

Эўрапеізацыя як выклік праўнай гісторыі

■ ТОРСТЭН КАЙЗЭР (THORSTEN KEISER)

Торстэн Кайзэр — магiстар права (EUI, Флёрэнцыя), доктар філзафіі, абсалвэнт Інстытуту Эўрапейскае праўнае гісторыі Макса Плянка, Франкфурт-на-Майне.

Тэкст друкуецца з ласкавай згоды аўтара

А. Уводзіны

Праект, датычны ўплываў мінулага на працэсы эўрапейскае інтэграцыі, мусіць таксама ўзьняць пытаньне выкарыстання гістарычных вобразаў у гэтых працэсах. Мінулае ня ёсьць аб'ектыўнай праўдай, але ёсьць пэрцэпцыяй, створанай рознымі актарамі (напр., палітыкамі, папулісцкімі рухамі), а таксама гісторыяй як навукай з уласнымі мэтамі ды крытэрамі рацыянальнасьці. Таму карціна мінулага паўстае ў вельмі адрозных інтэрпрэтацыях. Шмат якія зь гістарычных вобразаў у Эўропе створаныя праўнай гісторыяй. Дамова аб Эўрапейскім Зьвязе надала больш глыбокую ступень палітычнай інтэграцыі, што выклікала эўфарыю наконт Эўропы ў праўнай гісторыі¹.

Ад таго часу панятка "Эўропа" стаўся ці ня самай надзённай тэмай дасьледаваньняў зь гісторыі права². Усё што ёсьць "эўрапейскім" адразу ж становіцца прагрэсіўным. Усё часьцей эўрапейскі фокус уздымаецца тэматычнымі рамамі кангрэсаў ды публікацыяў. Прычынай гэтым тэндэнцыям ёсьць тое, што эўрапеізацыя права, якая выглядае непазьбежнай, прывяла гісторыкаў у галіне права да відавочнае і аўтаматычнае пэрцэпцыі: калі Эўропа мае стацца палітычным зьвязам, гісторыкі ў галіне права, як спэцыялісты ў падставах, маюць паказаць карані праўнае культуры гэтае новае супольнасьці, зрабіўшы, такім чынам, істотны ўнёсак у ягоную далейшую інтэграцыю. Прафэсія, якая прынамсі ў Нямеччыне ёсьць дастаткова маргіналізаванай у акадэмічным пляне ды ўкладзенай у практычныя аспекты праўнае адукацыі, мае вялікія шанцы на далейшае існаваньне ды разьвіцьцё. І, насамрэч, падаецца натуральным, што працэсы эўрапейскае ўніфікацыі ўздымуць новыя пытаньні й мэты датычна гісторыі наагул. Спасылка наконт "жахлівых досьведаў" у пераробленай Прэамбуле да Эўрапейскае Канстытуцыі вызначае Эўропу як праект, які ёсьць імгненнай рэакцыяй на нядолгі амаль усяго кантынэнту падчас шматлікіх дыктатураў, якія зьяўляліся на ягонай тэрыторыі, ды спусташальныя вынікі Другое Ўсясьветнае вайны.

Для эўрапейскіх нацыяў Прэамбула ёсьць найперш сыстэмай ведаў, якія, як падказвае досьвед зь мінулага, даюць магчымасьць добра ўсвядоміць усю сур'ёзнасьць небясьпекі зьнішчэньня дэмакратычных адкрытых грамадзтваў. Без разуменьня мінулага няма прышласьці — гэтакім зьместам распачынаецца Хартыя пашыранага Эўрапейскага Зьвязу. У прыватнасьці, праўнікі, якія праўную гісторыю як гістарычную дысцыпліну хутчэй усвядамляюць як частку дагматычнае праўнае навукі, мусяць усвядоміць, што яна сур'ёзна закранае праблемы эўрапейскага праекту. Гэта ўздымае пытаньне наконт таго, па-першае, у які спосаб праўная гісторыя робіць ўнёсак у стварэньне эўрапейскае канстытуцыйнае ідэнтычнасьці і, па-другое, як навука праўнай гісторыі мае рэагаваць на шматлікія праблемы ды новыя мэты, якія стварае працэс эўрапейскае інтэграцыі.

В. Праўная гісторыя ў пошуках эўрапейскага фундамэнту

Менавіта год падпісаньня Маастрыхцкае дамовы стаўся тым пунктам адліку, які выклікаў неабходнасьць новае і больш выразнае эўрапейскае арыентаваньня ў дасьледаваньнях зь праўнае гісторыі. Але для праўнае гісторыі Эўропа ёсьць вылучна Рым, але не Брусэль. Працэс ўніфікацыі эўрапейскіх інстытуцыяў, які доўжыцца ўжо каля 50 рокаў, дагэтуль ня стаўся аб'ектам дасьледаваньняў у галіне гісторыі права³. Просты тэхнічны факт, які вынікае з дыхатэміі, што склалася ў XIX стагодзьдзі і дагэтуль вельмі істотна адрозьнівае германістаў ды раманістаў, ня ёсьць важкім аргумэнтам. Амаль усе праўныя гісторыкі Нямеччыны ёсьць цывілістамі, а эўрапейскае права як сфэра адмыслоўцаў з канстытуцыйнага права ня ёсьць галіной іх зацікаўленасьцяў. Гэта, верагодна, спрычынаецца да хлусні ў акадэмічным самаўяўленьні праўнай гісторыі, якое падзяляецца навукоўцамі з усяго кантынэнту.

Каб ня страціць сувязі з надзённымі пытаньнямі ў праўнай навуцы, праўная гісторыя ў мінулым займалася пошукам праўных мадэляў, зь якіх можна скарыстаць як з арыентыраў у эўрапеізацыі права. Калі гісторыя разглядае сваю ролю як абаронцу традыцыяў, гэтыя мадэлі скіраваныя таксама і да рымскага права, якое разам з Хрысьціянствам уважаюцца за чыньнікі, што ствараюць ідэнтычнасьць Захаду. Спасылкі да рымскага права ў эўрапейскім кантэксьце неабходныя праўнай гісторыі прынамсі на трох узроўнях.

