Vol. 4 / 2013 No. 1

Journal on European History of Law

9 772042 640001 01

STS Science Centre

The European Society for History of Law

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

VOL. 4 / 2013 NO. 1

Editorial staff JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

JUDr. PhDr. Stanislav Balík
Constitutional Court of the Czech Republic
Prof. Dr. Barna Mezey
Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary
Prof. JUDr. Jozef Beňa, CSc.
Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Slovak Republic
Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc.
Metropolite – University Prague, Czech Republic
Dr. Piotr Fiedorczyk
Faculty of Law, University of Białystok, Poland
Alberto Iglesias Garzón, Ph.D.
Charles III University of Madrid, Spain
Prof. Dr.iur. Dr.phil. Thomas Gergen, MA
European University for Economics and Management, Luxembourg
Prof. Dr. Gábor Hamza
Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary
Prof. JUDr. Ignác Antonín Hrdina, DrSc.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, Czech Republic
JUDr. Vilém Knoll, Ph.D.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, Czech Republic
Doc. dr. sc. Mirela Kresic
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia
Prof. zw. dr hab. Adam Lityński
Faculty of Law, University of Silesia, Katowice, Poland
Doc. Dr. Olga Lysenko
Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Russia
ao. Univ. Prof. Dr.jur. Christian Neschwara
Faculty of Law, University of Vienna, Austria
Dr. Dmitry Poldnikov
Faculty of Law, National Research University, Higher School of Economics, Moscow, Russia
Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic
Dr. Gábor Schweitzer, Ph.D.
Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences, Hungary
Adw. Ewa Stawicka
Attorney at Law, Warsaw, Poland
Dr. Magdolna Szűcs, Ph.D.
Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia
JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M. Eur.Integration (Dresden)
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic

TABLE OF CONTENTS

Jakob Fortunat Stagl: Durch Rede zum Recht am Beispiel von Quint. decl. 360 2
Christoph Schmetterer: Der Kaiser von Österreich als Oberster Kriegsherr 1867–1918. 10
Thomas Gergen: Gewalt gegen Kleriker und das mittelalterliche Strafrecht. 19
Mariavittoria Catanzariti: Begriffsgeschichte und positives Recht: ein Jurist im Vergleich mit einem Historiker 26
Béla P. Szabó: Ungarstämmige Mitglieder des Doktorenkollegiums der Wiener Juristenfakultät vor den Universitätsreformen Maria Theresias 33
Emese Újvári: Mitbürgschaft im römischen Recht. 52
Lukács Nikolett: Frustration and Unexpected Circumstances in the Irish and English Law in the XXth and XXIst Century - the Survival of Principle „Clausula Rebus Sic Stantibus”. 65
Zsuzsa Gyöngyvér Kovács: Historical Context of Mentally Disordered Offenders in Hungary. 69
Dmitry Poldnikov: The Legacy of Classical Natural Law in Russian Dogmatic Jurisprudence in the Late 19th Century 72
Przemysław Dąbrowski: Vilnius Social Democracy after World War I (to the Beginning of 1919) – Selected Aspects of its Activism and Political and Legal Thought 81
Mikołaj Tarkowski: Participation of Vilnius Advocates in the Work of Lawyers Associations and Legal Organizations Operating in the Interwar Period in Poland. 85
Marcin Michalak: Role of the Uniform Legal System in the Process of Territorial and Social Integration – the Genesis of the Polish Criminal Code of 1932. 89
Jiří Bílý: Jesus of Nazareth – the Most Infamous Trial 92

BOOK REVIEWS

Johannes Schmitt: Die Republicaner an der Prims. Untersuchungen zur Reichsherrschaft Hüttersdorf-Buprich im 18. Jahrhundert. 96
Christian Baldus – Massimo Miglietta – Gianni Santucci – Emanuele Stolfi: Dogmengeschichte und Historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualitàstorica dei giuristi romani. Atti del Seminariointernazionale (Montepulciano 14 - 17 giugno 2011) 98
Pál Sáry: Iustinianus császár egyházpolitikai rendelkezései (Die kirchenpolitische Anordnungen vom Kaiser Iustinian) 99
Gerhard Kohl – Thomas Olechowski – Kamila Staudigl-Ciechowicz – Doris Täubel-Weinreich (Hrsg.): Eherecht Österreichs 1811 und Eherecht Russlands im 19. Jahrhundert: ein Vergleich. Rezension auf Beitrag von Stefan Schima 101
Valerián Bystrický – Dušan Kováč – Jan Pešek (Hrsg.): Kľúčové problémy moderných slovenských dejín 1848–1992 103
An Eager Pursuit of Justice. Remarks on the Collection Volumes of Gábor Hamza. 105

ANNEX: HISTORICAL AND WRITTEN CONSTITUTIONS: PAST AND PRESENT

Ivan Halász: Historical and Written Constitutions: Past and Present 108
Zoltán Szente: The Doctrine of the Holy Crown in the Hungarian Historical Constitution 109
Ádám Rixer: Hungary's Fundamental Law and the Concept of the Historical Constitution. 116
Gábor Schweitzer: Fundamental Law – Cardinal Law – Historical Constitution: The Case of Hungary since 2011 124
Ivan Halász: „WE THE MEMBERS OF THE HUNGARIAN NATION...”Remarks on the Changing Concept of Nation in the New Fundamental Law of Hungary 128
Karel Schelle, Renata Veselá: On the Traditions of Czech State Right Thinking: Parliamentarianism and the Struggle for Czech State Right during the Second half of the Nineteenth Century. 132
György Képes: Regeringsform, Grunnlov, Grundlov: Written Constitutions in Scandinavia in the 19th Century 137

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

© 2013 STS Science Centre Ltd.

All rights reserved. Neither this publication nor any part of it may be reproduced, stored in a retreival system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior permission of STS Science Centre Ltd.. Published semiannually by STS Science Centre Ltd. „Journal on European History of Law“ is a registered trademark of STS Science Centre Ltd.

Issued twice a year.

Printed in the EU.

ISSN 2042-6402

Durch Rede zum Recht am Beispiel von Quint. decl. 360*
(Making Law through Discussion: the Example of Quint. decl. 360)

*Jakob Fortunat Stagl***

Abstract

Quintilian's Lesser Declamation 360 deals with an insolvent decedent's estate. Both, the mother in law and the widowed daughter claim back their dowries. The solution to the problem is the favor dotis. The case and its solution give a very good insight into the relationship between rhetoric and jurisprudence in Rome. Both are far more intermingled than the modern Romanist would like them to be. Therefore, the declamation is to be considered a first rate source of Roman law of dowry.

Key words: *rhetoric; dowry; Quintlian; favor dotis; insolvent decedent's estate.*

I. Das Problem der rhetorischen Quellen

Über die Natur des Verhältnisses von Rhetorik und Recht gibt eine in der juristischen Literatur bislang vollkommen übersehen Quelle unversehens Aufschluß: Die 360te der Kleineren Deklamationen[1] Quintilians[2]. Diese Deklamationen aus der letzten Dekade des ersten Jahrhunderts n. Chr. ist eine Übung aus dem rhetorischen Unterricht[3]. Zwar war die Gerichtsrede wegen ihrer praktischen Bedeutung für den rhetorischen Unterricht, und damit die Ausbildung eines guten Römers sehr wichtig, doch besteht in der romanistischen Literatur weitgehend die Überzeugung, daß es sich bei dem rhetorischen Schrifttum um eine äußert trübe, wenn nicht gar völlig kontaminierte und daher zu vernachlässigende Quelle des römischen Rechts handele[4] – eine Sicht die freilich schon Wenger für verfehlt hielt: Wie er bemerkte, müsse jeder Fall gesondert geprüft werden, schließlich dienten die Deklamationen auch der Vorbereitung auf die Praxis als Rechtsanwalt[5]. Hinter der hier bekämpften Auffassung einer strengen Trennung von Rhetorik und Recht und damit auch einer Geringschätzung der rhetorischen Literatur als Quelle des Römischen Rechts stehen bestimmte Grundüberzeugungen über das Verhältnis von Recht und Rhetorik: Die einen meinen, die Rhetorik habe den Juristen geholfen, ihren verspannten Formalismus zu überwinden und sich hierbei vor allem solcher Mittel wie der *aequitas*[6] bedient[7]. Nach den anderen sei der Jurist ein Gentleman mit Rechtskenntnissen, der Redner ein Mietling ohne Rechtskenntnisse, eine Einflußnahme also ausgeschlossen[8]. Die Feinde der Rhetorik haben, im deutschen Sprachraum zumindest, die Oberhand, wie besonders die autoritative Darstellung Wieakkers zeigt[9]. Unsere Deklamation widerspricht dieser Sicht: Weder ist *hier* der Reder juristisch unbeleckt noch wird die Lösung des schwierigen Falles mit Hilfe „billiger Billigkeit" (Pringsheim) gefunden, sondern mittels einer valablen juristischen Argumentation, die einem Klassiker alle Ehre gemacht hätte. Die 360te Deklamation illustriert aufs Schönste die Rolle der Rhetorik bei der Rechtsfindung und sie ist zugleich eine äußerst bedeutsame Quelle des Dotalrechts.

---

* Eine italienische Vorfassung dieses Beitrages wurde unter dem Titel „ La Lis de dotibus socrus et nurus e il potere del favor dotis (Quint. decl. 360)" in Index 40 (2012) S. 326-341 veröffentlicht.

** Priv.-Doz. Dr. iur. Jakob Fortunat Stagl, Institut für Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Deutschland.

1 Zum Begriff *declamatio* am besten Wilfried Stroh, Declamatio (http://www.lrz.de/~stroh/schriften/declamatio.html) 29. 10. 2011.

2 M. Winterbottom, The Minor Declamations ascribed to Quintilian (Berlin; New York 1984) XIV ff., insbesondere auch zum Problem der Autorschaft. Allgemeiner Überblick zu Quintilian und seiner Bedeutung O. Tellegen-Couperus, Introduction, in: Quintlian and the law – The art of persuasion in law and politics, hrsg. v. O. Tellegen-Couperus (Leuven 2003) 11 ff.

3 Winterbottom, Declamations cit. XIII. Zur Gattung der Deklamationen F. Bonner, Roman Declamation in the late Republic and Empire (Liverpool 1949) 1 ff.

4 Zuletzt A. Guarino, Storia del Diritto Romano, 10. Aufl. (Neapel 1994) § 289, und F. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1 (München 1988) 141 mit Fn. 6.

5 L. Wenger, Die Quellen des römischen Rechts (Wien 1953) 253.

6 Scharfe Polemik bei F. Pringsheim, Aequitas und bona fides, in Gesammelte Abhandlungen, Bd. 1 (Heidelberg 1961) 154 ff. Hierzu J. F. Stagl, Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer ‚aequitas', in: Testi e problemi del giusnaturalismo romano, hrsg.v. D. Mantovani u. A. Schiavone (Pavia 2007) 675 ff.

