

Eine ganz andere
Geschichte.
Equity, Recht und
Literatur

Der Sammelband *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment* (Universitätsverlag Winter, Heidelberg 2007), herausgegeben von Daniela Carpi, ist ein gelungenes Beispiel für den Forschungsansatz des *Law and Literature*. In den drei Teilen dieses Artikels werden hierzu drei kritische Anmerkungen vorgebracht: a) Literatur- und Rechtswissenschaft sind klar zu trennen, b) in der Rechtstheorie sowie in der Rechtsgeschichte ist zwischen "externer" Billigkeit als ethischem und "interner" Billigkeit als rechtlichem Problem zu unterscheiden, c) die Geschichte der Billigkeit lässt sich auch anders lesen: keine "gute" Billigkeit gegenüber "schlechtem" Recht, sondern gerade umgekehrt.

EQUITY, RECHT, LITERATUR,
GESCHICHTE

Reading *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment* (Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007), edited by Daniela Carpi, is a good example of the Law and literature approach. In the three sections of this paper, however, three qualifications to this approach are produced: a) literary criticism and legal theory remain different matters; b) legal theory, and legal history too, have to distinguish external from internal equity, which are branches of morals and law respectively; c) a different story of equity is possible: not good equity vs. bad law, but just the opposite.

EQUITY, JUSTICE, LITERATURE,
HISTORY

1

Vgl. D. Carpi (Hrsg.), *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007.

2

Eine Darstellung findet sich in G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York/London, New York University Press, 1995, S. 149–166 (ital. Übers.: *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, S. 247–276). Ein kontinentaleuropäisches Beispiel findet sich in F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004.

0. EINLEITUNG

Der Sammelband *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, 2007 von Daniela Carpi herausgegeben, kann als gelungenes Beispiel für den als *Law and Literature* bezeichneten Forschungsansatz an der Schnittstelle von Rechts- und Literaturwissenschaft gelten.¹ Gleichwohl erscheinen drei Präzisierungen angebracht, die in den drei Abschnitten des vorliegenden Artikels erörtert werden. Erstens ist Literaturkritik klar von Rechtstheorie und juristischer Doktrin abzugrenzen, zumindest sofern es sich nicht um rechtshistorische Betrachtungen handelt. Zweitens wird am Beispiel der *equity* die Bedeutung der Unterscheidung zwischen “externer Billigkeit” (*equità esterna*) als Alternative zum *common law* und “interner Billigkeit” (*equità interna*) als Faktor bei der Anwendung des Rechts deutlich, wenngleich das Beispiel England zeigt, dass externe Billigkeit mit der Zeit fast zwangsläufig im Recht aufgeht. Drittens legt gerade das Beispiel der *equity* eine andere Version der Geschichte der Billigkeit nahe als die, die gemeinhin erzählt wird: gewissermaßen nicht “gute” Billigkeit gegen “böses” Recht, sondern gerade umgekehrt.

1. RECHT, LITERATUR UND GESCHICHTE

Der Band *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment* stellt ein gelungenes Beispiel für die Forschungsrichtung Recht und Literatur (*Law and Literature*) dar, die nach ihren mehr als dreißig Jahre zurückliegenden Anfängen an den amerikanischen Law Schools seit geraumer Zeit auch in Europa Fuß gefasst hat.² In ca. 20 Beiträgen befassen sich Literaturwissenschaftler und Juristen, insbesondere Komparatisten, mit der *equity*, jenem Teilbereich des englischen Rechts,

der sich zunächst parallel zum *common law* entwickelte, im 17. Jahrhundert mehr und mehr mit ihm in Konflikt geriet und durch die *Judicature Acts* (1873–1875) schließlich mit dem *common law* zusammengeführt wurde, jedoch bis heute in Gestalt von Rechtsinstituten wie dem *trust* oder dem Konzept der *equity of the statute* in der Auslegungspraxis im englischen Recht nachwirkt. Auf einige der in dem genannten Band enthaltenen Beiträge wird noch gesondert eingegangen, zunächst soll jedoch der Zweck des Unterfangens erörtert werden.