Найперш, рымскае права ўважаецца ў дэбатах наконт праўнае гісторыі як *ius commune*, часта называецца падобным чынам у сваім праўным практычным аспэктэ як *usus modernus pandectarum*. Некаторыя адмыслоўцы вылучаюць яго парадыматычна ў цэнтры як выключна эўрапейскі фэномэн⁴. Мадэль натуре *ius commune* асабліва бачная на ўзроўні праўнай адукацыі. Група праўных навукоўцаў, якія здольныя дачыняцца, выкарыстоўваючы стан-

1 Wolfgang Wiegand, *Back to the future?*, 12 Rechtshistorisches Journal 277 (1993).

2 Norm und Tradition 10 (Pio Caroni / Gerhard Dilcher, eds., 1998).

3 Reiner Schulze, *Das Entstehen des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Eine Forschungsaufgabe der juristischen Zeitgeschichte*, 16 Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 297 (1994).

4 Reinhard Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, Juristenzeitung 8 (1992).

Europeanization as a Challenge to Legal History

■ THORSTEN KEISER

Thorsten Keiser, Ref. iur. LLM (EUI, Florence) former Ph.D. Student at the Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt/M.

A. Introduction

A project concerning itself with the effects of the past on the European integration process must also raise the question of the emergence of guiding historical images in the course of this process. As the past is not objective truth, but a perception generated by various actors (e.g., politicians, populist movements) as well as by history as a science in accordance with its own aims and rationality criteria, it appears in very different narratives. Many such historical images of Europe are generated by legal history. Since the Treaty on the European Union brought European integration a deeper, political dimension, a euphoria about Europe has broken out in legal history¹.

Since then, "Europe" has advanced to become one of the most important reference points of legal historical research². Whatever is European is therefore progressive. Increasingly frequently, a European focus is forced upon the thematic frameworks of congresses and publications. The reason for this is that the Europeanization of laws, which is seen as unavoidable, has led many legal historians to an apparently automatic perception: if Europe is to become a political union, legal historians, as specialists in foundations, must disclose the legal cultural roots of the new Community, and thus make an indispensable contribution to its further integration. The profession, which, in Germany at least, is rather marginalized academically and has been inserted into the practical aspects of legal education, sees its great chance of survival in this development. And, indeed, it seems obvious that the European unification process must raise new questions and objectives with regard to history in general. The reference to "bitter experiences" in the re-designed Preamble of the European Constitution defines Europe as a project which considers itself to be an immediate reaction to the distress of almost the whole continent during the various dictatorships which emerged within its territory and the devastating effects of World War Two.

The Preamble lets the European nation states appear, first of all, as learning systems, which, because of the past, are well aware of the serious consequences caused by the collapse of democratic, open societies. There is no future without the conscience of the past — this is the message of the provision that opens the Charter of the enlarged European Union. In particular, legal history as a historical discipline practiced by lawyers rather than a branch of dogmatic legal science, has to acknowledge that it is seriously concerned about the challenges of the European project. This raises, first, the question of how legal history contributes to the common goal of creating a European constitutional identity, and second, how legal history as a science should react to the various challenges and new goals provided by the European integration process.

B. Legal History in Quest of European Foundations

Thus, it was specifically in the year of Maastricht, 1992, that demands for a new European orientation in legal historical research became ever more emphatic. But, for legal history, Europe here means exclusively Rome, not Brussels. The institutional European unification process which has lasted for some 50 years now has not yet become an object of legal historical research³. The simple technical fact that, because of the dichotomy established in the nineteenth century and still relevant today between Germanists and Romanists, almost all legal historians in Germany are civil lawyers, and European law as a field for constitutional lawyers does not fall within the province of their subject, is not a sufficient explanation for this. The causes likely lie primarily in an academic self-perception of legal history, which is shared by scholars from all over the continent.

In order not to lose the connection with topical questions in legal science, legal history in the past set about searching for legal models that could act as guides in the Europeanization of law. Since legal history sees its role as upholding traditions, these models refer to Roman law, recognized alongside Christianity as an identity factor for the West. References to Roman law in the European context are relevant for legal history on at least three levels.

First, Roman law appears in legal historical debates on Europe as the *ius commune*, often termed in this context, in its legal practical aspect, as *usus modernus pandectarum*. As a genuinely European phenomenon, some scholars set it paradigmatically at the centre⁴. The model nature of the *ius commune* is seen particularly at the level of lawyer education. A group of legal scholars able to communicate across borders using standardized professional Latin jargon and trained on the common basis of Roman law is to be a prototype for the cosmopolitan lawyers of the present as the bearers of the European unification process. At the same time, the Roman *ius commune* is diffusely stylized into a common tradition and is thus to become the pacemaker of European integration⁵. This overlooks not just the problems of actually transposing

1 Wolfgang Wiegand, *Back to the future?*, 12 Rechtshistorisches Journal 277 (1993).

2 Norm and Tradition 10 (Pio Caroni / Gerhard Dilcher, eds., 1998).

3 Reiner Schulze, *Das Entstehen des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Eine Forschungsaufgabe der juristischen Zeitgeschichte*, 16 Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 297 (1994).

4 Reinhard Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, Juristenzeitung 8 (1992).

5 Reinhard Zimmermann, *"Heard Melodies are sweet, but those unheard are sweeter ..."* — *Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*, 193 Archiv für Civilistische Praxis 121 (1993).

дартызаваны прафэсійны лацінскі жаргон і вышкалены на падставе рымскага права, ёсць прататыпам для касмапалітычных праўнікаў сучаснасці, як носбітаў эўрапейскага ўніфікацыйнага працэсу. Тым часам, рымскае *ius commune* распаўсюджана стылізуецца пад агульную традыцыю і такім чынам мае стацца стымулятарам эўрапейскае інтэграцыі⁵. Гэтыя недахваты з гістарычнае перспэктывы маюць быць скарачанымі з памеру. Яны ня ёсць вылучна праблемамі фактычна пераносу культурнае спадчыны ў адукацыйную практыку⁶, але таксама тым, што мае назву *usus modernus pandectarum* — мадэллю для патрэбаў эўрапейскае праўнае гісторыі. Прынамсі на тэрыторыі Германскае імперыі менавіта гэтая эпоха сталася ў праўнай гісторыі тым часам, калі рымскае права згубіла сваю значнасць, каб стварыць адзінства. Тэрытарыяльныя дзяржавы на тэрыторыях старога імперыі з іх хуткім развіццём шукалі грунту для ўмацавання ўласнае незалежнасці праз супрацьпастаўленне іхных уласных праўных традыцый рымскаму праву, якое ўважала цэнтральную ўладу Габсбургаў за “імперскае права”. Конрынг, які вызначыў, што *origines iuris Germanici*⁷ і суды, і магістрацыя судзьдзі ў Імперыі прасілі дапамогі ў сферах, дзе было даволі цяжка вызначыць паміж крыніцамі рымскага і мясцовага права. Гэта сведчыць пра фэномэн, які сёння ёсць надзвычай актуальным датычна ЭЗ: нацыянальнае права як носбіт рэгіянальнае традыцыі супрацьпастаўляецца праву наддзяржаўнае фармацыі як стандарт і вызначальны крытэр для дзяржаўнасці краінаў-чальцоў ЭЗ.