7 Klassisch: J. Stroux, Summum ius summa iniuria (Leipzig/Berlin 1926) 27 ff., 38 ff.

8 Klassisch: F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961, 140; A. Steinwenter, Rhetorik und römischer Zivilprozeß, SZ 65 (1947) 69, 71 ff.

9 Rechtsgeschichte I cit. 662 ff.

II. Quintilian *decl.* 360

I. Lis de dotibus socrus et nurus	I. Streit der Schwiegermutter und Schwiegertochter um ihre Mitgiften
II. Prima ratio dotis habeatur. Quaedam apud filium, amisso viro, dotem reliquit. Adulescens, ducta uxore dotata, decessit. Res solvendo non est. Contendunt socrus et nurus, utra primum dotem accipiat.	II. Die Mitgift genießt Vorrang. Eine Frau ließ ihre Mitgift – nach dem Tode ihres Mannes – bei ihrem Sohne stehen. Der junge Mann heiratete eine Frau mit Mitgift und verstarb. Der Nachlaß ist überschuldet. Schwiegermutter und Schwiegertochter streiten darum, wessen Mitgift den Vorrang hat.
III. Sermo. Mulierem illam socrum, nurus dicet, hanc ruinam patrimonii post mortem viri statim sensisse; non sumpsisse dotem ne et filium decoloraret et dotem quoque perderet. Itaque etiam dotatam filio quaesisse uxorem, quo facilius posset ruentis patrimonii rationem fulcire. Addat, donasse illam filio petitionem: hodie, quia decessit, retractare. Sed et praescribat:	III. Relation. Die Schwiegertochter wird sagen: Diese Frau, meine Schwiegermutter, hat beim Tod ihres Mannes den Verfall seines Vermögens erkannt. Sie forderte ihre Mitgift nicht zurück, damit sie nicht sowohl ihren Sohn bloßstellte als auch ihre Mitgift verlor. Daher hieß sie ihren Sohn auch, eine Frau mit Mitgift zu heiraten: so würde es möglich sein, dem weiteren Vermögensfall Einhalt zu gebieten. Die Schwiegertochter wird noch hinzufügen: Jene habe schenkweise zugunsten des Sohnes auf die Klage verzichtet. Jetzt, wo er tot ist, nehme sie sie wieder auf. Hiergegen aber wird sie einwenden:
IV. Declamatio. Sero petis et aliud patrimonium est. Tu dum heres mariti tui erat, a filio petere debuisti: ego ex bonis mariti mei repeto; nam duae mortes maritorum diversas succesiones habent. Bona mariti mei morte eius [mea[10]] facta sunt dum viveret patris fuerunt. Dos est si a viro aut ab herede eius repetatur: Tu amisso viro cum dotem non petisti fecisti creditum ex dote.	IV. Vortrag. Du klagst zu spät und gegen das falsche Vermögen: Du hättest, solange er Erbe deines Mannes war, [die Mitgift] von deinem Sohn herausverlangen müssen, ich hingegen verlange [die Mitgift] aus dem Vermögen meines Mannes. Die beiden Todesfälle der Ehemänner haben unterschiedliche Nachlässe. Mit dem Tod meines Mannes wurde sein Vermögen [soweit es aus meiner Mitgift bestand] wieder zu meinem Eigentum, als er noch lebte gehörte es dem Hausvater [sprich: meinem Ehemann]. Von einer Mitgift kann man nur dann sprechen, wenn sie vom Ehemann oder dessen Erben zurückverlangt wird. Du hingegen, hast deine Mitgift in ein Darlehen verwandelt, als du sie nach dem Tode deines Mannes nicht herausverlangt hast.
V. Sermo. (1) Circumscriptam se nurus queretur, et in ultimo quaeret in quem usum anus dotem desideret. (2) Contra illa dicet hanc mulierem ambitiosam et profusam fuisse: non minime propterea ad egestatem perductum virum.	V. Relation. (1) Die Schwiegertochter kann geltend machen, sie sei betrogen worden. Zu guter Letzt wird sie fragen, zu welchem Behufe die alte Frau ihre Mitgift haben möchte. (2) Diese wird dagegen sagen, daß diese Frau (die Schwiegertochter) gierig und verschwenderisch gewesen sei, was nicht wenig zum Vermögensverfall des Mannes [ihres Sohnes] beigetragen habe.
VI. Declamatio. Nurus oportet a viro dotem repetat, socrus a patrimonio.	VI. Vortrag. Die Schwiegertochte kann die Mitgift von ihrem Mann herausverlangen; die Schwiegermutter muß sich an den Nachlaß halten

III. Die Rechtsfrage der Deklamation

Bestellte eine Frau eine Mitgift, so konnte sie diese beim Tod des Mannes mit der *actio rei uxoriae* zurückfordern[11]; die Klage richtete sich gegen den Erben des verstorbenen Mannes[12]. Als der Schwiegervater gestorben war, hätte die Schwiegermutter ihre Mitgift von dem Erben des Schwiegervaters herausverlangen können; dies war, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, der Sohn. Die Schwiegermutter hätte also gegen ihren Sohn als Erben ihres Mannes einen Anspruch auf Herausgabe der Mitgift gehabt. Diesen Anspruch hatte sie freilich gegen ihren Sohn nicht durchgesetzt: Sie hätte ihn mit einer solchen Klage nämlich finanziell und gesellschaftlich ruiniert, ohne dabei im Gegenzug ihre Mitgift zurückzuerlangen. Stattdessen hatte sie

[10] Dito ed. D. R. Shackleton Baily, [Quintilian.] The lesser Declamations (Cambridge, Ma. 2006) ad h.l.

[11] Überblick mit Lit. bei J. F. Stagl, Favor dotis – Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts, (Wien etc. 2008) 17 ff., 96 ff., 102 ff., 125 f., 156 f., 238 f.; umfangreiche Darstellung bei K. Czyhlarz, Das römische Dotalrecht (Gießen 1870) 297 ff.

[12] M. Kaser, Das Römische Privarecht, 2. Aufl., Bd. 1 und 2 (München 1971/5) 339.

ihm geraten, eine gute Partie zu machen. Als auch der Sohn verstarb, ergab sich damit die folgende – durch eine Annahme zu präzisierende – Situation: Gehen wir davon aus, die Schwiegermutter hätte ihrem verstorbenen Mann seinerzeit 100 HS als Mitgift gegeben. Dann hätte sie eine Klage in dieser Höhe gegen den Sohn in seiner Eigenschaft als Erbe seines Vaters gehabt und hätte sie nunmehr diese Klage kraft erbrechtlicher Transmission gegen den Erben des Sohnes (sog. Erbschaftsschulden[13]). Gehen wir weiter davon aus, auch die Schwiegertochter habe eine Mitgift in Höhe von 100 HS gegeben, dann hätte auch sie eine Klage in dieser Höhe gegen den Erben des Sohnes. Nun ist aber im vorliegenden Beispiel der Nachlaß offensichtlich überschuldet, sagen wir der Einfachheit halber, daß nur 110 HS vorhanden sind. Die Passiven (in Gestalt zumindest der beiden Mitgiften) übersteigen damit um 90 HS die Aktiven des Nachlasses. Da hier weder von Kindern die Rede ist noch von einer – hier – nicht zu vermutenden Ehe mit *manus* über die Frau[14], dürften ‚Hauserben' nicht vorhanden sein. Als Erbe in Betracht kommt also nur ein ‚Außenerbe'. Dieser hat – im Gegensatz zum Hauserben – das Recht, die Erbschaft auszuschlagen. Und eben dies wird er bei zu unterstellender wirtschaftlicher Vernunft auch tun: Denn der Erbe haftet voll für die Schulden des Erblassers, er hat keine Möglichkeit, die Haftung auf den Wert des Nachlasses zu beschränken[15]. Träte der Erbe also die Erbschaft an, so müßte er im vorliegenden Fall (mindestens) 90 HS aus seinem eigenen Vermögen zuschießen, um beide Mitgiften zurückzahlen zu können. Aus diesem Grund und wegen der im Sachverhalt unterstellten Beschränkung der Haftungsmasse auf den Umfang des Nachlasses müssen wir davon ausgehen, daß wir uns vorliegend in der Situation eines Nachlaßkonkurses[16] befinden. Damit stellt sich die Frage, welche Position die beiden Frauen in dem Nachlaßkonkurs haben. Im Konkurs setzten sich die Gläubigerpositionen der beiden Frauen als Berechtigung an der durch *venditio bonorum* zu realisierenden Masse fort. Es kommt also darauf an, welche Ansprüche die Frauen an die Masse haben und wie sich diese zueinander verhalten.

Bezüglich der Mitgiftklage besteht im römischen Recht eine wichtige Besonderheit: Die Mitgiftklage ist gegenüber anderen Klagen privilegiert, muß also vollständig befriedigt werden, bevor die normalen Gläubiger befriedigt werden können (*privilegium exigendi*)[17]. Dies hat folgenden Hintergrund: Macht die Frau eine Klage auf Herausgabe der Mitgift geltend, so stellt sich die Frage, ob sie so wie die anderen Gläubiger des Mannes zu behandeln ist oder nicht. Stünde ihr die *rei vindicatio* gegen den Mann zu, so könnte sie in dessen Konkurs Aussonderung verlangen[18]. Dies ist indes nicht der Fall, weil die Frau nicht Eigentümerin der Mitgift bleibt – zumindest nicht stricto sensu –, dennoch geben die Juristen der Frau im Konkurs des Mannes ein *privilegium exigendi*. Diesem Begriff liegt folgende Konstruktion zugrunde: Bestimmte Gläubiger sind im Konkursverfahren vor anderen dergestalt privilegiert, daß die übrigen Gläubiger erst dann befriedigt werden, wenn die Bevorrechtigten in voller Höhe befriedigt worden sind[19]. Zu den solchermaßen bevorrechtigten Gläubigern rechnete – wohl nach dem Fiskus und dem Träger der Bestattungskosten – auch die Frau im Hinblick auf die Rückforderung ihrer Mitgift[20]. Mithilfe des *privilegium exigendi* wird also – vom Konkurs her gesehen, und dieser ist ja bekanntlich der ‚Ernstfall des Sachenrechts' – die Frau für die Mitgiftklage im wesentlichen so gestellt, als sei sie eine Eigentümerin, die ihr Gut aus der Konkursmasse aussondert.

In dem Konflikt der beiden Frauen geht es also darum, ob eine von ihnen im Rahmen des Nachlaßkonkurses einen privilegierten Zugriff auf den Nachlaß hat, das heißt *ihre* Mitgift aussondern darf – mit der Folge, daß der anderen fast nichts übrige bleibt –, oder ob Schwiegermutter und Schwiegertochter gleichermaßen berechtigt, also *aliquot* zu befriedigen sind.

