Robert M. Cover und seine Jurisprudenz der Leidenschaft und des Widerstands

Posted on 20. Februar 2016 by Klaus F. Röhl

Im Eintrag vom 2. Februar habe ich mit kritischem Unterton aus Texten von Robert M. Cover zitiert. Nun gibt es Anlass, etwas ausführlicher auf Covers Texte einzugehen. Im Eintrag vom 1. Dezember 2015 hatte ich am Ende auf eine neue Veröffentlichung von Marietta Auer hingewiesen: Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz[1]. Auer deutet die Freirechtlehre von Kantorowicz als »interpretativen Rechtspluralismus«. Bemer-kenswert wird diese These durch ihre Begründung mit Hilfe rabbinischer Interpretationskultur. Diese These fordert zur Stellungnahme heraus.

Solche Stellungnahme braucht einige Vorbereitung. Auer findet den »Schlüssel« zu ihrer These »in der von der Rechtswissenschaft erst kürzlich wiederentdeckten Tradition des jüdischen Rechts, deren Fruchtbarkeit für das Verständnis der Normen- und Interpretationskonflikte im multipolaren Rechtspluralismus der Gegenwart seit einiger Zeit erkannt« werde (S. 789). Als Gewährsmann dient ihr vor anderen Robert M. Cover. Deshalb will ich mich hier zunächst auf dessen Texte einlassen.

Robert M. Cover (1943-1986) hält in den USA Zitierrekorde, ist in Deutschland aber nur Kennern vertraut. Bevor man sich selbst an die Lektüre macht[2], ist es sinnvoll, die ebenso kurze wie informative Einleitung von Martha Minow zu lesen, die sie zu dem postum 1992 erschienenen und mehrfach nachgedruckten Sammelband mit den Essays von Cover geschrieben hat.[3] Hier ihre ersten beiden Absätze:

> »While a student in the 1960s, Robert Cover actively participated in civil rights work and antiwar protests. He watched protesters defend against civil and criminal sanctions and he watched judges announce that they were helpless to respond to the protesters' avowed moral justifications for breaking laws. These observations prompted Cover's historical and

> jurisprudential inquiry into the work of pre-Civil War judges who enforced the fugitive slave laws despite their own privately expressed opposition to slavery. Cover's inquiry produced Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process (New Haven: Yale University Press, 1975), a stunning exploration of how powerful men could assert they had no power to resist doing what they believed was wrong. Cover tried to explain why a group of judges pursued a mechanistic interpretation of the fugitive slave law and of law itself in direct opposition to their moral understandings.
>
> Justice Accused exposes the philosophical and psychological tensions between law and morality. Cover's later work embraces plural sources of beliefs and values with their accompanying conflicts and power struggles. Indeed, he coined the term jurispathic to refer to the power and practice of a government that rules by displacing suppressing, or exterminating values that run counter to its own. Yet Cover placed at the center of law the communal groups that would seem peripheral if the government's own worldview were the starting point. In so doing, Cover set in motion three captivating arguments: (1) government should be understood as one among many contestants for generating and implementing norms; (2) communities ignored or despised by those running the state actually craft and sustain norms with at least as much effect and worth as those espoused by the state; and (3) imposition of the state's norms does violence to communities, a violence that may be justifiable but is not to be preferred a priori.«

»Justice Accused« hätte für einen bedeutenden Autor ausgereicht, denn das Buch erfüllt die endlosen abstrakten Diskussionen über das Verhältnis von Recht und Moral mit Leben. »Nomos and Narrative« und »Violence and the Word« haben Cover zur Ikone des Rechtspluralismus gemacht. Cover argumentiert klug und differenziert und teilweise geradezu mitreißend. Jede Krittelei läuft Gefahr, seine Texte von Witz, Verve und Esprit zu befreien. Doch wenn diese Texte nicht bloß als intellektuelle Meisterleistungen konsumiert und punktuell zitiert, sondern für wissenschaftliche Aussagen herangezogen werden sollen, bleibt keine Wahl. Dann darf man auf ihr »Charisma«[4] keine Rücksicht nehmen. Dann gilt es, sie in ein Referat zu pressen, um handfeste Thesen zu extrahieren, getreu dem Motto, was sich nicht referieren lässt, hat in der Wissenschaft nichts verloren.[5]

Bei der Lektüre von Covers Texten entdeckt man schnell zwei Stilmittel. (1) Er prägt

und benutzt neue Wortschöpfungen wie Jurisgenese, Jurispathie oder gar Jurispotenz und er verwendet geläufige Begriffe wie Nomos und Grundnorm gegen ihren üblichen Sinn. (2) Er vermeidet die direkte Auseinandersetzung mit der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Literatur. Im Verein mit seiner eindrucksvollen Biographie als Unterstützer zivilen Ungehorsams entsteht daraus der Eindruck hoher Originalität und Authentizität.