Па-другое, рымскае *ius commune* мае стацца супольным культурніцкім базісам для эўрапейскае кадыфікацыі грамадзянскага права, нават калі гэта плянуецца на далёкую будучыню⁸. Гэтая тэза адхіляе больш чым толькі сучасныя агаворкі праўнай палітыкі, якія датычаць эўрапейскага цывільнага кодэксу. Нават калі праўная гісторыя ў прыватнасці паказала, што ў пэўным часе ідэал кадыфікацыі ёсць недасягальным для нацыянальных дзяржаваў, некаторыя падзялялі думку, што ЭЗ здолее дасягнуць гэтай мэты, і не змаглі ўбачыць, што праблемы цяперашняга грамадства (такія як права інтэлектуальнай уласнасці і эканамічнае права ў шырокім сэнсе) могуць адно нязначна паходзіць ад *ratio scripta* пандэктаў.

Па-трэцяе, спасылкі на рымскае права спрычыняюцца да вызначэння культурных межаў Эўропы, якія звычайна ўважаюцца ідэнтычнымі тэрыторыям, дзе ім карысталіся. Такім чынам, атрымліваецца: *Ubi ius romanum, ibi Europa*⁹. Гэкі падыход прынамсі сяньня ў Нямеччыне падаецца дастаткова састарэлым ды стварае пэўныя праблемы датычна пашырэння Эўразьвязу на ўсход. Калі вызначаць усходнія межы Эўропы сфэрай уплыву рымскага права, атрымліваецца, што некаторыя дзяржавы-кандыдаты, якія належаць да Бізантыйскае культурнае спадчыны, апінуцца па-за межамі Эўропы.

Гэты схематычны агляд разуменьня праўнай гісторыі Эўропы выяўляе наступнае: як фундамэнтальная навука праўная гісторыя спрабуе вызначыць культурны падмурак Эўропы. Яна грунтуецца на больш ці менш адлюстраванай акадэмічнай тэарэтычнай праграме, што абавіраецца на канцэпцыі “традыцыі”, “адзінства” і “культуры”, якія альбо недастаткова вызначаныя, альбо ня вызначаныя наагул.

Працэсу інстытуцыйнай уніфікацыі Эўропы не надаецца належнае ўвагі. Большасць праўных гісторыкаў не разглядаюць інстытуцыялізацыю як прывабны аб’ект для даследаванняў. Замест гэтага гісторыкамі робяцца шмат спробаў вынаходжання эўрапейскае гісторыі з мэтай пераважыць нацыянальныя гісторыі, якія ўважаюцца як перашкоды для інтэграцыі, падкрэсліваючы таксама, што агульныя рысы эўрапейскага адзінства моцна зьніжаныя з праўнай гісторыяй. Гэта пачалося на хвалі інтэграцыйнае рыторыкі (*Integrationsrhetorik*) і стварыла свой уласны галоўны міт, альбо *Leitnarrative*, для Эўропы. Як адзначалася вышэй, галоўнай спасылкай пры гэтым з’яўляецца спасылка на Рым. Акрамя таго згадваюць таксама “добрыя традыцыі” 1776 року, якія атрымалі распаўсюд у Эўропе праз наступствы Францускае рэвалюцыі, натуральнае права (асабліва ў Нямеччыне пасля Другога ўсясьветнага вайны)¹⁰ і Кодэкс Напалеона, які ўважаецца вялікай эўрапейскай мадэллю кадыфікацыі, што стасуецца да розных традыцый і праўных культураў, і з’яўляецца ўніфікаваным прадуктам заканадаўства, прыдатным для экспартавання. Навукоўцы, якія занятыя пошукамі добрых традыцый, выкарыстоўваюць вобразы мінулага як ярскія прыклады інакш, чым Прэамбула Эўрапейскай Канстытуцыі ў якасці папярэджанняў таго, што можа адбыцца, калі пэўныя мэты ня былі дасягнутыя. Нягледзячы на шматлікія крытыку супраць усаўленьня пэўных абставінаў ці момантаў эўрапейскай гісторыі з навуковага гледзішча, мы мусім прызнаць тое, што нам патрэбныя разнастайныя формы гістарычных вобразаў. Ідэнтычнасць ня можа быць створанай толькі на падставе негатыву, з выкарыстаннем жалівых мітаў. Інтэграцыя вымагае вывучэння болесных досведаў разам з вывучэннем пасляпыховых гісторыяў, якія можна выкарыстоўваць у якасці напрамкаў і ўзораў для палітычных паводзінаў у прышласці. Што мае значэнне для памяці паасобнага індывіду, які ёсць пэўным наконт вывучэння пазытыўных і негатыўных досведаў, таксама ёсць вельмі цяжкім для памяці калектыўнага арганізму, які мае быць створаным праз унёсак гістарычнай навукі. Датычна гэтага фэномэну гісторыя наагул і праўная гісторыя ў прыватнасці мусяць быць пэўнымі наконт аднае небяспекі, якой ёсць стварэнне міту. Каб забяспечыць плённыя ўнёскі ў працэс стварэння эўрапейскае памяці, падкрэсліваючы ідэальныя эўрапейскія традыцыі (калі гэта наагул магчыма), праўная гісторыя мусіць выразна вызначыць мяжу паміж навукай і псэўданавуковымі прыдумкамі. Гісторыя мае быць пэўнай наконт факту, што псэўданавуковыя прыдумкі з’яўляюцца чымсьці адрозным ад навуковага выкарыстання крыніцаў, нават зважаючы на тое, што вынікі гістарычнага даследавання ніколі насамрэч ня могуць быць аб’ектыўнымі, ці зрабіць бачнай воку штосьці падобнае да гістарычнае праўды, паводле Ранке, патрабуючы рэканс-

5 Reinhard Zimmermann, “*Heard Melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...*” — *Conditio tacita, implied condition and die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*, 193 Archiv für Civilistische Praxis 121 (1993).