IV. Die Entscheidung der Rechtsfrage und ihre Begründung

Wäre die Schwiegertochter in diesem Streit die Verliererin, so hätte sie wirtschaftlich gesehen mit ihrer Mitgift die Mitgift ihrer Schwiegermutter zurückgezahlt. Zu diesem Ergebnis kommt die Deklamation aber nicht. Vielmehr heißt es umgekehrt: *Nurus oportet a viro dotem repetat, socrus a patrimonio*. Die Schwiegertochter bekommt also *ihre* Mitgift zur Gänze, die Schwiegermutter muß sich an den Rest halten und sich mit 10 HS begnügen. Entscheidend ist die Begründung dieser schwierigen Entscheidung. Sie erfolgt einmal auf telelologisch-politischer und einmal auf ‚dogmatisch'-technischer Ebene.

1. Das teleologische Argument: Favor dotis

Prima ratio dotis habeatur. Dieses Proömium, steht wie ein Notenschlüssel vor dem übrigen Text. In der rhetorischen Theorie hat das Proömium die Funktion, den Hörer auf das Folgende einzustimmen und ihn für den Standpunkt des Redners einzunehmen: *Principium est, cum statim auditoris animum nobis idoneum reddimus ad audiendum. Id ita sumitur, ut attentos, ut dociles, ut benivolos auditores habere possimus*, sagt der Autor der *Rhetorica ad Herennium*[21]. So auch hier, doch ist Pointe hier nicht, *daß* die Mitgift zu privilegieren sei, sondern *welche*, die der Schwiegermutter oder die der Schwiegertochter. Das zeigt sich am

[13] Kaser, Privatrecht I cit. 733.

[14] Hierzu E. Volterra, Nuove ricerche sulla conventio in manum, in: RALinc. (1966) 251 ff. = Scritti giuridici, Bd. 3 (Neapel 1993) 3 ff., und jetzt R. Astolfi, Il matrimonio nel diritto romano classico (Padua 2006) 265 ff.

[15] Voci, DER cit. II 663 ff.

[16] M. Kaser/K. Hackl, Römisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. (München 1996) 388 ff.

[17] Zum folgenden Kaser/Hackl, Zivilprozeßrecht cit. 401 ff.; und eingehend Stagl, Favor cit. 260 ff.

[18] D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 ad ed.) in fine; Kaser/Hackl, Zivilprozeßrecht cit. 401.

[19] D. 42.5.38.1 (Paul. 1 sent.); C. 7.72.6 pr. (Ant.); Kaser/Hackl, Zivilprozeßrecht cit. 402.

[20] Dies *privilegium* ergibt sich aus D. 15.1.52.1 (Paul. 4 quaest); D. 23.3.74 (Herm. 5 epit.); D. 24.3.22.13 (Ulp. 33 ad ed.); D. 42.5.17.1 (Ulp. 63 ad ed.) und D. 42.5.19 pr. (Ulp. 63 ad ed.); D. 42.5.18 (Paul. 60 ad ed); C. 7.74.1 (Sev. u. Ant.).

[21] Auct. ad Her. 1.6; siehe auch Quint. Rhet. 4.1.42. Zu diesem Textteil I. Männlein-Robert, s.v. «Prooemium«, in: Historisches Wörterbuch der Rhetorik, hrsg. v. G. Ueding, Bd. 7 (Tübingen 2005) Sp. 247 ff, und H. Lausberg, Handbuch der literarischen Rhetorik[4] (Stuttgart 2008) § 263.

Ergebnis der Deklamation: *Nurus oportet a viro dotem repetat, socrus a patrimonio* – beide sollen ihre Mitgift zurückerhalten, nur daß eben leider der gegen das *patrimonium* gerichtete Anspruch *de facto* mehr oder minder wertlos ist. Wäre der *favor dotis* nur eine simple Privilegierung von Mitgiften im allgemeinen, so stünden wir im vorliegenden Fall vor einer Aporie, verlangt doch die Schwiegermutter mit demselben Recht ihre Mitgift wie die Schwiegertochter. Allein, der *favor dotis* ist weit mehr als nur der schlichte Satz des Privatrechts, daß Mitgiften zu privilegieren seien. Wir haben es an anderem Ort unternommen, den *favor dotis* aufzuklären[22], können uns hier also auf einige wenige Bemerkungen beschränken: Dieser Leitsatz der klassischen Jurisprudenz bedeutet, daß die Rechtsordnung die Entstehung, den Bestand und die Restitution von Mitgiften nach Möglichkeit unterstützt und demgegenüber grundlegende Regeln des Rechts zurücktreten läßt. So sind z.B. echte Stipulationen zugunsten Dritter eigentlich nicht, aber ausnahmsweise um des *favor dotis* willen zulässig[23]. Das Telos des *favor dotis* ist kein paternalistisches, noch ein feministisches, sondern ein bevölkerungspolitisches: Die augusteische Ehegesetzgebung, die Kraftquelle des *favor dotis*, hatte den Zweck, ‚Kopfzahl, Niveau und Moral' der römischen Bevölkerung anzuheben[24]. Ein Mittel hierzu waren die Mitgiften. Denn kein Römer, der auf sich hielt, heiratete ohne Mitgift und ohne Heirat gab es keinen legitimen Nachwuchs. Also galt es, Mitgiften nach Möglichkeiten zu privilegieren: *Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium*, wie Pomponius sagt[25]. Beim Konkursprivileg liegt die solchermaßen erheischte Privilegierung darin, daß die ansonsten übliche *par condicio creditorum* ausgehebelt wird[26].

Da nun die Fruchtbarkeit jüngerer Frauen größer ist als die älterer, liegt es auf der Linie dieser bevölkerungspolitischen Tendenz, daß im Konfliktfall zweier *dotes* die der jüngeren Frau den Vorzug erhält. Dieser Gedanke ist nicht nur folgerichtig, sondern läßt sich auch bis zu Augustus selbst zurückverfolgen: Die augusteische Ehegesetzgebung verlangte nicht, daß ältere Personen im Stande der Ehe lebten und der *princips* war der Ehe älterer, d.h. unfruchtbarer[27], Personen nicht wohlgesonnen, da sie dem Nachwuchs nicht dienen konnten und im Zweifel den vorhandenen Kindern schadeten. Dies zeigt ein bei Valerius Maximus überlieferter Fall (7.7.4): Septicia, eine alte Frau, heiratete den Greis Publicius mit dem eingestandenen Zweck, ihren Kindern das Erbteil zu entziehen. Augustus erklärte die Ehe für unwirksam. Das hatte zur Konsequenz, daß auch die Mitgift nicht wirksam bestellt war, so daß die Erben sie von Publicius herausverlangen konnten. Dieses Recht hätten die Erben natürlich nicht gehabt, wenn die Mitgift wirksam bestellt worden wäre, denn diesfalls wäre sie Mann verblieben:

Val. Max. 7.7.4:

Septicia quoque, mater Trachalorum Ariminensium, irata filiis, in contumeliam eorum, cum iamparere [*gebären*] non posset, Publicio seni admodum nupsit, testamento etiam utrumque praeteriit. a quibus aditus divus Augustus et nuptias mulieris et suprema iudicia improbavit: nam hereditatem maternam filios habere iussit, dotem, quia non creandorum liberorum causa coniugium intercesserat, virum retinere vetuit[28].	Septicia, die Mutter der Trachaler aus Ariminium, war über ihre Söhne erbittert und heiratete, um ihnen einen Tort anzutun, den sehr alten Publicius, obwohl sie selbst keine Kinder mehr bekommen konnte; auch überging sie in ihrem Testament beide Söhne. Diese wandten sich an den vergöttlichten Augustus und dieser erkannte weder die Heirat der Frau noch ihren letzten Willen als gültig an, denn er befahl, den Söhnen das mütterliche Erbe zu geben, und verbot dem Mann, die Mitgift zu behalten, weil die Ehe nicht in der Absicht Kinder zu zeugen geschlossen worden war.

Dieser Gedanke findet auch einen, wenngleich nicht besonders starken Anhalt im Text der Deklamation: *et in ultimo quaeret in quem usum anus dotem desideret*. Entscheidend ist, daß hier die Schwiegertocher nicht von Geld spricht, sondern von der Mitgift: Was soll die ‚Alte[29]' mit einer Mitgift? Sehr viel weniger jedenfalls als die jüngere Frau, so könnte man mit Augustus sagen, welche die Mitgift für eine erneute Heirat benötigt. Zwar könnte auch die ältere der beiden erneut heiraten, politisch gewünscht ist jedoch im Konfliktfall die Heirat der jüngeren Frau, wird diese doch mit größerer Wahrscheinlichkeit noch Kinder zur Welt bringen.

Für die Lösung des Falles ist die Privilegierung der Mitgiftklage gegenüber herkömmlichen Klagen entscheidend. Dieses *privilegium exigendi* der Frau wird auf den *favor dotis*[30] zurückgeführt. Das zeigt unmißverständlich D. 23,3,74 (Herm. 5 epit.):

---

22 Stagl, Favor cit. passim.
23 D. 24.3.45 (Paul. 6 quaest.); Stagl, Favor cit. 140 ff.
24 Formulierung von Kaser, Privatrecht I cit. 318.
25 D. 24.3.1 (Pomp. 15 ad. Sab.).
26 Stagl, Favor cit. 260 ff.
27 In der Antike war bekannt, daß Frauen sich ab dem 50. Lebensjahr gar nicht mehr und Männer ab dem 60. nur noch erschwert fortpflanzen können; Plin. nat. hist. 7.13.61-2; D. 1.7.15.2 (Ulp. 26 ad Sab.); D. 19.1.21 pr. (Paul. 33 ad ed.); hierzu Astolfi, Matrimonio cit. 250[50].
28 Lit.: Astolfi, Matrimonio cit. 249; M. Humbert, Le remariage à Rome (Roma 1972) 155; Stagl, Favor cit. 36 f.
29 Zur Bedeutung von *anus* siehe weiter unten.
30 Ebenso P. Laband, Privilegii dotalis hypothecarii orgio (Viadrina Diss. 1838) 27; F. W. v. Tigerström, Das römische Dotalrecht (Berlin 1831/2) 358.

Si sponsa dotem dederit nec nupserit vel minor duodecim annis ut uxor habeatur, exemplo dotis condictioni favoris ratione privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit[31]	Hat eine Verlobte eine Mitgift gegeben, aber nicht geheiratet oder lebt ein Mädchen unter zwölf Jahren wie eine Ehefrau, so wird ihr nach dem Beispiel der Mitgift und entsprechend dem Grundsatz der Begünstigung der Mitgift für die Kondiktion das Vollstreckungsvorrecht erteilt, das bei persönlichen Klagen in Betracht kommt

Hat eine Verlobte zum Zweck der Mitgift-Bestellung ihrem Bräutigam Sachen übertragen und wird die Ehe nicht geschlossen oder ist die Ehe nicht zustande gekommen, da das Mädchen nicht das vorgeschriebene Alter hat, so kann sie die Mitgift kondizieren. Und um des *favor dotis* willen sei diese Klage nach akzeptierter Meinung der Juristen (*placuit*) durch dasselbe *privilegium* geschützt wie die *actio rei uxoriae*[32]. Als Grund dafür, den Anwendungsbereich des *privilegium exigendi* auch auf diese Fälle auszudehnen, nennt Hermogenian den *favor dotis*. Das leuchtet ein, weil in beiden Fällen die Frau das zur Mitgift Gegebene für eine spätere Ehe braucht[33]. Diese Privilegierung setzt sich gegenüber dem Nachlaß fort. Dieser Umstand war, soweit ersichtlich, bisher jedoch quellenmäßig noch nicht belegt[34]. Unsere Deklamation ist insoweit eine bedeutende Quelle des Dotalrechts: Sie bringt einen neuen, bislang unbekannten – der Interpolation nicht verdächtigen[35]! – Beleg für den *favor dotis* und weiters einen Beleg für die Fortsetzung des *privilegium exigendi* im Nachlaßkonkurs.