Die Forschungsrichtung Recht und Literatur lässt sich bis zur Monographie *The Legal Imagination* (1973) zurückverfolgen, deren Verfasser James Boyd Whites – wie auch die späteren Vertreter dieses Ansatzes – die Einführung von literaturwissenschaftlichen Kursen an den bis dahin streng technizistisch geprägten nordamerikanischen Law Schools befürwortete. Die Forderung stand im Kontext weiterer “Recht und...“-Ansätze, wie Recht und Wirtschaft (oder Ökonomische Analyse des Rechts), Recht und Gesellschaft (oder Rechtssoziologie), Recht und Wissenschaft, Recht und Rasse, Recht und Geschlecht usw., aber auch im Zusammenhang mit einer allgemeinen Rückkehr der nordamerikanischen Kultur zu den kontinentaleuropäischen Humanities, im Bereich der Philosophie noch mehr als in der Rechtswissenschaft – man denke nur an den Erfolg des französischen Poststrukturalismus in den Vereinigten Staaten oder auch an den Wechsel von Philosophen wie Richard Rorty an Fakultäten für Humanities.

Es sei hinzugefügt, dass diese Entwicklung aus einem kontinentaleuropäischen Blickwinkel im Allgemeinen und einem italienischen im Besonderen nicht nur eine Rückkehr, sondern gleichsam einen Rückfluss darstellt – nicht etwa in dem Sinne, dass sie keine neuen Erkenntnisse mit sich brächten³, sondern weil ursprünglich europäische, zunächst in die Vereinigten Staaten exportierte und später nach

3
Vgl. z.B. R. Marra, *Una giustizia senza diritti: Billy Budd di Hermann Melville* (2006), in ders., *La religione dei diritti. Durkheim – Jelinek – Weber*, Turin, Giappichelli, 2007, und V. Zeno-Zencovich, G. Rojas Elguera, *Storia di scrittori falliti e di fallimenti letterari*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2007, S. 289–312.

4 Bereits geäußert wurden die hier angedeuteten Bedenken in M. Barberis, *Deconstructing Gary*, Einleitung zu G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, S. vii-xix. Eine Bestätigung findet sich etwa in P. G. Monateri, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition* (2000); zu Einwänden hierzu vgl. zumindest E. Cantarella, *Diritto romano e diritti orientali*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Giuffrè, Mailand, 2004, S. 101-117.

5 Zu dieser Dichotomie vgl. D. R. Papke, *Problems with an Uninvited Guest*. Richard A Posner and the Law and Literature Movement, in «B. U. L. Review», 69, 1989, insb. S. 1070 Nr. 18.

Europa reimportierte Ansätze alle Gefahren einer verfremdenden Rückübertragung bergen⁴, wie in dem Bonmot des italienischen Juristen Giovanni Tarello deutlich wird: ebenso wie aus dem Ausspruch “Der Geist ist willig, aber das Fleisch ist schwach” nach Übersetzung in eine andere Sprache und anschließender Rückübersetzung “Der Schnaps ist stark, aber das Fleisch ist ungenießbar” zu werden drohe, könnten auch kulturelle Motive, die in Kontinentaleuropa mindestens seit der Aufklärung als überholt gelten, nach ihrer Aufbereitung in den USA mit einem (post)modernen Anstrich zu uns zurückkehren.

Besonders in der italienischen Rechtskultur – und hier nicht nur in den nicht-exegetischen Fächern wie dem Römischen Recht, der Rechtsphilosophie oder der Rechtsgeschichte, sondern auch im Bereich des positiven Rechts, wie dem Zivil-, Straf- oder Prozessrecht – hat es immer schon eine derart umfangreiche (und minderwertige) Literatur gegeben, dass Neuerscheinungen – auch gute – geradezu gefürchtet sind. Auch jenseits aller Vorurteile ist das Forschungsprogramm des Bereichs Recht und Literatur in der Tat wenig ermutigend. Dies gilt für beide Forschungszweige innerhalb dieses Bereichs, also sowohl für “Recht in der Literatur” (*law in literature*) als auch für “Recht als Literatur” (*law as literature*).⁵ In dem theoretisch weniger anspruchsvollen Zweig “Recht in der Literatur”, dem ein großer Teil der Beiträge in dem angegebenen Band zuzurechnen sind, begnügt man sich mit Überlegungen zu juristischen Themenbereichen, die bei großen und kleinen Erzählern von Homer bis Franz Kafka wiederkehren.