6 Dieter Simon, *Römisches Europarecht*, 12 Rechtshistorisches Journal 315 (1993).

7 Michael Stolleis / Hermann Conring, Beitrag zu Leben und Werk (1983).

8 Reinhard Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity*, in: Towards a European Civil Code 67 (Arthur Hartkamp / Martijn Hesselink / Ewoud Hondius / Edgar Du Perron / Jan Vranken, Eds., 1994); *id.*, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in: TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE 21 (3rd ed., 2004).

9 Гл.: Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht* 2-4 (2nd ed., 1953).

10 Arthur Kaufmann, *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre*, in: Die Bedeutung der Wörter 105-132 (Michael Stolleis / Joachim Rückert, eds., 1991).

the cultural heritage into educational practice⁶, but also that calling the *usus modernus pandectarum* a model for European legal science needs, from a historical perspective, to be cut down in size. On the territory of the German Empire, at least, this very epoch was one in legal history in which Roman law lost its power to create unity. The increasingly rapidly growing territorial states on the lands of the old Empire sought to underpin their search for independence by opposing their native legal traditions to the Roman law which embodied the Habsburg central power as "Imperial Law". Conring discovered the *origines iuris Germanici*⁷, and the courts and magistrates in the Empire took recourse, in ways which were rather hard to grasp, to Roman and to local sources of law. This points to a phenomenon that is specifically topical today in relation to the EU: domestic law as a vehicle of regional tradition is opposed to the law of a super-ordinate state formation as a standard and a demarcation criterion for the statehood of the EU Member States.

Second, the Roman *ius commune* is to serve as a common cultural basis for a European civil codification, even if this is planned only for the remote future⁸. This stance ignores more than just the current legal policy reservations regarding a European civil code. Though legal history, in particular, has pointed out that the codification ideal has, for some time, no longer been achievable by nation states, some seem to trust in the EU for the attainment of this goal and fail to see that the current problems of modern societies (such as intellectual property rights and economic law in the broader sense), can derive little from the *ratio scripta* of the Pandects.

Third, references to Roman law were supposed to help to determine the cultural frontiers of Europe, which were supposedly identical to the area in which it was applied or received: *Ubi ius romanum, ibi Europa*⁹. This approach seems to be rather outmoded today, in German legal history at least, and it meets with new problems in connection with the eastward enlargement. Were Europe's eastern frontiers to be determined according to the area of influence of Roman law, then some of the membership candidates belonging to the Byzantine cultural area would have to be defined as being outside Europe.

This sketchy stocktaking of legal historical perceptions of Europe yields the following: as a fundamental science, legal history seeks to define the cultural foundations of Europe. It is based on a more or less unreflected academic theoretical programme which revolves around concepts as "tradition", "unity" and "culture" which are insufficiently defined or not defined at all.

What is rather neglected is a tackling of Europe's institutional process of unification. Most legal historians do not consider the exertions of institutional Europe as attractive objects of research. Instead, the various attempts made by historians to search for an overarching European history in order to overcome national histories, which are seen as obstacles to integration, by stressing common features of European unity are strongly applied by legal history as well. It has embarked on a mainstream of "Integrationsrhetorik" and develops its own "Leitnarrative" for Europe. As was described above, the most important of these is the reference to Rome, but there are also references to the "good traditions" of 1776, which spread in Europe in the aftermath of the French Revolution, Natural law (especially after the Second World War in Germany)¹⁰ and to the *Code Napoléon*, which is celebrated this year as the great European model of codification, compatible with different traditions and legal cultures and a unifying product of legislation suitable for export. The scholars engaged in the seeking of good traditions use images of the past as shining examples, not as the new European Constitution does in its Preamble, as warning signs for what can happen if certain goals are not achieved. Despite all the criticism that can be raised and that has been raised here against the apotheosis of certain moments, or circumstances in European history from a scientific point of view, it has to be accepted that we need different forms of historical images. Identity cannot be created only in a negative way, by the use of appalling narratives. Integration requires both, the learning from bitter experiences and the learning from success stories which can serve as guidelines and examples for political conduct in the future. What counts for the memory of a single individual, who is reliant upon learning from positive and negative experiences, is also crucial for the memory of a collective entity, which is to be created by the contributions of historical science, too. Regarding this phenomenon, history in general, and legal history in particular, have to be aware of one danger, which is the creation of myth. In order to provide fruitful contributions to the process of creating a European memory, by emphasizing ideal European traditions (if this is at all possible), legal history has to be aware of the borderline between science and story-telling. It has to be aware of the fact that fiction is something different from the scientific treatment of sources, even if the results of historical research can, of course, never be objective and can never bring to the fore something like historical truth, according to Ranke's claim of reconstructing an event "*wie es eigentlich gewesen ist*"¹¹. The task of every historical discipline is to present and summarize sources by means of descriptions that are transparent to readers, and therefore leave a sufficient space for interpretation to everyone. If historical science renounced this fundamental requirement, it would lose its credibility.

C. Legal History in Quest of Darker Pasts

The efforts made by legal history to discover darker sides of legal thought, or legal practice in the past, has often aimed at "*Vergangenheitsbewältigung*"¹². Even though this term is questionable, because what has happened can either be recalled or forgotten, but not be coped with in the sense of "*Bewältigung*", it expresses the underlying aim of many studies in legal history, especially after 1968. This consists of understanding the collapse of the rule of law and the devastating

6 Dieter Simon, *Römisches Europarecht*, 12 Rechtshistorisches Journal 315 (1993).

7 Michael Stolleis / Hermann Conring, *Beitrag zu Leben und Werk* (1983).

8 Reinhard Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity*, in: *Towards a European Civil Code* 67 (Arthur Hartkamp / Martijn Hesselink / Ewoud Hondius / Edgar Du Perron / Jan Vranken, Eds., 1994); *id.*, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in: *TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE* 21 (3rd ed., 2004).

9 See Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht* 2-4 (2nd ed., 1953).

10 Arthur Kaufmann, *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre*, in: *Die Bedeutung der Wörter* 105-132 (Michael Stolleis / Joachim Rückert, eds., 1991).

11 See Karl-Heinz Metz, *Grundformen historiographischen Denkens* (1979).

12 Helpful overviews are provided by Peter Reichel, *Vergangenheitsbewältigung in Deutschland* (2001), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht* (Josef Isensee, ed., 1992) and *Vergangenheitsbewältigung am Ende des 20. Jahrhunderts* (Helmut König, ed., 1998).