2. Die dogmatischen Argumente : Verwirkung und andere Vermögensmasse

Frei wiedergegeben lautet die Argumentation der Schwiegertochter: Du, liebe Schwiegermutter, klagst zu spät und gegen das falsche Vermögen; Du hättest, solange mein Mann, Dein Sohn also, Erbe Deines Mannes (d.h. meines Schwiegervaters) war, Deine Mitgift von meinem Mann (dem Sohn) herausverlangen müssen; ich hingegen verlange meine Mitgift aus dem Vermögen meines verstorbenen Mannes. Die beiden Todesfälle unserer beiden Ehemänner führen nämlich zu zwei verschiedenen Nachlässen. Mit dem Tod meines Mannes wurde sein Vermögen, soweit es aus meiner Mitgift bestand, wieder zu meinem Eigentum; als er noch lebte, gehörte es meinem Ehemann. Von einer Mitgift kann man ja nur dann sprechen, wenn sie vom Ehemann oder dessen Erben zurückverlangt werden kann. Du hingegen, hast deine Mitgift in ein Darlehen verwandelt, indem Du sie nach dem Tode deines Mannes nicht herausverlangt hast. Nun stehst Du auf derselben Stufe wie ein normaler Darlehensgläubiger, mußte also vor meiner Dotalklage weichen. Im einzelnen:

a) Aliud Patrimonium est

Die Schwiegertochter geht wie selbstverständlich davon aus, daß sie mit Auflösung der Ehe durch den Tod ihres Mannes Eigentümerin der von ihr zur Mitgift gegebenen Gegenstände geworden sei. Dies entspricht durchaus klassischer Rechtsvorstellung[36]*:* Es gibt viele Gründe, die dafür sprechen, daß die Frau *manente matrimonio* eine eigentumsähnliche Berechtigung an der Mitgift hat: so kann der Mann nicht über das dotale Grundstück verfügen und das Dotalgut auch nicht Dritten vermachen (*lex Iulia de fundo dotali*[37]). Sprichwörtlich formuliert ist diese Berechtigung der Frau *manente matrimonio* in der von Tryphonin überlieferten Parömie: *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*[38]. Am besten läßt sich diese historisch gewachsene und damit komplizierte Berechtigung von Mann und Frau an den Mitgift-Sachen als ‚funktional gespaltenes Solidareigentum' beschreiben[39]: Beide sind Eigentümer, aber nicht voll, und die herkömmlichen mit dem Eigentum einhergehenden Rechte und Pflichten sind zwischen beiden aufgeteilt, eine Doppelzuständigkeit also vermieden. Es ist daher die Frau in gewisser Hinsicht für die Dauer der Ehe als Eigentümerin der Mitgift anzusehen. Erst recht ist dies die Frau aber nach Auflösung der Ehe, wobei ihr Anspruch durch die besonderen Erfordernisse der familiären Solidarität, namentlich in Gestalt der Retentionsrechte, überlagert ist. Bei Ulpian etwa heißt es im Hinblick auf eine letztwillige Zuwendung, durch welche der Mann seiner Frau die Mitgift restituiert, daß die Frau *dotem enim recepisse eam magis quam accepisse*[40]; bei Gaius erhält die Frau *sua res*[41], wenn der Mann ihr die *dos* als *praelegata*[42] vermacht, und in den Pauli sententiae heißt es gleicherweise, daß die Frau *proprium recipere videtur*[43].

Stellen wir uns also vor, die Schwiegermutter hätte bei ihrer Hochzeit dem Schwiegervater eine Kuh als Mitgift gestellt, und zwar in ästimierter Form. Dies hätte zur Folge gehabt, daß das

[31] H. H. König, Die vor der Ehe bestellte dos nach klassischem romischem Recht, in SD 29 (1963) 232; D. Liebs, Hermogenians Iuris Epitome (Göttingen 1964) 57 ff.; S. Solazzi, Concorso dei creditori, Bd. 3 (Napoli 1940) 168 f.; Stagl, Favor cit. 261 f.

[32] So verstehen diesen Text auch Kaser/Hackl, Zivilprozeßrecht cit. 403[13].

[33] Aus diesem Grunde sind die auf diesen Teil des Textes bezogenen Interpolationsvermutungen von Solazzi, Concorso III cit. 169, unerheblich; so im Ergebnis auch M. Kaser, Ius publicum und ius privatum, in SZ 103 (1986) 42, Fn. 168; König, Die vor der Ehe bestellte dos cit. 232. Derselbe Gedanke findet sich auch bei D. 42.5.17.1 u. 19 pr (Ulp. 63 ad ed.); D. 42.5.18 (Paul. 60 ad ed.).

[34] So auch T. Wycisk, Quidquid in foro fieri potest - Studien zum römischen Recht bei Quintilian (Berlin 2008) 114.

[35] Der *favor dotis* steht nach wie vor im Ruche das Produkt justinianischer Interpolation zu sein. Ausführlich hierzu Stagl, Favor cit. 64 ff.

[36] Ausführlich zu dieser Frage Stagl, Favor cit. 235 ff., 290 ff.

[37] Inst. 2.8 pr.; Stagl, Favor cit. 255 ff.

[38] D. 23.3.75 (Tryph. 6 disp. in fine); Darstellung bei Stagl, Favor cit. 267 ff.

[39] Stagl, Favor cit. 292 f.

[40] D. 33.4.2.1 (Ulp. 5 disp.).

[41] D. 35.2.81.1 (Gai. 18 ad ed. prov.).

[42] H. Ankum, La femme mariée et la loi Falcidia, in Labeo 30 (1984) 30, 31, 32, vertritt mit guten Gründen die Auffassung, die römischen Juristen hätten beide Ausdrücke verwendet.

[43] PS. 4.1.1. Gleichsinnig Gai. D. 35.2.81.1 (18 ad ed. prov.).

Risiko des Untergangs der Kuh auf den Schwiegervater übergegangen wäre[44]. Die Kuh sei mittlerweile eingegangen und an ihre Stelle ein Ersatzanspruch in Geld getreten. Bezüglich dieses Anspruchs war der Sohn passivlegitimiert, als er die Schwiegertochter heiratete. Die Schwiegertochter möge gleichfalls eine Kuh als Mitgift bestellt haben. Nun stirbt der Sohn. Würde man in dieser Situation den Wertanspruch der Schwiegermutter mit der Kuh der Schwiegertochter befriedigen, so wäre dieses Ergebnis zwar wirtschaftlich denkmöglich, würde aber daran scheitern, daß nach *klassischer* Auffassung die Schwiegertochter in gewissem Umfang stets Eigentümerin der von ihr als Mitgift gestellt Kuh geblieben war. Das Eigentum am Dotalgegenstand hindert hier also die Surrogation der Mitgift der Schwiegermutter durch die der Schwiegertochter. Die Schwiegertochter sagt daher, daß es sich um zwei Nachlässe handele, womit sie zum Ausdruck bringt, daß die beiden *dotes* sich miteinander nicht zu einer Masse vermischt hätten. Das ist nur unter der Voraussetzung richtig, daß man davon ausgeht, die *dos* bleibe im Laufe der Ehe in gewisser Hinsicht Eigentum der Frau. Unter dieser Voraussetzung wäre ihr jeztiges Begehren nichts anders als die Aussonderung ihres Eigentums aus der Masse des Nachlaßkonkurses. Hätten die beiden *dotes* sich in der Hand des Sohnes vermischt, so hätte die Argumentation der Tochter kein Gewicht mehr und die einzig mögliche Lösung wäre, die Aktiven des Nachlasses aliquot zu teilen. Die Argumentation der Schwiegertochter steht und fällt also mit dem Satz, daß der Ehemann nicht als Eigentümer der Mitgift im herkömmlichen Sinne anzusehen ist. Das drückt sie auch deutlich aus mit dem Satz: *Dos est si a viro aut ab herede eius repetatur.* Natürlich verlangt auch die Schwiegermutter ihre Mitgift, nur ist eben ihre Klage nicht dinglich privilegiert und berechtigt daher nicht zur Aussonderung.

b) Sero petis

Die Schwiegermutter hatte nach dem Tode des Schwiegervaters die Dotalklage gegen den Sohn. Sie machte die Klage aber nicht geltend, da sie ohnehin erfolglos geblieben wäre und den Sohn unnötig bloßgestellt hätte. Macht man einen Anspruch nicht geltend, so ist dies rechtlich gesehen eine Stundung[45] und wirtschaftlich gesehen in der Tat eine Kreditierung des Wertes der beanspruchbaren Forderung. Entscheidend ist aber die Frage, wie sich dies im Nachlaßkonkurs auswirkt. Der Argumentation der Schwiegertochter zufolge führt der wirtschaftliche Tatbestand der Kreditierung der Dotalforderung rechtlich gesehen dazu, daß der Anspruch der Schwiegermuter seine Privilegierung als Dotalklage in Gestalt des *privilegium exigendi* verliert und zu einem normalen, im Nachlaßkonkurs nicht privilegierten, Anspruch wird. Dem klassischen Recht ist eine solche Herabstufung einer Klage durch Zeitablauf durchaus bekannt: Die hier tatbestandlich nicht so fern liegende *actio quod metus causa* geht auf das Vierfache, nach einem Jahr auf das Einfache[46].

Haben wir damit festgestellt, daß eine Herabstufung eines Anspruchs eine zumindest nicht fernliegende juristische Kategorie ist, müssen wir uns nun der Frage zuwenden, was hier zu dieser Herabstufung geführt haben soll. Eine Verjährung des Dotalanspruchs kommt schließlich nicht in Betracht, kannt doch das klassische römische Recht eine Verjährung nicht[47]. Diese Deprivilegierung des Dotalanspruchs kann auch durch die Transmission der Verbindlichkeit vom Sohn auf dessen Erben nicht herbeigeführt worden sein, weil es schlichtweg keinen plausiblen Grund gibt, wieso die Transmission diesen Effekt haben sollte.