Diagnose und Bewertung sind in Covers Texten nicht klar getrennt. Im Mittelpunkt der Diagnose des Rechtszustands steht eine Theorie der Rechtsgenese, für die Cover den Ausdruck *jurisgenesis* geprägt hat. Seine Theorie der Jurisgenese verwirft den staatlichen Rechtsbegriff und akzeptiert als Recht ein normatives Universum mit einer Vielzahl von Rechtsquellen.[6] Dieses Universum erhält den Namen *nomos*.

> »We inhabit a *nomos* – a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void.«

So beginnt *Nomos and Narrative*. Ein Jahr später sagt Cover über diesen Text:

> »My position is very close to a classical anarchist one – with anarchy understood to mean the absence of rulers, not the absence of law.«[7]

Nomos steht in erster Linie für das Universum der Rechtskultur, manchmal aber auch für das explizite Normengerüst, das an einer Stelle (S. 9) *corpus juris* heißt. Dieses *corpus* ist eingebettet in einen Kosmos von – ja, wovon? – einen Kosmos von *narratives*. Erst die Narrative verleihen ihm Bedeutung.

Eine Definition des Narrativs[8] gibt Cover nicht. Jedenfalls handelt es sich nicht (nur) um Texte im Sinne von Erzählungen. Immerhin »history, fiction, tragedy, comedy« (S. 10) gehören dazu, und es sind keine Privatgeschichten, sondern geteilte Erzählungen (S. 10). Mythen und die kanonischen Texte der Religionen bilden geradezu ein »Lexikon« rechtlicher Narrative (S. 9). Zum Narrativ einer Norm gehört, was man über ihre Geschichte und Praxis weiß, wie sie erklärt wird und welchen Zweck man mit ihr verbindet. Dem Narrativ ist das Normative eingeschrieben:

> »And every narrative is insistent in its demand for its prescriptive point, its moral.« (S. 5)

In Narrativen werden Wertüberzeugungen real:

> »Narrative is the literary genre for the objectification of value.« (S. 45)

Das normative Universum des Nomos umgibt uns nicht weniger real und fest als die natürliche Welt. Die Bindekraft, die den Nomos zusammenhält, ist die »force of interpretive commitments – some small and private, others immense and public.« (S. 7). Mir fällt keine bessere Übersetzung ein als Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein.[9] Solches Rechtsbewusstsein zeigt sich in jeder Handlung, die Bezug zu einer Norm und einem Prinzip hat, und solche Handlungen sind dann auch immer eine Kommunikation über Recht (S. 8). Zum Nomos gehören immer auch Wunschbilder aller Art.

> »Law is that which licenses in blood certain transformations while authorizing others only by unanimous consent.« (S. 9)

Das Recht bringt Visionen auf den Boden der Wirklichkeit zurück.

Eine Kernthese von *Nomos and Narrative* besagt: dass der Nomos nicht auf einen Staat angewiesen ist, weil die *jurisgenesis* stets im Medium der Kultur stattfindet, und hier wiederum am besten in kleineren Gemeinschaften (S. 11[10]). Das wird am Beispiel biblischer Texte erläutert, und daraus werden zwei idealtypische Muster der Rechtsbildung extrahiert, die Cover *paideic* und *imperial* nennt (S. 12f). *Paideic* ist die Rechtsbildung in kleineren und größeren Gruppen (*communities*) mit starken interpersonellen Beziehungen. Dabei spielen »pädagogisch« verstandene Texte wie der Thora eine wichtige Rolle.

> »Law as Torah is pedagogic. It requires both the discipline of study and the projection of understanding onto the future that is interpretation. Obedience is correlative to understanding. Discourse is initiatory, celebratory, expressive, and performative, rather than critical and

analytic.« (S. 13)

Imperial[11] ist dagegen die Jurisgenese in der Bürgergemeinde[12] (*civil community*), die durch universelle Normen charakterisiert wird, welche von Institutionen durchgesetzt werden. Das läuft natürlich schnell auf den Staat hinaus. Die USA bilden den Idealtyp des *imperial law*. (S. 16).