трукцыі падзеі, як гэта насамрэч было ў мінулым¹¹. Мэтай кожнай гістарычнай дысцыпліны ёсць адлюстраванне і падсумаванне крыніцаў праз апісанні, якія ёсць відавочнымі для чытачоў, і, такім чынам, стварэнне дастатковае прасторы для ўласнай інтэрпрэтацыі для кожнага. Калі гістарычная навука зрачэцца гэтага падставовага патрабавання, яна згубіць давер да сябе.

С. Праўная гісторыя ў пошуках цёмнага мінулага

Высілкі, зробленыя праўнымі гісторыкамі для даследавання цёмных плямаў праўнае думкі або праўнае практыкі, часта скіраваны на пераадоленне мінулага (*"Vergangenheitsbewältigung"*)¹². Нягледзячы на тое, што гэты тэрмін ёсць дыскусійным, бо ўсё, што было здзейснена, можа быць адрынута ці забыта, а не разглядацца як непасрэдна пераадоленне (*"Bewältigung"*), ён падкрэслівае мэты шматлікіх даследаванняў у праўнай гісторыі, асабліва пасля 1968 р. Яны складаюцца з разумення заняпаду вяршэнства права і спусташальных уплываў гэтага заняпаду з мэтай мець магчымасць прадухіліць падобныя памылкі ў будучыні. Акрамя гэтага надаецца значная ўвага перагляду біяграфіяў паасобных праўнікаў з мэтай забяспечыць грамадства інфармацыяй пра тое, што адбылося пасля 1945 р., калі большасць праўнікаў эры дыктатуры былі пры пасадах. Важнасць гістарычных даследаванняў гэтага кшталту ёсць бяспрэчнай. Праўная сыстэма нацыянал-сацыялістычнае Нямеччыны сталася асабліва даследаванай¹³. Італьянскі фашызм таксама зараз становіцца аб'ектам вывучэння праўнай гісторыі¹⁴. Гэтаксама і іншыя дыктатуры, у прыватнасці, у Гішпаніі і Партугаліі, выклікаюць цікавасць даследнікаў. З тэхнічнага гледзішча *"Vergangenheitsbewältigung"* я ёсць клясычнай тэмай для праўнай гісторыі, таму што яно ў пэўнай ступені больш знітаванае з сучаснасцю, чым з мінулым. Акрамя гэтага, яно доўгі час не разглядалася як "эўрапейскае" пытанне, а хутчэй — справай нямецкае ўнутранае палітыкі. Гэта таксама відавочна з факту, што панятка *"Vergangenheitsbewältigung"* ня быў перакладзены на іншыя мовы. Калі пераадоленне мінулага было толькі нямецкай праблемай і найпрост справай нямецкіх судов, сытуацыя была зразумелай. Тыповым прыкладам *"juristische Aufarbeitung"* з'яўляецца Аўшвіцкі працэс, які адбыўся ў 1963-65 рр¹⁵. Ягонае гадавіна была нядаўна ўшанаваная выставай у Франкфурце, якая мела добрыя водгукі¹⁶. Суд паставіў за мэту ўнікнуць паўтарэння мінулага і падтрымаць новы палітычны пачатак. Пакаранне злачынцаў было толькі адной мэтай, якая з'яўлялася прынамсі ня менш істотнай за мэту заахвоціць грамадзкія дэбаты. Гістарычныя факты сталіся фактамі, што мелі значнасць у судовай справе. Мяжа паміж судзьдзімі і гісторыкамі ў гэтай справе не была такой трывалай і вызначанай, як у якой-колі іншай, за выняткам аднае акалічнасці: мінулае, што было створана судовым працэсам, непасрэдна і лягічна вынікала з судовае ацэнкі, якая выразна паказвала розніцу паміж справядлівасцю і несправядлівасцю. Розніца паміж ахвярамі і злачынцамі таксама была выразнай і грунтавалася на вялізным сацыяльным кансэнсусе.

Падаецца, што зараз паўстала сытуацыя, калі *"Vergangenheitsbewältigung"* больш не датычыць выключна Галакосту. У Нямеччыне былі адкрытыя некаторыя новыя аспекты гісторыі Другое ўсясветнае вайны. Раманы і гістарычныя даследаванні, дзе немцы паўстаюць як ахвяры, атрымліваюць усё большую аўдыторыю¹⁷. Вобразы мінулага не змяняюцца цалкам, але становяцца больш складанымі. Немцаў пачынаюць паказваць як ахвяраў бомбавых налётаў альбо як уцекачоў, што пакутуюць ад пераследу расейскай арміі. Незалежна ад таго, у навуковай ці мастацкай літаратуры з'яўляюцца гэтыя працы, большасць з гэтых гістарычных твораў ня маюць нічога агульнага зь неабгрунтаваным рэвізіянізмам.

Усё ж гэтыя падыходы шчыра вітаюцца некаторымі групамі і падаюцца як мадыфікацыі гістарычных вобразаў, якія дазваляюць немцам рэпрэзентаваць сябе ў якасці ахвяраў з мэтай легалізацыі іхных патрабаванняў кампэнсацыі. Стварэнне Prussian Claims Society (*"Preußische Treuhänder"*), якое бессаромна пазычыла імя "Jewish Claims Conference", атрымала моцны грунт для сваіх дзеянняў у выніку нядаўніх зменаў у канструкцыях мінулага. Гэтае таварыства выдатна стварае новыя дэфініцыі агульнавядомых формаў пераадолення мінулага. Пашырэнне Эўразвязу на ўсход ёсць падзеяй, якая можа істотна павялічыць іх шанцы на атрыманне кампэнсацыі за страчаную маёмасць. Спасылаючыся на Капэнгагенскія крытэры, а, мажліва, у хуткім часе і на эўрапейскую Канстытуцыю, чальцы гэтае асацыяцыі хочуць спagnaць кампэнсацыі сваіх стратаў. У Польшчы гэта выклікае вялікую занепакоенасць і зноўку вяртае да жыцця старую варожасць і жах, у той час як у Нямеччыне значная частка грамадзкае думкі ставіцца да гэтага пытання досыць абыякава.