Die Schwiegertochter wendet aber nicht nur ein, daß die Schwiegermutter zu spät klage, sondern auch, daß die Schwiegermutter in doloser Absicht die Vermögensverhältnisse des Sohnes in besserem Licht erscheinen lassen wollen habe, damit dieser gut heiraten und sie sich sanieren könne: … *hanc ruinam patrimonii post mortem viri statim sensisse; non sumpsisse dotem ne et filium decoloraret et dotem quoque perderet. Itaque etiam dotatam filio quaesisse uxorem, quo facilius posset ruentis patrimonii rationem fulcire*. Das zwischen Mann und Frau funktionale gespaltene Solidareigentum an den Mitgift-Sachen bringt es mit sich, daß der Mann mit Ausnahme von Grundstücken über die Mitgift frei verfügen kann[48]. Es wäre dem Sohn nach seiner Heirat also durchaus möglich gewesen, die Mitgift der Schwiegertochter dafür zu verwenden, die Mitgift-Forderung der Schwiegermutter zu befriedigen. Insoweit ist es richtig, wenn sich die Schwiegertochter für betrogen hält (*circumscriptam se nurus queretur*): Hätte die Schwiegermutter ihre Mitgift-Forderung geltend gemacht, bevor der Sohn sie heiratete, so hätte sie gewußt, wie schlecht seine Vermögensverhältnisse waren und welche Rolle ihr dabei zugedacht war, ihren Bräutigam zu sanieren. Sie würde also von dieser Ehe Abstand genommen haben: Mit ihrer Mitgift hätte sie aus ihrer Sicht eine bessere Partie machen können. Es besteht freilich das Problem, daß der Erbe diese Einwendung nicht erheben könnte, da sie von ihm aus gesehen *ex iure tertii* wäre (**Exceptio ex iure tertii non datur*[49]!) und daß die Schwiegertochter, welche von dem *dolus* der Schwiegermutter getroffen wurde, keine Einwendung hat, weil die Schwiegermutter keinen Anspruch gegen sie hat, sondern es eben *nur* um die Verteilung der Masse geht. Dies dürfte aber hier wohl zu technisch-logisch gedacht sein, vor allem wenn man es hier mit einer Aporie zu tun hat. Im übrigen bringt es die Natur des Prätendentenstreites im Konkursverfahren mit sich, daß Einreden Dritter geltend gemacht werden können. Die Schwiegertochter macht also in einer besonderen Konstellation eine *exceptio doli* geltend[50].

V. Der Wert der Deklamation als Quelle für das Römische Recht

Da es sich um einen rhetorischen Text handelt, ist es geboten, seine rhetorische Struktur zu analysieren: Die Authentizität der Überschriften der Deklamationen ist sehr fragwürdig[51].

---

[44] D. 23.3.10 pr.(Ulp. 34 ad Sab.) Hierzu Stagl, Favor cit. 16 f.

[45] Gai. 4.122. Kaser, Privatrecht I cit. 642.

[46] Ulp. D. 4,2,14,1 Kaser, Privatrecht I cit. 244.

[47] Kaser, Privatrecht II cit. 71 f.

[48] Kaser, Privatrecht I cit. 333.

[49] Siehe etwa D. 44.1.7pr. (Paul. 3 ad Plaut). Hierzu ausführlich U. Babusiaux, Id quod actum est (München 2006) 129-133. Ein Beispiel dafür, daß dieses Verbot auch avant la lettre im römischen Recht gegolten hat, ist die Delegation, D. 46.2.13 (Ulp. 38 ad Ed.); hierzu Stagl, Favor cit. 170 ff. Siehe auch R. Stammler, Die Einrede aus dem Recht eines Dritten (Halle an der Saale 1900) 7 ff.

[50] Hierzu Kaser, Privatrecht I cit. 488 f.

[51] J. Dingel, Scholastica Materia. Untersuchungen zu den Declamationes minores und der Institutio oratoria Quintilians (München 1988) 17 ff.

Hier trifft der Titel (*Lis de dotibus socrus et nurus*) auf jeden Fall die Sache. Der Abschnitt II beginnt mit einer allgemeinen Maxime (*Prima ratio dotis habeatur!*) und läßt dann eine sehr einfache, aber klare Sachverhaltsschilderung folgen. Im darauffolgenden *sermo* wird in indirekter Rede die eigentliche *declamatio* vorbereitet und zwar indem der Sprecher den Sachverhalt weiter ausschmückt. Diese Ausschmückung ist weder für das Verständnis des unter II geschilderten Sachverhalts noch für das der unter VI mitgeteilten Lösung nötig. Die *declamatio* selbst ist sehr nüchtern gehalten, sie ist eigentlich eine rein juristische Erörterung[52]. Solch ausführliche Erörterungen finden sich in den Digesten selten. Doch kann unser Text sowohl vom Juristischen wie vom Stilistischen her durchaus mit der Überlieferung in den Digesten mithalten. Der eigentliche Unterschied zwischen *sermo* und *declamatio* ergibt sich aber aus dem zweiten *sermo* (IV): Im ersten *sermo* wurde bereits das Betrugsmotiv angedeutet: Die Schwiegermutter stiftet ihren Sohn dazu an, unter Verschleierung seiner wahren Vermögensverhältnisse eine gute Partie zu machen. Nun tut die Schwiegertochter so, als sei es von Anfang an der Plan der Schwiegermutter gewesen, sich auf ihre Kosten zu sanieren, was freilich voraussetzen würde, daß sie den frühen Tod ihres Sohnes miteingeplant hätte – und das ist dann vielleicht doch ein bißchen zu stark. Wie sehr der zweite *sermo* mit Pathos arbeitet, zeigt auch das zweite Argument der Schwiegertochter: Was will die ‚Alte[53]' mit der Mitgift? Dieses Argument ist nun offensichtlich absurd. In einer Zeit ohne Rentenansprüche brauchen alte Leute genauso wie junge Geld, um überleben zu können. Genauso zänkisch wie wirkungslos ist die Gegenrede der Schwiegermutter – übrigens eine Seltenheit in den Deklamationen[54]: Die Schwiegertochter sei gierig und verschwendungssüchtig. Damit habe sie ihren Sohn ruiniert und natürlich auch ihre Altersvorsorge – was eben eine Schwiegermutter in dieser Situation typischerweise über ihre Schwiegertochter sagen würde. Es ist offensichtlich, daß der Verfasser dieser Deklamationen den *sermones* keinen besonderen Wert beigemessen hat: Sie bringen Geplänkel, das aber gleichwohl für die Gesamtstruktur notwendig zu sein scheint, wie eine Art Rahmen. Der letzte Satz (VI). ist wieder von vollkommener Nüchternheit wie die Sachverhaltsschilderung in II.

Zuerst eine allgemeine Maxime und dann wie zu ihrer Illustration ein ganz knapp dargestellter Fall, der uns zusammen mit der Entscheidung mitgeteilt wird. Es handelt sich hier um einen Text der rhetorischen Schulung. Das Erstaunliche ist freilich, daß der Kern dieses Textes eine durchaus nüchterne Fallbearbeitung ist. Stellen wir uns vor, die ganze Rhetorik verschwände aus der Deklamation 360. Was bliebe übrig?:

> Prima ratio dotis habeatur. Quaedam apud filium, amisso viro, dotem reliquit. Adulescens, ducta uxore dotata, decessit. Res solvendo non est. Contendunt socrus et nurus, utra primum dotem accipiat. Nurus oportet a viro dotem repetat, socrus a patrimonio.

Das könnte so auch in den Digesten stehen. Der entscheidende Unterschied der Deklamation zu den Digesten besteht darin, daß die Deklamation jenen in der Praxis gebräuchlichen Anteil an Rhetorik mitliefert, den die Digesten wohlweislich weglassen, weil es die Mühe nicht gelohnt hätte und weil die Klassiker solches Beiwerk bereits gar nicht erst in ihre Schriften aufgenommen haben dürften[55].

VI. Die Funktion der Rede für die Rechtsfindung

Wir haben es hier mit einem Fall zu tun, den man sich ohne weiteres in der Praxis vorstellen könnte[56]. Wie realistisch der Fall ist, zeigt sich im Leben Ciceros. Nach seiner Scheidung von Terentia war er in einer ähnlichen Situation wie der Sohn der Deklamation: Er mußte seiner Frau Terentia HS 400.000[57] zahlen und konnte sich nur dadurch retten, daß er eine neue Ehe mit der gutdotieren Publilia einging[58]. Nun haben wir es aber nicht mit einem Digestentext oder einer stenographischen Mitschrift aus der Basilika des Prätors zu tun, sondern mit einem Text der rhetorischen Ausbildungsliteratur. Was sagt es uns, daß dieser Text einen interessanten Rechtsfall bringt und diesen in juristisch durchaus ansehnlicher Art und Weise der Lösung zuführt, dabei aber auch nicht vergißt, die Schüler darauf hinzuweisen, daß Publikum und Mandantschaft unterhalten sein wollen und daß Überredungskunst auf den Zuhörer bezogen ist[59]? Flume schreibt in seinem ‚Rechtsgeschäft', jener großen Verteidigungsschrift der Jurisprudenz gegen die ideologischen Anfeindungen des 20. Jahrhunderts:

> Die Unterschiedlichkeit von Rhetorik und Jurisprudenz ist eine solche der Intention, und gerade von den Römern kann man lernen, daß Jurisprudenz etwas grundsätzlich anderes ist als das *disputare in utramque partem*[60].

Damit ist impliziert, der Jurist diene dem Recht, der Gerechtigkeit in einem naturrechtlichen Sinne oder der Konkretisierung

---

[52] Dies entspricht durchaus dieser Gattung, welche das Ornament zu vermeiden trachtet und den *stilus gravis* als Ideal anstrebt; Sandstede, in HWR cit. s.v. «Deklamation« Sp. 481.

[53] Siehe Anonymus s.v. «anus [2]« in Oxford Latin Dictionary I (Oxford 1982).

[54] Dingel, Scholastica Materia cit. 13, meint, daß sei eine Aussage der Schiegermutter: das ist offensichtlich vom Juridischen her nicht richtig.

[55] S. auch J. W. Tellegen, The reliability of Quintilian for Roman law: on the cusa Curiana, in: Quintlian and the law – The art of persuasion in law and politics, hrsg. v. O. Tellegen-Couperus (Leuven 2003) 191 ff., der zu einer ähnlichen Schlußfolgerung kommt.

[56] Zur Wertschätzung der Praxis des Autors der Deklamationen Winterbottom, The minor Declamations cit. XVII, unter Hinweis auf Quint. Rhet. 10.1.15. Bonner, Roman Declamation 131 f., kommt in seiner Analyse der *Controversiae* Senecas zu dem Ergebnis, daß auch diese durchaus im Einklang mit römischem Recht und römischer Sitte stehen.

[57] Ergibt sich aus Plut. Cic. 8.2.

[58] Cic. *Att*. 12.19.4; Plut. *Cic*. 41.2; Zu dem Vorgang S. Dixon, Family Finances: Terentia and Tullia, in: B. Rawson (Hg.) The Family in ancient Rome (London-Sydney 1986) 93, 102 ff., J. K. Evans, War, Women and Childen in ancient Rome (New York 1991) 65 f.; M. Gelzer, in RE s.v. M. Tullius Cicero (als Politiker) Sp. 1018 f.

[59] Hierz MacCormick, Rhetoric cit. 19.

