt nicht nur von uns ab. Man muss jedoch vermeiden, in dieser oder jener Reform ein Alibi für ein Untätigsein zu finden und wieder bei der Autonomie der Dozenten mit neuer Verantwortlichkeit durch konkludente Verhaltensweisen beginnen, die den Schwierigkeiten einer Informations- und Technologiegesellschaft angemessen sind, die nicht auf von der Zentralität der Menschenwürde ausgehende hohe kulturelle Inhalte und Regeln verzichten kann¹²⁹.

Aus dieser Sicht unterliegt die pädagogische Annäherung der Sensibilität des Dozenten und hängt nicht wenig von der kulturellen Empfänglichkeit des Schülers ab: wenn das Vergegenwärtigen der Verantwortlichkeit des Dozenten und ihre Arbeit mit Hingabe und ethischer Kohärenz entscheidend ist, ist gleichfalls die Orientierung des Studenten entscheidend, weil es wünschenswert ist, dass in die juristischen Studien nur Studenten mit vollem Bewusstsein und Interesse für die normativen Mechanismen und die dazugehörigen Berufe gelangen¹³⁰.

¹²⁹ P. PERLINGIERI, *Strumenti e tecniche*, cit., S. 514; DERS., *Il diritto civile nello stato sociale di diritto*, cit., S. 74, wo beobachtet wird, dass ein sozialer Rechtsstaat als Kulturstaat „postuliert, dass die Bürger ein angemessenes Bildungsniveau haben. Auch in der technologischen Gesellschaft gehört das Primat dem Menschen, nicht der Technologie; andernfalls würden wir aus einem Mittel zur Verwirklichung der Person ihr Ende machen“; zu der Rolle der Universität in der „Wissensgesellschaft“ s. AA.VV., *Educazione versus formazione. Processi di riforma dei sistemi educativi e innovazione universitaria* a cura di L. Galliani, Napoli, 2003, insbes. S. 223 ff.

¹³⁰ So ermahnt Simone Weil: „Die Intelligenz kann nur durch das Verlangen gelenkt werden. Damit es ein Verlangen gibt, bedarf es Gefallen und Freude. Die Freude zu lernen ist unerlässlich für die Studien [...]. Wo diese fehlt, gibt es keine Studenten, sondern arme Karikaturen von Lehrlingen, die am Ende ihrer Lehre nicht einmal ein Handwerk haben“ (S. WEIL, *Lezioni di filosofia*, Milano, 1999, S. 330).

Das italienische Zivilrecht in der Verfassungswirklichkeit
unter besonderer Berücksichtigung des europäischen
Rechtsquellensystems

Perlingieri, P. - Di Nella, L. (Hrsg.)

2017, XLIX, 1038 S., Hardcover

ISBN: 978-3-642-30151-3