In den *communities* gibt es zu viel Jurisgenese (S. 17). Daher tritt die imperiale Rechtsbildung durch die Bürgergemeinde auf den Plan. Deren Chance sieht Cover in einer Fußnote[13] darin, dass sie den Pluralismus der Rechte sichern kann. Das *imperial law* (des Staates) mit seiner systematischen Hierarchie ist freilich nur in der Theorie komplett. Praktisch wird er nur teilweise realisiert. Vor allem aber bleiben seine Lösungen stets *essentially contested*[14] Eine liberale Gesellschaft verzichtet auf die Kontrolle der Narrative. Eine autoritäre kann sie nicht wirksam kontrollieren. Jeder reimt sich seine eigene Geschichte zusammen und interpretiert das Recht auf seine Weise.

> »The conclusion emanating from this state of affairs is simple and very disturbing: there is a radical dichotomy between the social organization of law as power and the organization of law as meaning.« (S. 18)

Als Beispiel für die interpretative Kraft von Narrativen wählt Cover die Erbregel aus dem 5. Buch Mose Kap. 21, 15-17, nachdem der Erstgeborene das größte Erbteil erhält, auch wenn er von der ungeliebten ersten Frau stammt. Cover zitiert die vielen biblischen Geschichten wie die von Jakob und Esau, in denen die eigentlich eindeutige Regel bestritten oder ausgetrickst wurde, um zu zeigen, dass solche »Geschichten« immer wieder dazu dienen können, eine an sich klare Regel anzufechten oder Ausnahmen zu kreieren.

> »The problem addressed by these biblical narratives is also an instance of a still more general problem of political legitimacy. Every legal order must conceive of itself in one way or another as emerging out of that which is itself unlawful. This conception is the mythic or narrative restatement of the positivist’s concept of the rule of recognition or *Grundnorm*.« (S. 23)

Ohne Bezugnahme auf Kelsen verwendet Cover den deutschen Ausdruck *Grundnorm* als Terminus für den Gründungsmythos, der jeder Rechtsordnung zugrunde liege.

> »The return to foundational acts can never be prevented or entirely domesticated.« (S. 24)

Für einen Religionsnomos, der um einen paideischen Text zentriert ist, klingt das alles plausibel. In diesem Sinne hat heute die Interpretation des muslimischen Nomos mit verschiedenen Narrativen zu kämpfen. Das Beispiel lässt sich aber auf den ersten Blick nicht ohne weiteres auf die Interpretation moderner Staatsverfassungen übertragen. »Nomos and Narrative« steht als *Foreword* einer Ausgabe des Harvard Law Review, die als Adresse an den US Supreme Court in seiner bevorstehenden Sitzungsperiode gedacht war. Nur kurz erwähnt Cover, dass auch bei der Auslegung der US-Verfassung der Gründungsmythos und andere Narrative mitspielen wie der historische Vorgang der Revolution, Naturrechtsvorstellungen, die amerikanische Unabhängigkeitserklärung oder die Konföderationsartikel. Dann schwenkt er um auf die vielen Gruppierungen, die sich von außerhalb des offiziellen Rechtssystems auf die Verfassung beziehen und ihr einen Inhalt entnehmen oder geben wollen (S. 25ff). Sie bekommen einen Namen als *interpretive communities*.

Als Beispiel für *interpretive communities* dienen sektenähnliche Religionsgemeinschaften wie die Mennoniten und die Amish. Jede dieser Gemeinschaften hat ihren eigenen Nomos. Der Gewaltbezug kommt daher, dass in diesen Gemeinschaften die Erinnerung an erlittene Gewalt noch lebendig ist. Im Hintergrund steht der vom US Supreme Court entschiedene Fall der Bob Jones University, der der Gemeinnützigkeitstatus und die damit verbundene Steuervorteile wegen Rassendiskriminierung entzogen wurde, weil sie sexuelle Partnerschaften zwischen Schwarz und Weiß untersagte. Die Mennoniten, so Cover, wehrten sich nicht eigentlich gegen den Entzug des Steuerprivilegs, sondern dagegen, dass überhaupt ihre Religionsfreiheit unter dem Gesichtspunkt der Rassendiskriminierung beschränkt werde – und nicht umgekehrt. Hier nun sagt Cover:

> »But from a position that starts as neutral – that is, nonstatist – in its

> understanding of law, the interpretations offered by judges are not necessarily superior.« (S. 29)

Der Staat ist in der Lage, den Nomos solcher Gemeinschaften zu tolerieren oder zu zerstören (S. 30).