[60] W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäft, 4 Aufl. (New York etc. 1992) § 16 1 c) Fn. 9. Nicht ganz so schneidig, aber ähnlich Wieacker, Rechtsgeschichte I cit. 669: Der Jurist wolle nicht „überreden, sondern „überzeugen". Der deutsche Professor selbstverständlich, aber „der" Jurist?

der „Rechtsidee“[61], der Rhetor hingegen der Partei, die ihn gezahlt hat. Es ist ein Vorrecht der Meister, daß sie die Dinge einfach darstellen dürfen. Was unsere Quelle angeht, liegen die Dinge freilich etwas anders. Wie das fast ironisch zu nennende Proömium andeutet, führt ein platt verstandener *favor dotis* in dieser Konstellation in eine Aporie, dieselbe Aporie, in der Cicero sich befunden haben würde, hätte seine zweite Frau sich von ihm getrennt: *Welche* Mitgift hätte dann den Vorrang genossen? Die Befreiuung aus dieser Aporie gelingt in der Deklamation, obwohl hier *in utramque partem* disputiert wird und zwar deshalb, weil die Form der Gerichtsrede zum *audiatur et altera pars* zwingt[62]. Die Rhetorik ist eben, wie neuestens Babusiaux in ihrer eingehenden Analyse der rhetorischen Struktur von Papinians Quaestiones betont hat, sehr viel weniger Redeschmuck als auch eine Heuristik[63], insoweit sie dabei hilft, den Kern eines Falles zu erkennen, wovon die *Lis dotibus socrus et nurus* das schönste Zeugnis ablegt. Die überkommene strenge Scheidung von Rhetorik und Recht ist also künstlich und ahistorisch[64]. Alles andere wäre auch verwunderlich, waren doch die Juristen als gebildete Römer gerade in Rhetorik geschult[65] und waren die Grenzen der Literaturgattungen sehr viel fließender[66] als wir das mit rückwärts projezierender Sicht unterstellen.

Sind sich Rhetorik und Recht ähnlicher als der Großteil der bisherigen romanistischen Literatur anzunehmen geneigt ist, muß man trotzdem auf die Frage eingehen, worin denn der Unterschied besteht. Denn dasselbe sind Rhetorik und Recht sicher nicht[67]. Der Unterschied dürfte weniger in der Intention liegen, wie Flume meinte. Die Intention kann bei den Juristen genauso parteiisch sein wie bei den Rednern und umgekehrt gibt es ja auch eine Ethik der Rhetorik. Zum einen gibt es in der Theorie der Rhetorik selbst die Ermahnung an den Redner keine unredlichen Sachen zu vertreten[68]. Zum anderen garantiert der Antagonismus der beiden Parteien ein einigermaßen ausgeglichenes Ergebnis[69]: *non minus pro adversa parte quam pro mea cogitabam* (Quint. Rhet. 7.1.4)[70].

Der Unterschied von Recht und Rhetorik dürfte mit Entwicklungsstufen zu identifizieren seien: Solange das Recht nicht feststeht, weil das System vollkommen neue Aufgaben zugewiesen bekommt oder in eine Aporie gelangt, wie hier der Fall, ist die Rhetorik an ihrem Platz: Wie sollte sich eine juristische Entscheidung, welche immer auch eine politische Entscheidung ist, anders mit friedlichen Mitteln durchsetzen können als durch die Rede[71]? Und mehr noch: Wie soll überhaupt ein rationales Ergebnis gefunden werden, wenn nicht durch Rede? Es gibt zwischen logischen Ableitungen mit ihrem zwingenden und daher arhetorischen Charakter und offener Irrationalität (*stat pro ratione voluntas*) ein Drittes und das ist die Rhetorik – oder vielleicht feiner gesagt: die Argumentation – als der Methode, die überall dort angezeigt ist, wo es um das „Wahrscheinliche, das Plausible, das Mögliche“ geht[72] ; hier kommt man eben mit logischen Ableitungen nicht weiter und wenn dann noch das Politische dazu kommt, wie in Gestalt des *favor dotis*, hört sich die Logik ganz schnell auf. Sobald aber das Recht sich gefestigt hat, die politischen Entscheidungen also gefallen sind, ist es möglich, nüchtern Schlüsse zu ziehen. Es ist ein Privileg dessen, der in einem gefestigten System sich bewegt, daß er die Kämpfe um die Koordinaten des Systems getrost vergessen kann und sich für ‚unpolitisch’ halten darf – und damit auch für arhetorisch[73]. Auf Worten kann man sich eben – anders als auf Bajonetten – auch ausruhen.

Begreift man die Rhetorik als eine Form von Hermeneutik, sind Redekunst und Rechtsidee aufeinander bezogen: Das Recht entsteht aus der dialektischen Beziehung von Rede und Gegenrede, mag die Intention der Opponenten idealistisch oder parteisch sein. Die „Rechtsidee“ von der Flume sprach fände so gesehen ihre Ausformung und Verwirklichung durch den ebenso einfachen wie bedeutsamen Grundsatz, daß man den Willen des anderen nur mit Gründen überwinden kann[74].

---

[61] So W. Ernst Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Das Proprium der Rechtswissenschaft, hrsg. v. Ch. Engel u. W. Schön (Tübingen 2007) 3, 22, unter Verwendung eines von auch Flume gelegentlich gebrauchten Ausdrucks, z.B. W. Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung, in: Fs. R. Smend zm 70. Geburtstag (Göttingen 1952) 59; als Separatum 1952 erschienen und 1986, hrsg. v. B. Knobbe-Keuk.

[62] M. Bretone, Ius controversum nella giurisprudenza classica, in Atti della Accademia nazionale dei Lincei, Classe di scienze morali, storiche e filologiche, Serie IX, Volume XXIII, Fascicolo 3 (Roma 2008) 760, weist auch zu Recht darauf, daß der Dialog untrennbar zum Prozeß der juristischen Wahrheitsfindung gehört.

[63] U. Babusiaux, Papinians Quaestiones – Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen, (München 2011), 13-15.

[64] Papinians Quaestiones cit. 265 f.

[65] J. Christes, s.v. “Schule”, in Der Neue Pauly, hrsg. v. H. Cancik, H. Schneider et al., Bd. 11 (Stuttgart 2001) 572; A. Corbeill, Rhetorical Education and Social Reproduction in the Republic and Early Empire, in A Companion to Roman Rhetoric, hrsg. v. J. W. Dominik, J. Hall (London 2007) 69 ff.; Wieacker, Rechtsgeschichte I cit. 668, der auch darauf hinweist, daß natürlich auch die Redner Rechtskenntnisse hatte: Cicero ist das bedeutendste Beispiel

[66] Th. Fögen, Wissen, Kommunikation und Selbstdarstellung. Zur Struktur und Charakteristik römischer Fachtexte der frühen Kaiserzeit (München 2009) *passim*.

[67] Hierzu E. Gellner, Words and Things (London 1959) *passim*.

[68] Quint. Inst. Or. 2, 20. Ausführlich zu dieser Frage V. Scarano Ussani, Romanus sapiens and civilis vir – Quintilian’s theory of the orator acting for the benefit of the imperial power, in: in: Quintlian and the law – The art of persuasion in law and politics, hrsg. v. O. Tellegen-Couperus (Leuven 2003) 287 ff.

[69] Hierzu mit besonderem Bezug auf Quintilian W. J. Witteveen, The jurisprudence of Quintilian, in: Quintlian and the law – The art of persuasion in law and politics, hrsg. v. O. Tellegen-Couperus (Leuven 2003) 303, 305 ff.

[70] Zum besonders starken dialektischen Charakter des *genus iudiciale* Lausberg, Rhetorik cit. § 63.

[71] “Hard cases make bad law”, sagt man im common law.

[72] Ch. Perelman/L. Olbrechts-Tyteca, La nouvelle rhétorique – Tratié de l’argumentation (Paris 1958) 1 und passim.

[73] Zur Möglichkeit reiner, d.h. apolitisch und arhetorischer Deduktion MacCormick, Rhetoric cit. 49 ff. Siehe hierzu auch aus einer generellen Perspektive Th. Kuhn, The Structure of scientific Revolutions (London 1962) *passim*.

[74] Hierzu in bezug auf das röm. Recht J. Stagl, Da ”qualcosa” a “qualcuno”, da “qualcuno” a “qualcosa”. Percorsi esatti ed errati del concetto di persona, in: Pierangelo Buongiorno u. Sebastion Lohsse (Hg.), Fontes Iuris. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten (Lecce, 30-31 marzo 2012), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2013, S. 87-122.

Der Kaiser von Österreich als Oberster Kriegsherr 1867–1918 (The Emperor of Austria as Supreme Commander 1867–1918)

*Christoph Schmetterer**

Abstract

After the "Ausgleich" of 1867 the Austro-Hungarian army got a complicated structure. Eventually the army was divided in three parts: the common army, the "Landwehr" in the Austrian half of the empire and the "Honved" in the Hungarian half. The emperor was commander-in-chief of all parts of the army. Regarding the common army the emperor could retain substantial prerogatives. His orders were not countersigned by a minister. For the administration of the "Landwehr" and the "Honved" though the countersignature of a minister was necessary.

Key words: *Austro-Hungarian monarchy; emperor; Austro-Hungarian compromise of 1867; right of command; armed forces; prerogative.*

I. Einleitung

Das Jahr 1867 bedeutete für die Entwicklung der Habsburgermonarchie einen gravierenden Einschnitt. Dies galt in besonderem Maß auch für das Militärwesen, das durch den Ausgleich eine besonders komplexe rechtliche und faktische Struktur erhielt.[1]

Grundsätzlich blieb das Kriegswesen auch nach 1867 eine gemeinsame pragmatische Angelegenheit,[2] für die gemeinsame Organe zuständig waren. Für die Gesetzgebung in pragmatischen Angelegenheiten war in § 15 des österreichischen Delegationsgesetzes vorgesehen gewesen, dass diese durch übereinstimmende Beschlüsse der beiden Delegationen und die Sanktion des Kaisers erfolgen sollte. Der ungarische Gesetzesartikel XII:1867 enthielt aber keine entsprechende Bestimmung. Die Tätigkeit der Delegationen beschränkte sich in der Praxis dann auf die Erstellung des Budgets für die pragmatischen Angelegenheiten, während die diesbezügliche Gesetzgebung durch paktierte Gesetze des österreichischen Reichsrats und des ungarischen Reichstags erfolgte. (Diese Praxis widersprach freilich nicht nur § 15 des Delegationsgesetzes, sondern auch § 11, 1. Satz des Grundgesetzes über die Reichsvertretung in der novellierten Fassung von 1867,[3] der die gemeinsamen Angelegenheiten ausdrücklich aus der Zuständigkeit des cisleithanischen Reichsrats ausnahm.) Die Verwaltung der pragmatischen Angelegenheiten erfolgte durch die gemeinsamen Minister.[4]

Ein Bereich, nämlich die Festsetzung des Wehrsystems, war in den beiden Ausgleichsgesetzen aber als dualistische Angelegenheit ausgestaltet.[5] Für die Behandlung der dualistischen Angelegenheiten wurden zwischen den beiden Reichshälften periodisch gemeinsame Grundsätze vereinbart. Diese Grundsätze wurden dann aber jeweils von Organen der beiden Reichshälften (und nicht von gemeinsamen Organen) umgesetzt. Die Gesetzgebung erfolgte (auch) hier durch paktierte Gesetze der jeweiligen Vertretungskörper (konkret durch die Wehrgesetze[6]), die Verwaltung durch die österreichische und die ungarische Regierung.