In dem Zweig “Recht als Literatur” sind die theoretischen Ansprüche höher, aber auch widersprüchlicher. Wie jeder andere Teilbereich der menschlichen Kultur, in dem Texte produziert werden (vom phi-

losophischen Traktat bis zum Telefonbuch), ist auch Recht Literatur, wenn auch eine spezifische Literatur mit den ihr eigenen Regeln. Ein tieferer Einblick in die Schreibregeln juristischer Textsorten, wie Gesetz, Gesetzbuch, Urteil, Urteilsanmerkung, rechtsdogmatischer oder -theoretischer Aufsatz) könnte sicherlich zum Selbstverständnis der Juristen beitragen, auch zu jenem der Rechtstheoretiker bzw. -analytiker, die nicht selten die literarische Natur und damit das Erfordernis der Lesbarkeit der von ihnen verfassten Texte übersehen. Allerdings hat dieses Selbstverständnis als Literatur Schaffende bisher allenfalls Metaphern von zweifelhaftem heuristischem Wert hervorgebracht, so zum Beispiel bei Ronald Dworkin, der in der *common law*-Rechtsprechung eine Parallele zum *chain novel* sieht.⁶

Eine differenziertere Betrachtung ist allerdings für ein besonderes literarisches Genre erforderlich, nämlich für die Geschichtsschreibung, insbesondere im Bereich der Rechtsgeschichte. Diskutiert werden mag zwar über Eigenschaften und Bedeutung des narrativen und das interpretativen Elements oder der Technik des *storytelling*, das einen konkreten Beitrag der Literaturwissenschaft zum Recht und allgemein zur Ethik darstellt⁷, doch zweifellos sind diese Elemente unmittelbar relevant für die Geschichtsschreibung, auch für die juristische. Schließlich erzählen auch Historiker Geschichten, und eine Problematisierung der Regeln ihres literarischen Genres könnte für sie nur mit Vorteilen verbunden sein. Gleiches ließe sich freilich auch über die Geschichte der *equity* sagen sowie ganz allgemein über jene der Billigkeit, die Gegenstand dieser Anmerkung ist. Insbesondere von der Billigkeit lässt sich eine alternative Geschichte erzählen, die im Folgenden skizziert werden soll.

6 Hingewiesen wird hier auf R. Dworkin, *How Law is Like Literature* (1983), in ders., *A Matter of Principle*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1985, S. 146-166.

7 Gemeint ist, dass jede ethische Bewertung die Kenntnis und damit auch eine detaillierte Erzählweise der Tatsachen voraussetzt; es ist nicht die Rede von den verschiedenen "Ethiken" des Lesens, bei denen es in der Regel nur um ästhetische Gesichtspunkte geht; ein lesenswerter neuerer Beitrag hierzu ist E. Raimondi, *Unetica del lettore*, Bologna, Il Mulino, 2007.

2. EQUITY UND BILLIGKEIT

8
Vgl. U. Mattei, P. G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padua, Cedam, 1997, S. 63.

9
Vgl. M. Bussani, F. Fiorentini, *The Many Faces of Equity. A Comparative Survey of the European Civil Law Tradition*, in D. Carpi (Hrsg.), *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007, S. 101–134.

Der Beitrag ist eine lohnende Alternative zu sperrigeren Darstellungen der Begriffsgeschichte, wie P. Silli, Stichwort „Equità“ in *Digesto delle discipline privatistiche*, 4. Auflage, Turin, Utet, 1991, Bd. VII, S. 477–498.

10
Im Italienischen wird auch dieser Begriff mit *equità* (dt.: Billigkeit) wiedergegeben, besonders in feststehenden Ausdrücken wie „justice as fairness“ (dt.: Gerechtigkeit als Fairness), mit der die Gerechtigkeitstheorie John Rawls' bezeichnet wird; die Konnotationen des englischen Begriffs sind allerdings recht weit von jenen des Begriffs „equity“ entfernt.

Das Beispiel der Geschichte der *equity* – als Teil der Geschichte des englischen Rechts bzw. des europäischen oder abendländischen Rechtskreises – zeigt paradigmatisch Aufstieg, Triumph und Fall einer alternativen Form des Rechts, die sich von der in Europa und der westlichen Welt vorherrschenden Form unterscheidet. Die Unterschiede sind zumindest ursprünglich derart grundlegend, dass man zögern könnte, hier noch von Recht im engeren Sinne des Wortes zu sprechen, wie es in der westlichen Welt verstanden wird, und eher dazu neigt, die *equity* in die Nähe von Formen des Rechts im weiteren Sinne zu rücken, wie die Kadijustiz Max Webers, das *prédroit* Louis Gernets oder die verschiedenen Formen sozialer Regulierung (nicht professionell-juristisch, sondern politisch oder traditionell-religiös), von denen Komparatisten wie Pier Giuseppe Monateri sprechen.⁸ Vor den weiteren Ausführungen ist jedoch eine Klärung der Beziehung zwischen den Begriffen *equity* und Billigkeit (*equità*) notwendig, sowie die Abgrenzung zweier deutlich unterschiedlicher Bedeutungen von Billigkeit.