Гэта паказвае, як змены ў гістарычных канструкцыях могуць быць скарыстаныя ў якасці сродку легітымізацыі сучасных прэтэнзій і чаканняў, ня згадваючы галоўную праблему судачыненняў паміж *"Vergangenheitsbewältigung"* і фінансавымі рэстытуцыямі. Выпадак таксама паказвае, што эўрапейскі канстытуцыйны праект моцна залежыць ад асыярожнага выкарыстання мінулага Эўропы, таму што, як вынікае з сытуацыі, яно можа істотна ўплываць на падыходы і дзеянні. Вобразы мінулага становяцца больш складанымі. Прычынай на тое ёсць неабходнасць задзіночання паасобных нацыянальных гісторыяў і тоеснасцяў пад адным эўрапейскім дахам. У гэтым працэсе надзвычай важнай ёсць роля гістарычнае навукі. Нават калі яе нельга ўважаць за цалкам аб'ектыўную, яна мае адасобіць свае канструкцыі мінулага ад іншых, якія паўсталі ў выніку ціску групавак ці палітыкаў. Ейнай мэтай ёсць

11 Гл.: Karl-Heinz Metz, Grundformen historiographischen Denkens (1979).

12 Стасоўна гэтай тэмы гл.: Peter Reichel, Vergangenheitsbewältigung in Deutschland (2001), Vergangenheitsbewältigung durch Recht (Josef Isensee, ed., 1992) and Vergangenheitsbewältigung am Ende des 20. Jahrhunderts (Helmut König, ed., 1998).

13 Michael Stolleis, *Die Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Umriss eines wissenschaftsgeschichtlichen Themas*, in: Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus 57 (1994).

14 Aldo Mazzacane, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in: Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista 1 (2002).

15 Hermann Langbein, Der Auschwitz Prozess vol. I & II (1995).

16 Гл. каталёг: Auschwitz-Prozess 4 Ks 2/63 Frankfurt am Main (Irmtrud Wojak, ed., 2004).

17 Гл. напр.: Jörg Friedrich, Der Brand (2003), and Günter Grass, Im Krebsgang (2002).

effects produced by it, in order to be able to avoid similar failures in the future. Apart from this, it consists of re-assessing the biographies of individual lawyers, in order to provide further information about what happened after 1945, when most of the lawyers from the era of dictatorship were still in office. The importance of historical studies of this kind is uncontested. The legal system in national socialist Germany, in particular, has been subject to numerous enlightening studies¹³. Italian fascism, too, is now starting to be examined from the point of view of legal history; for everyone¹⁴, other dictatorships, such as the ones in Spain or Portugal, are becoming subjects of interest. Technically speaking, “*Vergangenheitsbewältigung*” is not a classical issue of legal history, because it is, to some degree, more related to the present than to the past. Apart from this, it did not seem to be a European issue for a long time, but rather a matter of German domestic politics, which is also shown by the fact that “*Vergangenheitsbewältigung*” is not translatable into another language. When “*Vergangenheitsbewältigung*” was only a German problem and merely a task for German courts, things were very clear. A typical example for “*juristische Aufarbeitung*” is the Auschwitz trial that took place from 1963-1965¹⁵. Its anniversary was recently recalled with a well-received exhibition in Frankfurt¹⁶. The court has set itself the task of avoiding a repetition of the past and of supporting a new political beginning. The punishment of criminals was only one objective, which was at least as important as was the objective to cause a public debate. Historical facts became judicially relevant as the facts of a case; the borderline between judges and historians became sketchier in this trial than in many others, despite one difference: the past which was generated by the lawsuit had to be immediately followed by a value judgement, which clearly showed the distinction between justice and injustice. The distinction between the victims and the offenders was clear, and it was based on a huge social consensus.

Now, there seems to be a situation in which “*Vergangenheitsbewältigung*” no longer means an exclusive reference to the Holocaust. In Germany, some new aspects of the history of the Second World War are recently being discovered. Novels and historical studies in which Germans appear as victims begin to draw the attention of a larger audience¹⁷. The images of the past do not entirely change, but they become more complex when average Germans begin to appear as victims of bombing raids or as refugees, suffering persecution by the Russian army. Independently of whether they appear in a more scientific or artistic fashion, many of these historical contributions have nothing to do with an unreflected revisionism.

Nevertheless, they are extremely welcome to some pressure groups as modifications of historical images, which allow Germans to present themselves as victims in order to legitimize their claims of compensation. The founding of a “Prussian Claims Society”, which unashamedly borrowed its name from the “Jewish Claims Conference”, has derived a driving force from recent changes in constructions of the past. This association skilfully redefines common patterns of “*Vergangenheitsbewältigung*”. The eastern enlargement of Europe is a circumstance which might enhance their possibilities of obtaining compensation for their lost property. Referring to the Copenhagen criteria and, as soon as there is the possibility, to the European Constitution, the members of the association want to enforce their claims. In Poland, this is creating huge concern and brings old fears and animosities to the surface once more, while in Germany, large parts of public opinion are rather indifferent.

This shows how changes in historical constructions can be used as a means for legitimizing present claims and expectations, not to mention the general problem of the relationship between “*Vergangenheitsbewältigung*” and financial restitution. The case also shows that the European constitutional project strongly depends on a cautious treatment of Europe's past, because, as this case shows, it is still present and able to determine attitudes and actions. If images of the past are becoming more complex and complicated, because single national histories and their identities have to be brought together under one roof, then the role of historical science is increasingly important. Even if it cannot claim to be completely objective, it has to distinguish its constructions of the past from others which are derived from pressure groups or politicians. Its task is to provide serious information about the past, which is not motivated by political or economic interest.

D. Alternative Approaches

Recently, some attempts have been made to approach the issue of “European integration and legal history” from different frameworks than those that merely rely on seeking traditions. They came from Pietro Costa and his colleagues at the ‘*Istituto di Storia e Teoria del diritto*’ in Florence. In the recent volume of the *Quaderni fiorentini*, dedicated to “*L'ordine giuridico europeo, radici e prospettive*”, Costa suggests a “*metodo diacronico*” to approach the subject¹⁸. This means an attempt to historicize the current legal phenomena regarding European integration. Answers were sought by comparisons of the political and juridical present of Europe with similar situations in the past.