Schließlich gab es im militärischen Bereich auch noch autonome Angelegenheiten, die jede Reichshälfte für sich, unabhängig von der anderen regeln konnte. Diese Angelegenheiten ergaben sich im Umkehrschluss aus der Aufzählung in § 1 lit.b des Delegationsgesetzes:

In Cisleithanien musste schließlich noch differenziert werden, welche Vertretungskörperschaften in dualistischen und autonomen Angelegenheiten (mit dem Kaiser gemeinsam) für die Gesetzgebung zuständig war: der Reichsrat oder die Landtage.

* Dr. iur., Dr. phil. Christoph Schmetterer ist Mitarbeiter der Kommission für Rechtsgeschichte an der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, Republik Österreich.

1 Dazu vor allem Karin OLECHOWSKI-HRDLICKA, Die gemeinsamen Angelegenheiten der Österreichisch-Ungarischen Monarchie. Vorgeschichte – Ausgleich 1867 – Staatsrechtliche Kontroversen (= Rechtshistorische Reihe 232, Frankfurt am Main 2001) 265–290 mit zahlreichen weiteren Nachweisen und Ivan ZOLGER, Die staatsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915–16) 525–615.

2 § 1 lit. b Delegationsgesetz (DG), RGBl. 145/1867.

3 RGBl. 141/1867.

4 § 5 DG.

5 § 2 DG.

6 Wehrgesetz 1868 (RGBl. 151/1868), Wehrgesetz 1889 (RGBl. 41/1889), Wehrgesetz 1912 (RGBl. 128/1912).

Das richtete sich nach der Kompetenzverteilung in § 13 des Grundgesetzes über Reichsvertretung in der novellierten Fassung von 1867.[7]

Ab 1868 wurde dann auch der tatsächliche Aufbau der Bewaffneten Macht dem Ausgleich entsprechend umgestaltet: Neben die bereits bestehende gemeinsame k.k. (ab 1889 k.u.k.) Armee trat in der ungarischen Reichshälfte die magyar kiralyi Honved (königlich ungarische Landwehr)[8] und in der österreichischen Reichshälfte die k.k. Landwehr.[9] Diese Struktur war ein Kompromiss zwischen dem ungarischen Wunsch, die Armee überhaupt zu teilen, und Franz Josephs Beharren auf einer gemeinsamen Armee. Die Honved war also der Ersatz für eine eigene ungarische Armee und aus Sicht des Kaisers das kleinerer Übel. Die cisleithanische Landwehr wurde hingegen primär aus Gründen der Parität zwischen den beiden Reichshälften geschaffen. Ganz bewusst erhielten Landwehr und Honved zunächst (bis 1912) weder Artillerie noch technische Truppen. Damit sollte verhindert werden, dass die Honved von ungarischer Seite als autonome Armee gegen den Rest der Monarchie eingesetzt werden könnte (wie es 1848/49 tatsächlich geschehen war).[10]

Die komplexe Struktur, die das Kriegswesen durch den Ausgleich erhalten hatte, führte dazu, dass es in Österreich-Ungarn bis 1918 drei Ministerien gab, die für militärische Angelegenheiten zuständig waren. Insoweit das Militär eine pragmatische Angelegenheit war, war das k.u.k. gemeinsame Kriegsministerium zuständig, das zumindest in Cisleithanien bis 1912 als Reichskriegsministerium bezeichnet wurde.[11] Für die dualistischen und autonomen Angelegenheiten innerhalb des Militärwesens waren hingegen die Landesverteidigungsministerien der beiden Reichshälften zuständig.[12]

II. Der militärische Oberbefehl als Prärogative des Kaisers

1. Die Entwicklung bis 1867

Im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts waren die Prärogative des Monarchen jene Bereiche, in denen dieser die Staatsgewalt trotz Verfassung persönlich ausüben konnte, ohne dabei an die Gegenzeichnung eines Ministers gebunden zu sein.[13]

In den Verfassungen und Verfassungsentwürfen von 1848/49 waren keine ausdrücklichen Regelungen über monarchische Prärogativen enthalten. Die Pillersdorfsche Verfassung normierte zwar keine Prärogativen des Kaisers, schloss diese aber auch nicht ausdrücklich aus.[14] Genau das war hingegen in § 41 des Kremsierer Entwurfs[15] vorgesehen, nach dem alle Kompetenzen des Kaisers abschließend in der Verfassung umschrieben sein sollten.[16] Im Gegensatz zur Pillersdorfschen Verfassung enthielt der Kremsierer Entwurf auch ausdrückliche Bestimmungen über den militärischen Oberbefehl und die Bewaffnete Macht überhaupt. § 45 legte fest:

„Der Kaiser […] führt den Oberbefehl über die Land- und Seemacht."

Der militärische Oberbefehl des Kaisers war hier gemeinsam mit anderen Kompetenzen des Kaisers genannt und sollte eindeutig nicht anders behandelt werden als andere Befugnisse. Somit sollte auch für den militärischen Oberbefehl des Kaisers die Vorschrift des § 44 gelten, die jegliche Regierungsakte des Kaisers an die Gegenzeichnung eines Ministers band:

„Kein Regierungsact des Kaisers hat Kraft, wenn er nicht von einem Minister gegengezeichnet ist. Die Gegenzeichnung macht den Minister für diesen Act verantwortlich."

Der Kremsierer Entwurf ließ somit keinen Raum für die Annahme kaiserlicher Prärogativen im militärischen Bereich.

Die Oktroyierte Märzverfassung[17] enthielt – ebenso wie die Pillersdorfsche Verfassung – keine eindeutigen Regelungen über Prärogativen des Kaisers, schloss diese aber auch nicht aus wie der Kremsierer Entwurf. § 15 bestimmte bezüglich des militärischen Oberbefehls:

„Der Kaiser führt den Oberbefehl über die gesamte bewaffnete Macht entweder persönlich oder durch seine Feldherren."

Das Erfordernis der Gegenzeichnung kaiserlicher Verfügungen wurde erst im zweiten Satz des § 18 genannt:

„Jede Verfügung bedarf der Gegenzeichnung eines verantwortlichen Ministers."

---

7 Landessache waren Vorspannleistungen, Verpflegung und Einquartierung und in Tirol und Vorarlberg auch die Regelung des Landesverteidigungsinstituts und des Schießstandwesens, Ferdinand SCHMID, Heerwesen, in: Ernst MISCHLER, Josef ULBRICH (Hgg.), Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten öffentlichen österreichischen Rechts, Bd. 2 (Wien ¸1906) 736- 791, hier 738; zur Kompetenzverteilung generell siehe Hans KELSEN, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv für Öffentliches Recht 32 (1914) 202–245, 390–425; Christoph SCHMETTERER, Die Kompetenzverteilung in Österreich 1867–1925, in Janwillem OOSTERHUIS, Emanuel VAN DONGEN (Hgg.), Integration or Disintegration 191–206.

8 Zur Honved siehe Tibor PAPP, Die königlich ungarische Landwehr (Honved) 1868 bis 1914, in: Adam WANDRUSZKA, Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. V: Die Bewaffnete Macht (Wien 1987) 634–686.

9 Walter WAGNER, Die k.(u.)k. Armee. Gliederung und Aufgabenstellung, in: Adam WANDRUSZKA, Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. V: Die Bewaffnete Macht (Wien 1987) 142–633, hier 417–430.

10 Johann Christoph ALLMAYER-BECK, Die Bewaffnete Macht in Staat und Gesellschaft, in: Adam WANDRUSZKA, Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. V: Die Bewaffnete Macht (Wien 1987) 1–141, hier 81–87.

11 Zum Kriegsministerium Walter WAGNER, Geschichte des k.k. Kriegsministeriums, 2 Bde. (= Studien zur Geschichte der österreichisch-ungarischen Monarchie 5, 10, Graz–Wien–Köln 1966, 1971) und DERS., k.(u.)k. Armee 351–372.

12 WAGNER, k.(u.)k. Armee 417–418.

13 Zur Entwicklung der Prärogative siehe Friedrich TEZNER, Der Kaiser (Wien 1909) 11–15; Ernst Rudolf HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III: Bismarck und das Reich (Stuttgart 1963) 11–18.

14 JGS. 49/1848.

15 Edmund BERNATZIK (Hg.), Die österreichischen Verfassungsgesetze mit Erläuterungen(Wien ¸1911) Nr. 39.

16 Lediglich die Bestimmung des § 54 über das Münzrecht („Der Kaiser allein hat das Recht, nach den Bestimmungen des Gesetzes Münze schlagen zu lassen.") hätte unter Umständen als Prärogative des Kaisers verstanden werden können.

17 RGBl. 150/1849.

Diese Formulierung war wesentlich weniger scharf als die des vergleichbaren § 44 im Kremsierer Entwurf. Insbesondere war anders als im Kremsierer Entwurf nicht ausdrücklich vorgesehen, dass kaiserliche Verfügungen ohne Gegenzeichnung gar nicht gültig sein sollten. Die Oktroyierte Märzverfassung schrieb zwar vor, dass kaiserliche Verfügungen von einem Minister gegengezeichnet werden sollten. Sie ließ aber offen, was die Folge der fehlenden Gegenzeichnung sein sollte. Eine Ungültigkeit der kaiserlichen Verfügung war jedenfalls nicht festgeschrieben. Außerdem wurde – wohl bewusst – offengelassen, worauf sich das Erfordernis der Gegenzeichnung (und die damit verbundene rechtliche Ministerverantwortlichkeit) genau beziehen sollte. Der Text und die Anordnung der Bestimmungen ließen diesbezüglich viele Möglichkeiten offen: Von einer betont engen Interpretation, welche die verpflichtende Gegenzeichnung überhaupt nur auf den ersten Satz des § 18 bezogen hätte,[18] bis hin zu einer umfassenden Auffassung, nach der ausnahmslos jeder Regierungsakt des Kaisers der Gegenzeichnung eines Ministers bedurft hätte. Auffällig bleibt jedenfalls, dass einerseits die verpflichtende Gegenzeichnung nicht in direktem Zusammenhang mit dem militärischen Oberbefehl genannt wurde und andererseits bezüglich des Oberbefehls das persönliche Element ausdrücklich betont wurde.

Nicht einmal zwei Monate nachdem er die Oktroyierte Märzverfassung erlassen hatte richtete Franz Joseph am 30. April 1849 ein Handschreiben an Kriegsminister Cordon über die Ausübung des militärischen Oberbefehls:

„Lieber Freiherr v. Cordon!"