“Equity” hat sich zwar zur Bezeichnung eines bestimmten Teils des *common law* und des englischen Rechts entwickelt, doch gehört es – wie in dem lesenswerten Beitrag von Francesca Fiorentini und Mauro Bussani in dem angegebenen Band dargelegt⁹ – zu einer Gruppe von Wörtern (wie auch griechisch “*epieikeia*”, lateinisch “*aequitas*” und “*clementia*”, italienisch “*equità*” und, gleichfalls im Englischen, “*fairness*”¹⁰), die jeweils ganz unterschiedliche Phänomene beschreiben, die sich jedoch alle um eine von zwei zentralen Modellvorstellungen gruppieren lassen. Die erste, für die ich den Begriff externe Billigkeit (*equità esterna*) vorschlage, ist eine Reglementierung des menschlichen

Verhaltens als Alternative zum Recht im engeren Sinne: keine festen Regeln, unscharfe Abgrenzung zur Moral, geringer Formalisierungsgrad, keine Herausbildung eines Juristenstandes. Rechtliche Probleme werden hier von einem Philosophenkönig, einem alten Weisen oder einem Kadi gelöst, der sich nicht auf Gesetze, Prozesse oder formale Vorgaben stützt, sondern allein auf sein Gewissen oder seinen Gerechtigkeitssinn.¹¹

Die zweite Modellvorstellung, für die ich den Begriff interne Billigkeit (*equità interna*) vorschlage, ist als Reglementierung des menschlichen Verhaltens nicht alternativ, sondern komplementär zum Recht im engeren Sinne zu sehen und setzt dieses Recht sogar voraus. Bei der Anwendung des *ius strictum* werden die besonderen Umstände des jeweiligen Falles berücksichtigt, und nur in Ausnahmefällen – wenn das *summum ius* einer *summa iniuria* gleichkäme – kommt es zur Nichtanwendung des Rechts und einem Urteil, das sich auf die externe Billigkeit stützt.¹² Bei der englischen *equity* scheint nun eine Entwicklungslinie vorzuliegen, die diese beiden Pole miteinander verbindet. Sie gründet ursprünglich ganz auf der externen Billigkeit als Alternative zum *common law* und ist allein dem Gewissen des Lordkanzlers unterworfen, gerät später mit dem *common law* in Konflikt und kann mit der Entscheidung Jakobs I. von 1616 einen Pyrrhussieg erringen, doch nach der *Glorious Revolution* und dem erneuten Vormarsch der *common lawyers* wird sie durch die Bestimmungen der *Judicature Acts* von 1873–75 schließlich vom *common law* aufgesogen.

Bekanntermaßen hat die *equity* ihre Wurzeln in den Appellen an das Gewissen des Königs, dessen “Hüter” der häufig dem Klerus zugehörige Lordkanzler war. Diese Appelle waren in den *forms of action* des *common law* formalisiert und zielten auf die Herstellung materieller Gerechtigkeit ab. Sie führten zur Herausbildung einer autonomen

11 Literarischen Niederschlag hat diese Art der Billigkeit in der Figur des Armeleuterichers Azdak in Bertolt Brechts *Kaukasischem Kreidekreis* gefunden. Die Figur verweist ihrerseits auf biblische Vorbilder, insbesondere auf das Urteil des Königs Salomo.

12 Dies gilt ganz offensichtlich für die aristotelische *epiēikeia*. Ihre klassische Beschreibung findet sich in Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (ital. Übers.: Aristotele, *Opere*, Rom/Bari, Laterza, 1973, Bd. VII, S. 134f (V, 10, 1137b–1138a), vgl. hierzu wenigstens F. D’Agostino, *Epiēikeia. Il tema dell’equità nell’antichità greca*, Mailand, Giuffrè, 1973.

13
Vgl. G. Restivo, Shylock and Equity in Shakespeare's The Merchant of Venice, in D. Carpi (Hrsg.), *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007, S. 223–248.