Following this objective, Maurizio Fioravanti sheds a new light on the genesis of the European Constitution, comparing it to the birth of the American Constitution in the 18th century. The message might be that the Americans have managed to overcome similar concerns that we have today, but that we will make it, too — “*historia docet*”. We can think of other examples which could be the objects of historical comparisons on a vertical level, for instance, certain technical aspects of the German “*Reichsgründung*” in 1871, or some examples from the constitutional history of Switzerland, in particular, with regard to issues of federalism. From a methodological point of view, this has certain advantages, because it stresses functional aspects. Sovereignty and constitutional identity for example, are analysed by asking about their functions both in

13 Michael Stolleis, *Die Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Umriss eines wissenschaftsgeschichtlichen Themas*, in: *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus* 57 (1994).

14 Aldo Mazzacane, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in: *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista* 1 (2002).

15 Hermann Langbein, *Der Auschwitz Prozess* vol. I & II (1995).

16 See the catalogue: *Auschwitz-Prozess 4 Ks 2/63 Frankfurt am Main* (Irmtrud Wojak, ed., 2004).

17 See, for example, Jörg Friedrich, *Der Brand* (2003), and Günter Grass, *Im Krebsgang* (2002).

18 Pietro Costa, *Pagina introduttiva*, in: 31 *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1 (2003), like all the authors quoted in the following paragraph: Maurizio Fioravanti, *Il processo costituente europeo*, 273; Ugo Mattei, *Miraggi transatlantici. Fonti e modelli nel diritto privato dell'Europa colonizzata*, 401.

забеспячэнне сур'ёзнай інфармацыяй пра мінулае, нематываванай палітычнымі ці эканамічнымі чыннікамі.

Д. Альтэрнатыўныя падыходы

Зь нядаўняга часу робяцца спробы разглядаць пытаньне эўрапейскае інтэграцыі і праўнае гісторыі зь іншага боку. Прадстаўнікамі гэтага напрамку зьяўляюцца Пьетро Коста (Pietro Costa) і ягоныя калегі з “Інстытуту гісторыі і тэорыі права” (*Istituto di Storia e Teoria del diritto*) у Флёрэнцыі. У адным з нумароў *Quaderni fiorentini*, які быў прысьвечаны *L'ordine giuridico europeo, radici e prospettive* (эўрапейскі правапарадак, карані і перспэктывы), Коста прапануе “дыяхранічны мэтад” (*metodo diachronico*) для дасьледаваньняў у гэтай галіне¹⁸. Такі падыход ёсьць спробай гіста-рызаваць сучасныя праўныя фэномэны, датычныя эўрапейскае інтэграцыі. Адказы прапануецца атрымаць на падставе параўнаньня палітычнай і праўнай сучаснасьці Эўропы з адпаведнымі сытуацыямі зь мінулага.

Кіруючыся гэткам падыходам, Маўрыцыё Фіёраванці (Maurizio Fioravanti) разглядае генэзу Эўрапейскае Канстытуцыі, параўноўваючы яе з Амэрыканскай Канстытуцыяй у XVIII ст. Сэнс гэткага сысьвярджэньня ў тым, што амэрыканцы змаглі пераадолець цяжкасьці, падобныя тым, зь якімі сёньня сутыкнуліся эўрапейцы, але яны іх таксама пераадолеюць — “*historia docet*”. Таксама можна ўгадаць і іншыя прыклады гістарычнага параўнаньня на “вэртыкальным” узроўні, такія як, напрыклад, пэўныя тэхнічныя аспекты заснаваньня Нямецкае імперыі (“*Reichsgründung*”) у 1871 р., ці шэраг прыкладаў з канстытуцыйнай гісторыі Швайцарыі, якія закранаюць пытаньні фэдэралізму. З мэтадалягічнага гледзішча, гэтакі падыход мае некаторыя перавагі, бо падкрэсьлівае функцыянальныя аспекты. Сувэрэнітэт і канстытуцыйная ідэнтычнасьць разглядаюцца праз тыя функцыі, што яны выконваюць цяпер і што выконвалі ў мінулым. У адрозьненьні ад пошуку традыцыяў, такі падыход не надае асобнае ўвагі аспекту спадкаемства. Насамрэч, канцэнтрацыя на спадкаемстве можа стварыць праблемы, бо лінейнае ўспрыняцьце гісторыі ёсьць галоўнай падставай для выкарыстаньня (часам хутчэй зьлёўжываньня) гісторыі ў якасьці палітычнага аргумэнту. Калі гісторыю выкарыстоўваюць з мэтай легітымізацыі ці дасягненьня кампрамісу, гэта дасягаецца, відавочна ці не, праз стварэньне акцэнта на ланцужку кампрамісных абставінаў. Насамрэч, аўтар ня мае намеру прытрымлівацца думкі наконт неабходнасьці адцураньня ад паслядоўнасьці, напрыклад, у пошуках “цёмнага мінулага”, якое адчувальна вызначае сучаснасьць. Наадварот, як гэта было паказана ў папярэднім праекце, вынікі падобных падыходаў могуць зьяўляцца істотнымі і пераканаўчымі, калі да іх ставіцца грунтоўна і зь веданьнем выкарыстаных мэтадалягічных інструмэнтаў.

Аднак, некаторыя аўтары, што друкуюцца ў *Quaderni Fiorentini*, адыходзяць ад лініі, прапанаванай Костам. Напрыклад, Уго Матэі (Ugo Mattei) адваргае істотнасьць мінулага ў працэсе паўстаньня эўрапейскага канстытуцыйналізму. Ён сьвядома лічыць, што праўная ўніфікацыя Эўропы і сучасная эўрапейская праўная культура не трымаецца каранёў эўрапейскае праўнае традыцыі і вызначае напрамак свайго разьвіцьця выключна рынкавай лібэралізацыяй ды эфэктыўнасьцю, кіруючыся прыкладам Злучаных Штатаў. Матэі сысьвярджае, што зьяўленьне пэўнага статуту ў Брусэлі вызначаецца ціскам транснацыянальных групавых, якія дзейнічаюць на глянбальным узроўні. Праўная адукацыя кіруецца прыкладам ЗША і спрыяе прыняцьцю тамтэйшых праўных стандартаў і мэтадаў, якія паказваюць непарушную гегэмонію Амэрыкі. У той час па-за сфэрамі эўрапейскага канстытуцыйналізму застаюцца такія інстытуцыі як групавыя пазовы (class actions), якія датычаць абароны меншасьцяў. Эўропай ёсьць толькі тое, што падтрымлівае капіталізм і рынкавыя апэрацыі.