Dann erweitert Cover die Liste der *interpretive communities* über Religionsgemeinschaften hinaus auf Assoziierungen, die ihren Nomos auf Eigentum oder Privatautonomie gründen, die also etwa auf ihren Ländereien autonome Städte gründen, wie es im 19. Jahrhundert vorkam. Es geht um Gruppierungen, die über einen Nomos verfügen – das gehört sozusagen zu seinem Wesen – der die Beziehungen zwischen den Beteiligten mehr oder weniger umfassend regelt. Man könnte auch von selbstreferentieller Binnenkonstitutionalisierung reden. Im Selbstverständnis dieser Gemeinschaften ist ihre normgenierende Autonomie nicht bloß partiell und schon gar nicht vom Staat verliehen, sondern ursprünglich und umfassend. Das führt zu – wieder ein ebenso hübscher wie nutzloser neuer Begriff – normativer Mitose (S. 31).

S. 35ff erweitert Cover den Kreis der Rechtsproduzenten weiter auf die »*mutually committed individuals who cared about the text*« (S. 40). Als Material dienen die verfassungsbezogenen Auseinandersetzungen um die Sklaverei im 19. Jahrhundert (*antislavery constitutionalism*). Die Abolitionisten unterschieden sich wohl vor allem in der Frage, ob man die Abschaffung der Sklaverei auf der Basis der Verfassung lösen könne oder die Union zerbrochen werden müsse.

Alle bringen sie für die Jurisgenese ihre eigenen Geschichten und ihr eigenes Verständnis der (Staats-)Verfassung mit, und so gibt es die eine Verfassung nicht:

> »But their distinct starting points, identifications, and stories make us realize that we cannot pretend to a unitary law.« (S. 33)

Der theoretische Status des Konzepts der Jurisgenese ist nicht eindeutig.[15] Wenn man es als Rechtsquellenlehre einordnet, müsste man im nächsten Schritt zwischen (soziologischen) Rechtserzeugungsquellen und einer normativen Rechtsquellenlehre unterscheiden, die aus der Fülle des vorhandenen Normmaterials eine verbindliche Auswahl trifft. Als rechtssoziologische Theorie[16] wäre das Konzept der Jurisgenese trivial. Es übernimmt de facto wesentliche Aussagen des Rechtspluralismus.[17]

Niemand bestreitet ernstlich, dass das offizielle Recht kulturell und institutionell eingebettet ist und normative Zumutungen nicht frei erfindet, sondern vorfindet.[18] Fraglich scheint mir nur, ob das kulturelle Gedächtnis des Publikums und der praktisch tätigen Juristen soweit zurückreicht wie das der Rechtshistoriker. Immerhin, es kann von Zeit zu Zeit mobilisiert werden, besonders leicht anscheinend über die Religion. Daher muss man Covers Konzept der Jurisgenese als eine normative Rechtquellenlehre einordnen, die eine Reihe von Rechtserzeugungsquellen aufgreift, um ihnen eine stärkere Verbindlichkeit beizulegen:

> »I am asserting that within the domain of constitutional meaning, the understanding of the Mennonites assumes a status equal (or superior) to that accorded to the understanding of the Justices of the Supreme Court.« (S. 28)

S. 40 beginnt ein neuer Abschnitt mit der Überschrift *»Jurispathic« Courts.* Darüber werde ich in einer Fortsetzung berichten. Heute sei noch der Eingangssatz zitiert, weil er ankündigt, was Cover unter rechtsbezogenen Narrativen versteht:

> »The reader may have tired by now of my insistence upon dignifying the internal norms, redemptive fantasies, briefs, positions, or arguments of various groups with the word ›law‹.«

[1] ZEuP 2015, 773-805.

[2] Seine wichtigsten Aufsätze stehen frei im Internet: Nomos and Narrative, The Supreme Court, 1982 Term – Foreword, Harvard Law Review 97, 1983-84, 4-68 – darauf beziehen sich die Seitenangaben im Text – ; The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction, Capital University Law Review 14 , 1984/5, 179-203; Violence and the Word, Yale Law Journal 95 , 1985-86, 1601-1629. Vorausgegangen waren Robert M. Cover/T. Alexander Aleinikoff, Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court, Yale Law Journal 86, 1977, 1035-1102, sowie Robert M. Cover, The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation, William and Mary Law Review 22 , 1981, 639-682.

[3] Martha Minow/Michael Ryan/Austin Sarat (Hg.), Narrative, Violence, and the Law.