14
Das Standardwerk hierzu ist nach wie vor F. W. Maitland, *Equity. A course of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1909.

15
Zur *equity of the statute* als Gesamtheit der nicht sprachlich-grammatikalischen Auslegungsmethoden, die den Wortsinn – extensiv oder restriktiv – „korrigieren“ vgl. insb. P. G. Monateri, *The Prophetic Nature of Equity*, in D. Carpi (Hrsg.), *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007, insb. S. 78–81.

Rechtsprechung am Court of Chancery, die mit dem eigentlichen *common law* in Konflikt geraten musste, das in England als *ius strictum* und damit als Recht schlechthin galt. Besonders aufschlussreich über den im 17. Jahrhundert ausgebrochenen Konflikt zwischen *equity* und *common law* (als einem Aspekt des übergeordneten Konfliktes zwischen dem Absolutismus kontinentaler Prägung der Stuart-Dynastie und den parlamentsfreundlichen Ansprüchen der *common lawyers*) sind literarische Texte wie William Shakespeares *Kaufmann von Venedig*, den Giuseppina Restivo in ihrem Beitrag klug analysiert hat.¹³

Der Sieg des Parlaments und der Ansprüche des *common law* in der Glorious Revolution von 1688 läuten den Niedergang der *equity*-Rechtsprechung ein, nicht aber der *equity* selbst: einige ihrer Rechtsinstitute, wie der *trust*, sind noch heute wesentliche Bestandteile des englischen Rechts. Das Ende der eigenständigen *equity*-Rechtsprechung – wenn auch nicht der ebenfalls so bezeichneten Rechtsinstitute – wird mit den *Judicature Acts* von 1873–75 besiegelt, in denen die *forms of action* abgeschafft werden und die englische Gerichtsbarkeit neu geordnet wird.¹⁴ Heute ist die *equity* lediglich ein Teil des *common law*, für den dieselben Gerichte zuständig sind. Die „externe“ Billigkeit ist also zu „interner“ Billigkeit geworden. Exemplarisch nachvollziehen lässt sich dieser Wandel am Gebrauch des Begriffs in der Wendung „*equity of the statute*“, mit der eine im Vergleich zur herkömmlichen *statutory interpretation* weniger buchstabentreue und formalistische Bedeutungszuweisung gemeint ist.¹⁵

Eine mögliche Lehre aus dieser Entwicklungslinie ist folgende: Im abendländischen Kulturkreis geraten eher moralisch oder politisch als juristisch geprägte Institute wie die externe Billigkeit, die ursprünglich in der Machtvollkommenheit einer Autorität lagen und auf die Herstellung materieller Gerechtigkeit abzielten, mit der Zeit

zwangsläufig in Konflikt mit der paradigmatischen Form des westlichen Rechts, nämlich dem Weberschen formal-rationalen Recht. Um dem unvermeidlichen Vorwurf der Willkürlichkeit zu entgehen, werden Institute wie die *equity* (die freilich nie ganz unabhängig vom *ius strictum* sind, wenn man mit Frederick Maitland davon ausgeht, dass das *common law*¹⁶ stets als Voraussetzung für die *equity* zu sehen ist) dazu neigen, das Recht im engeren Sinne nachzuahmen. Die Folge ist, dass diese Institute schließlich im *ius strictum* aufgehen und, wenn überhaupt, nur mehr eine ergänzende, behelfsmäßige und untergeordnete Rolle spielen.

3. EINE ALTERNATIVE GESCHICHTE DER BILLIGKEIT

Betrachtet man den soeben skizzierten Entwicklungsgang der *equity* als plausibel, so erlaubt dies Kritik an der herkömmlichen naturrechtlichen Vorstellung von Billigkeit: der Vorstellung nämlich, die Billigkeit spiele in der abendländischen Ethik stets die Rolle des “Guten”, das Recht jene des “Bösen”. Dieses Bild ist insbesondere in den naturrechtlichen Ausdeutungen der Geschichte des abendländischen Rechts verwurzelt. Sie beginnt in diesen Fällen mit der Ablehnung Platons des gleichen Rechtes für alle, das doch nur ein starrköpfiger, blinder Tyrann wäre, fährt fort mit der aristotelischen Lehre der *fronensis* und der *epieikeia* als Einzelfalljustiz sowie der *aequitas* des römischen und später des kanonischen Rechts und mündet schließlich – unter Auslassung des Übergangs zu verschiedenen Formen positiven Rechts in England und Kontinentaleuropa – in die aktuellen Neuformulierungen des ethischen Partikularismus.¹⁷