Падсумоўваючы згаданае вышэй, можна адзначыць, што, магчыма, у кнігах можна знайсці эўрапейскую мінуўшчыну, але на практыцы сучасная Эўропа мае нэалібэральную амэрыканскую мадэль. Такі падыход стварае дыскусію, і шмат хто выказвае сумнеўнасьць такога падыходу. Аднак, ягонае радыкальнае сысьвярджэньне паказвае, што мы маем таксама на пачатку нашага дасьледаваньня запытацца, а ці наагул мінулае адыгрывае ролю ў працэсах паўстаньня эўрапейскага канстытуцыйналізму. Нават калі ёсьць відавочным тое, што цяперашняя Эўрапейская канстытуцыя вымагае адпачатку кансэнсусу наконт вартасьцяў, якія могуць быць створаныя чымсьці кштальту эўрапейскае праўнае культуры¹⁹, шматлікія спасылкі на іх могуць застацца бессэнсоўнымі ў часы агульнае амнэзіі.

Відавочна ўсё ж, што бязь Лёка (Locke), Канта (Kant) у 1789 року не было б эўрапейскае Канстытуцыі. Але якую значнасьць гэтыя мажлівыя аб'екты памяці маюць для нас? Ці застаюцца яны часткай нацыянальнае культурніцкае памяці, альбо ўжо разглядаюцца як агульная эўрапейская спадчына. Які ёсьць вынік адчайных спробаў інтэлектуалаў адлюстраваць узаемадзейнасьць паміж усімі аспектамі, на падставе якіх спрабуюць паказаць эўрапейскую культуру. Праўная гісторыя таксама мае задумацца над сваімі магчымасьцямі для стварэньня памяці і рэалістычна ацаніць свае здатнасьці для стварэньня істотнага ўнёску ў так званую калектыўную памяць. Такім чынам, яна мае праясьніць, ці разумеюць і як разумеюць ейныя ідэі па-за межамі невялікіх навуковых колаў, а таксама даведацца наконт мэханізмаў, якія ствараюць памяць у праўнай гісторыі. Чым сёньня ёсьць для нас “праўная гісторыя” — гэта ня толькі філосафіі, але і пытаньне ўласна праўнае гісторыі.

Е. Падсумаваньне

Гэты агляд ёсьць малым унёскам з мэтай паказаць неабходнасьць далейшых дасьледаваньняў праўнай гісторыі. Праўная гісторыя як навуковая дысцыпліна мусіць разглядаць Прэамбулу да эўрапейскае Канстытуцыі ў якасьці патрабаваньня разгляду — калі ня ўсіх, то прынамсі большасьці — аб'ектаў дасьледаваньня ў эўрапейскай перспэктыве, якія не абмежаваныя пошукам базісу Эўропы выключна ў рымскім праве. Неабходныя першыя крокі ў гэтым напрамку былі зробленыя. Але спатрэбіцца яшчэ шмат часу і высілкаў, каб праўная гісторыя ў Эўропе пераўтварылася ў эўрапейскую праўную гісторыю і паўстала як новая акадэмічная дысцыпліна, стаўшыся неад'емным элемэнтам эўрапейскага канстытуцыйналізму.

18 Pietro Costa, *Pagina introduttiva*, in: 31 *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1 (2003), like all the authors quoted in the following paragraph: Maurizio Fioravanti, *Il processo costituente europeo*, 273; Ugo Mattei, *Miraggi transatlantici. Fonti e modelli nel diritto privato dell'Europa colonizzata*, 401.

19 На гэту тэму гл.: Peter Häberle, *Europäische Rechtskultur* (1997).

the past and in the present. In contrast to the seeking of traditions, this approach does not particularly rely on the aspect of continuity. Indeed, focussing on continuity can create problems because linear perceptions of history are the main conditions for the use (sometimes one might feel like calling it the misuse) of history as a political argument. If history is used for means of legitimization or compromising, it mainly achieves this goal by stressing, explicitly or not, the continuity of compromising circumstances. Clearly, I do not want to say that issues of continuity, such as the searching for “darker pasts” which continue to determine the present, should not be addressed. On the contrary, it has been shown in the previous project that the outcome of these approaches can be important and convincing if they are handled with care and awareness about the methodological instruments applied.

However, some contributions in the recent volume of the *Quaderni Fiorentini* deviate from the framework suggested by Costa: for instance, the contribution by Ugo Mattei. He seems to reject the relevance of the past in the process of European constitutionalization. He provokingly argues that the legal unification of Europe and the present European legal culture ignores the roots of European legal traditions and is solely determined by goals of market liberalization and efficiency, following examples from the United States. According to Mattei, the production of statutes in Bruxelles is mainly determined by transnational pressure groups, which operate at a global level. Legal education follows examples from the US and facilitates the reception of its legal standards and methods, which shows the undisputed hegemony of America. What remains outside the realm of European constitutionalization are institutions such as class actions, dedicated to protect minorities. Only what supports capitalism and market transactions enters Europe.

To summarise this, it can be said that there might be a European past in the books, but what counts in practice is the neo-liberal American present. This is, of course, open to discussion and many would express doubts about this point of view. But his radical assertion shows, however, that we should also ask at the outset of our research if the past does play a role at all in the process of European constitutionalization. Even if it is obvious that the present European constitution presupposes a consensus about values which might have been created by something like a European legal culture¹⁹, the numerous references to it could be pointless in a time of general amnesia.

It is obvious that there can be no European constitution without Locke, Kant and 1789. But what importance do these possible objects of memory have for us? Are they still parts of national cultures of memory, or can they already be regarded as a common European heritage? What is the outcome of the desperate intellectual attempts to highlight the inter-relationships between all the aspects that try to describe European culture so far? Legal history also has to reflect upon its own capacities for the creation of memory and has to come to a realistic assessment of its possibilities of contributing to something like a collective memory. Therefore, it has to clarify, if, and in what way, its messages are perceived outside the closer scientific community. It has to become aware of the mechanisms that create the memory of a legal system. What “legal culture” means for us today is not only a question relevant to philosophy, but also to legal history.

E. Conclusion

This overview is a small contribution to show the importance of further research into legal history. Legal history as a scientific discipline has to read the Preamble of the new European Constitution as a request to think about defining — not all, but at least many — of its objects of research in a European perspective, which is not limited to seeking the foundations of Europe in Roman law. Important first steps in this direction have been made. But it will still take a lot of time and energy before legal history in Europe turns into European legal history, as a new academic discipline which would be an indispensable element of European constitutionalism.

¹⁹ For this concept, see Peter Häberle, *Europäische Rechtskultur* (1997).