The Essays of Robert Cover, Ann Arbor 1992. (Der Band ist bei Google Books teilweise einsehbar. Die Einleitung bleibt bei den meisten Aufrufen sichtbar.) Hilfreich ist auch die Lektüre von Robert C. Post, Who's Afraid of Jurispathic Courts?: Violence and Public Reason in Nomos and Narrative, Yale Journal of Law & the Humanities 17, 2005, 9-16. Die Rezeption Covers in den USA ist breitgefächert. Ich habe insbesondere noch folgende Arbeiten herangezogen: Suzanne Last Stone, In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory, Harvard Law Review 106, 1993, 813-894; Roy Andrew Partain, Ecologies of Paideic Law: Environmental Law and Robert M. Cover's Jurisprudence of 'Nomos and Narratives', Hanyang Law Review 24, 2013, 423-464, hier zitiert nach dem bei SSRN verfügbaren Manuskript; Judith Resnik, Living Their Legal Commitments: Paideic Communities, Courts and Robert Cover, Yale Journal of Law & the Humanities 17, 2005, 17-53; Franklin G Snyder, Nomos, Narrative, and Adjudication: Toward a Jurisgenetic Theory of Law, William & Mary Law Review 40, 1998, 1623-1729.

[4] Robert C. Post, Who's Afraid of Jurispathic Courts?: Violence and Public Reason in Nomos and Narrative, Yale Journal o f Law & the Humanities 17, 2005, 9-16, S. 9.

[5] Ein mit größerer Empathie verfasste Referate bieten Suzanne Last Stone, In Pursuit of the Counter-Text, Harvard Law Review 106, 1993, 813-894, S. 822-827, und Roy Andrew Partain, Ecologies of Paideic Law: Environmental Law and Robert M. Cover's Jurisprudence of 'Nomos and Narratives', Hanyang Law Review 24, 2013, 423-464, hier zitiert nach dem bei SSRN verfügbaren Manuskript.

[6] Der weite Rechtsbegriff wird in den Folktales of Justice näher begründet, und zwar mit den Assoziationen, Konnotationen und geradezu mythischen Resonanzen, die mit »Recht« (*law*) verbunden sind. Wer immer sich auf »Recht« beruft, appelliert für eine bessere Alternative. Aus diesem Appellcharakter des Rechtsbegriffs resultiert dessen legitimierende Kraft.

[7] Folktales of Justice S. 181.

[8] Was ich mir unter Legal Narratives vorstelle, habe ich in Postings vom 3. 11. und 13. 12 2009 festgehalten.

[9] Soweit liegt die Analyse, von der Wortwahl abgesehen, sehr nahe bei der *institutional normative order*, wie sie Neil MacCormick beschreibt (Institutional Normative Order: A Conception of Law, Cornell Law Review 82, 1997, 1051-1070).

[10] In »Violence and the Word« Fn. 2 sagt Cover: »However, the thrust of *Nomos* was that the creation of legal meaning is an essentially cultural activity which takes place (or *best* takes place) among smallish groups«.

[11] In Fn. 36 auf S. 13 wird diese Begriffsbildung erläutert.

[12] Dazu beruft Cover sich auf (englische Version von) Karl Barths »Christengemeinde und Bürgergemeinde« (1946).

[13] Nomos and Narrative, S. 13 Fn. 36.

[14] Nomos and Narrative, S. 17. Cover bezieht sich auf Gallie 1968; zu diesem mein Eintrag vom 17. 2. 2016.

[15] Franklin G Snyder, Nomos, Narrative, and Adjudication: Toward a Jurisgenetic Theory of Law, William & Mary Law Review 40, 1998, 1623-1729.

[16] Snyder hat es unternommen, aus Covers Konzept ein »amalytisches Modell« der Rechtsentstehung zu entwickeln.

[17] Snyder S. 1635. Zu Eugen Ehrlichs Rechtspluralismus Rechtssoziologie-online § 6 sowie Klaus F. Röhl/Stefan Machura, 100 Jahre Rechtssoziologie: Eugen Ehrlichs Rechtspluralismus heute, Juristenzeitung, 2013, 1117-1128.

[18] Snyder hält auch Savignys Volksgeistlehre für einschlägig (S. 1639). Ich würde auch an den Neuen Institutionalismus denken; dazu Rechtssoziologie-online § 63.

Ähnliche Themen

- Robert M. Cover und seine Jurisprudenz der Leidenschaft und des Widerstands Teil II
- Freirecht und rabbinische Interpretationskultur. Zu einer These von Marietta Auer