Bei dieser Lesart – in der die Billigkeit der Entwicklung des *ius* wie eine Art Schatten, Gegenspieler oder auch Schutzengel folgt – spielt

¹⁶ Vgl. F. W. Maitland, *Equity*, zit. nach d. ital. Übers. (*L'Equità*, Mailand, Giuffrè, 1979), S. 42 (“*aequitas sequitur legem*”) und S. 22f. (die Festlegung des Vorrangs der *equity* und *common law* im Art. 25 des *Judicature Act* von 1873 darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die beiden Rechtsmassen nicht miteinander konkurrieren, sondern einander vielmehr ergänzen.)

¹⁷ Repräsentativ für diese Neuformulierungen ist vor allem das Werk Jonathan Dancys, insbesondere *Moral Reasons*, Oxford, Blackwell, 1993, und *Ethics without Principles*, Oxford, Clarendon, 2004.

18

Zu Beispielen vgl. M. Barberis, Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso, Mulino, Bologna, 1988, S. 271–300.

das Recht fast immer die Rolle des “Bösen”, die Billigkeit jene des “Guten”. Tatsächlich steht in der Literatur die Billigkeit häufig für den natürlichen Gerechtigkeitssinn, die Stimme des Gewissens oder des Herzens, das Recht hingegen für die kalte Vernunft, und hierbei noch nicht einmal für die natürliche Vernunft im Hobbes’schen Sinne, sondern für die künstliche Vernunft Edward Cokes, die sich nur durch das mühevoll Durcharbeiten von Bergen staubiger Wälzer erschließt. Am Anfang hätten Gerechtigkeit, Billigkeit, die Stimmen des Gewissens und des Herzens gestanden; dann hätte das kalte Recht alles in die harte Schale seiner formalen Zwänge gepresst, und nur dort, wo diese Schale Risse bekäme, könnte die Billigkeit durchsickern und mithin wieder ans Licht kommen.

Nun lassen Aufstieg und Fall der *equity* aber auch eine völlig andere, alternative Lesart der Geschichte der Billigkeit zu. Sieht man die Geschichte des abendländischen Rechts als Geschichte des Konstitutionalismus, der Herrschaft der Gesetze, die die Herrschaft von Menschen allmählich ablöst, so stellt sich die Frage: auf welcher Seite steht dabei die Billigkeit? Auf der Seite der Herrschaft der Gesetze oder auf der Seite der Herrschaft von Menschen? Die Antwort fällt nicht schwer. Bereits die aristotelische *epieikeia* ist nur noch ein Abglanz des platonischen Philosophenkönigs, die *clementia* im römischen Reich und später im Kirchenrecht rechtfertigen die Verletzung der Garantien des geschriebenen Rechts, und dies gewiss nicht zugunsten der Untertanen bzw. der Gläubigen, sondern zum Vorteil von Despoten an der Spitze von Reich und Kirche, und auch die *equity* selbst, die von den Stuarts gegen *common lawyers* wie Coke verteidigt wurde, fügt sich nahtlos in diese alternative Geschichte ein. Billigkeit ist, wie Benjamin Constant es ausdrückt, einer der besten Vorwände für das Arbiträre.¹⁸ ♡

[Aus dem Italienischen übersetzt von Ralph Ackermann]

Summary

The recently published volume *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment* (Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007), edited by Daniela Carpi, is a good example of the Law and literature approach in the studies of English literature. However, this approach calls for further assessment in three particular problem areas, which this paper attempts to address. It first has to be pointed out, that literary criticism is essentially foreign to the theory of law, even though some parallels do exist, when both fields are viewed historically. The second problem is the understanding of equity itself: it calls for differentiation between external equity, which can be viewed as an alternative to common law, and internal equity, which is an independent factor of fairness, even though external equity – as shown in the case of English literature – often becomes internal in relation to the law. The third topic is the possibility of a different story of equity: the one that is not based on the opposition between good equity and bad law, but confronts the concepts of bad equity the good law.

Mauro Barberis

is a full professor of legal philosophy in the Faculty of Law, Trieste's University. His subjects are legal and political history and general jurisprudence. His more recent books include Etica para juristas (in Spanish, 2007), Europa del diritto (2008), Giuristi e filosofi (2011), Manuale di filosofia del diritto (2011).