Kraft des Mir zustehenden verfassungsmäßigen Rechtes übernehme Ich selbst die Ausübung des Oberbefehls über meine sämmtlichen Heere und finde demgemäß diejenigen Punkte zu bezeichnen, über welche ich Mir ausschließlich die Entscheidung vorbehalten wissen will, und zwar:

Alle größeren Truppenbewegungen aus einem General-Commando in das andere, kleinere Aenderungen in den Truppen-Dislocationen, welche dringende Umstände erheischen, sind für Mich nachträglich sogleich zur Kenntnis zu bringen. Da ich in meiner obgedachten Eigenschaft die Aufrechterhaltung der bestehenden, rein militärischen Normen und Reglements Meine besondere Sorgfalt widmen werde, so können grundsätzliche Abänderungen dieser Vorschriften auch nur von Mir ausgehen, die Personalien von Stabs-Officieren aufwärts nach den Anträgen Derjenigen, welche bisher hiezu befugt waren, oder nach meiner eigenen Selbstbestimmung.

In Betreff der Ernennung, Anstellung, Pensionierung und desgleichen der Generalle, werde Ich Mich mit den commandirenden Generalen der Armee im Felde und mit jenen in den Ländern, welche die hier allein maßgebende Befähigung competent zu beurtheilen in der Lage sind, direct in Verbindung setzen und dann nach Meiner Ueberzeugung[19] entscheiden. […][20]

Interessant ist, dass sich der junge Kaiser in seinem Handschreiben ausdrücklich auf seine „verfassungsmäßigen Rechte" berief. Es zeigt also, wie er die Verfassung verstand und verstanden haben wollte. Es betonte noch wesentlich stärker als die Verfassung das persönliche Element im militärischen Bereich. Die Frage der Gegenzeichnung wurde in diesem Handschreiben aber nicht behandelt. Tatsächlich ergingen alle militärischen Anordnungen des Kaisers ohne Gegenzeichnung des Kriegsministers. Die von der Oktroyierten Märzverfassung offengelassene Frage, ob das Kriegswesen eine Prärogative des Kaisers war, wurde von der Praxis also bejaht.[21]

Nachdem die nie umgesetzte Märzverfassung durch die Augusterlässe[22] ausgehöhlt und durch die Sylvesterpatente[23] endgültig aufgehoben wurde, stellte sich diese Frage nicht mehr. Der Kaiser war wieder absoluter Herrscher in allen Bereichen und musste sich extrakonstitutionelle Gewalten nicht mehr für einzelne Prärogativen vorbehalten. Die zögerliche Rückkehr zum Konstitutionalismus 1860/61 brachte keine Änderungen bezüglich des militärischen Oberbefehls. Das Oktoberdiplom und das Februarpatent regelten im Wesentlichen nur Fragen der Gesetzgebung. Mit der Ministerverantwortlichkeit und dem Erfordernis der Gegenzeichnung für kaiserliche Verfügungen beschäftigen sie sich nicht – weder allgemein, noch speziell bezüglich des militärischen Bereichs. Es blieb dabei, dass der Kaiser in der Ausübung des allerhöchsten Oberbefehls nicht an die Gegenzeichnung eines verantwortlichen Ministers gebunden war. Obwohl sich an den Kompetenzen des Kaisers nichts änderte, änderte sich dennoch deren Einordnung in das verfassungsrechtliche System. Von 1852 bis 1860 waren die Ausfluss eines allgemeinen Absolutismus, nach 1860 waren sie monarchische Prärogative in einem doch wieder konstitutionellen System. Weder das Oktoberdiplom noch das Februarpatent erwähnten Prärogativen des Kaisers. Die Annahme von Prärogativen ließ sich aber leicht mit beiden Dokumenten vereinbaren, weil ja beide gerade nicht den Anspruch stellten, eine umfassende Verfassung zu sein, welche die Staatsordnung abschließend regelte.

2. Die Rechtslage ab 1867

Erst die Dezemberfassung von 1867 erhob diesen Anspruch einer umfassenden Verfassung wieder, wenn auch nur in Ansätzen; immerhin war auch die Dezemberverfassung eben keine einheitliche Verfassungsurkunde, sondern die Kombination von mehreren (Staatsgrund-)Gesetzen, die einzelne Aspekte der Verfassungsordnung regelten. Die Dezemberverfassung enthielt dementsprechend auch keine Bestimmung, die dem § 41 des Kremsierer Entwurfs vergleichbar gewesen wäre. Es war also nicht vorgesehen, dass alle Kompetenzen des Kaisers zwingend in der Verfassung festgeschrieben sein mussten. Damit blieb grundsätzlich Raum für die Annahme von in der Verfassung

[18] „Der Kaiser verkündet die Gesetze und erläßt die bezüglichen Verordnungen."
[19] Unterstreichung im Original.
[20] L. K. NOLSTON [= Leopold KOHN], Kaiserworte (Wien 1898) 8.
[21] Friedrich MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des Obersten Kriegsherrn. Studie zum deutschen Staatsrecht (Berlin 1911) 309–310.
[22] RGBl. 194–197/1851.
[23] RGBl. 1–4/1852.

nicht genannten Prärogativen des Kaisers. Für den militärischen Bereich waren die kaiserlichen Prärogativen sogar im Verfassungstext verankert, konkret in § 5 des Delegationsgesetzes. Diese Bestimmung legte in ihrem ersten Satz zunächst fest:

„Die Verwaltung der gemeinsamen Angelegenheiten wird durch ein gemeinsames verantwortliches Ministerium besorgt, welchem jedoch nicht gestattet ist, nebst den gemeinsamen Angelegenheiten auch die besonderen Regierungsgeschäfte einer der beiden Reichstheile zu führen."

Der zweite Satz enthielt dann eine Ausnahme von dieser Regel:

„Die Anordnungen in Betreff auf Leitung, Führung und inneren Organisation der gesammten Armee stehen ausschließlich dem Kaiser zu."[24]

Diese Bestimmung wurde – wohl in Übereinstimmung mit der Absicht des historischen Gesetzgebers[25] – von der österreichischen Staatsrechtslehre als positivrechtliche Verankerung von Prärogativen des Kaisers verstanden.[26] Probleme bereitete allerdings die Abgrenzung von jenen Bereichen des Kriegswesens, deren Regelung eine alleinige Kompetenz des Kaisers war, und jenen, die das nicht waren.

Die herrschende Lehre in Deutschland und Österreich unterschied im militärischen Bereich zwischen Oberbefehl einerseits und Militärverwaltung andererseits. Dabei wurde der militärische Oberbefehl als Prärogative des Monarchen verstanden, für deren Ausübung keine Gegenzeichnung nötig war, während diese in der Militärverwaltung sehr wohl erforderlich war. Diese Lehre wurde – mit der Ausnahme einer diesbezüglichen Monographie von Marschall von Bieberstein – kaum in Zweifel gezogen. Hingegen bestand keine Einigkeit darüber, nach welchem theoretischen Kriterium diese beiden Bereiche voneinander abgegrenzt werden konnten.

Ein vorgeschlagenes Abgrenzungskriterium war die Unterscheidung zwischen (gegenzeichnungspflichtigen) Akten, die der Herrscher als Staatsoberhaupt vornahm, und solchen, die er als oberster Offizier der Armee vornahm; letztere sollten nicht gegenzeichnungspflichtig sein. Eine andere Überlegung war, Befehle von Verordnungen zu unterscheiden. Befehle sollten dabei Anordnungen im Einzelfall sein, Verordnungen hingegen allgemeine Regeln enthalten, wobei die Gegenzeichnung für Befehle nicht erforderlich sein sollte, für Verordnungen aber schon. Schließlich wurde auch vorgeschlagen, zwischen Anordnungen, die sich unmittelbar auf die militärische Aktion beziehen, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, zu unterscheiden. Dabei sollten nur letztere der Gegenzeichnungspflicht unterworfen sein.[27]

Marschall von Bieberstein konstatierte in seiner Monographie zu diesem Thema, dass keiner dieser Abgrenzungsversuche ein wirklich trennscharfes theoretisches Kriterium für die Unterscheidung von Oberbefehl und Militärverwaltung bieten konnte. Er kam zu dem Ergebnis, dass es ein solches eindeutiges Kriterium schlichtweg nicht gab. Die einzelnen Theorien zur Abgrenzung waren seiner Meinung nach nur (untaugliche) Versuche, eine bestehende Praxis zu erklären.[28]

Aus der Tatsache, dass es kein eindeutiges theoretisches Abgrenzungskriterium gab, leitete Marschall von Bieberstein in einer durchaus begriffsjuristischen Weise ab, dass es juristisch keinen Unterschied zwischen Oberbefehl und Militärverwaltung gab. Seiner Meinung nach mussten in der konstitutionellen Monarchie auch alle militärischen Anordnungen des Monarchen ausnahmslos von einem Minister gegengezeichnet werden. Im militärischen Bereich bestehe aber – so Marschall von Bieberstein – ein ganz besonders striktes Unterordnungsverhältnis; ein militärischer Befehlsempfänger müsse einen Befehl befolgen und könne dessen Rechtmäßigkeit nicht überprüfen. Daher bleibe es im militärischen Bereich folgenlos, wenn eine Anordnung des Monarchen ohne Gegenzeichnung erfolge – obwohl an sich auch hier die Gegenzeichnung nötig gewesen wäre.

Marschall von Bieberstein bezog auch Österreich-Ungarn ausdrücklich in seine Überlegungen mit ein. Er war offenbar der Auffassung, dass seine Theorie auf alle konstitutionellen Monarchien deutschen Typs anwendbar sei. In einer Weise, die für die begriffsjuristisch geprägte Staatsrechtslehre des ausgehenden 19. und frühen 20. Jahrhunderts typisch ist, ließ er sich dabei von den Details des positiven Verfassungsrechts nur wenig irritieren. Er schrieb nämlich:

„In diesem Punkt ist nichts zu wenden und zu deuteln, an dem Verfassungswort, das klipp und klar alle Regierungsakte der Gegenzeichnung und Verantwortlichkeit unterwirft."[29]

---

[24] Diese Bestimmung war (wie die ersten sechs Paragraphen des Delegationsgesetzes überhaupt) im Regierungsentwurf noch nicht enthalten. Im Entwurf des Subcomités des Verfassungsausschusses waren die Prärogativen des Kaisers noch nicht in § 5, sondern in § 6 angeführt gewesen:
„Alle Verfügungen in gemeinsamen Angelegenheiten mit Ausnahme der reinen Verwaltungsmaßregeln und der Anordnungen in betreff der Leitung, Führung und inneren Organisation der gesamten Armee, welch letztere ausschließlich dem Kaiser zustehen, bedürfen der Zustimmung der beiden Vertretungskörper (des Reichsrates und des ungarischen Reichstages), welche ihr Recht bis auf weiteres mittelst von ihnen zu entsendenden Delegationen ausüben." (Barbara HAIDER, Die Protokolle des Verfassungsausschusses des Reichsrates vom Jahre 1867 (Wien 1997) 249, Anm. 8). Der Gesetzesentwurf des Verfassungsausschusses enthielt dann aber bereits jene Textierung des § 5, die schließlich auch in das Gesetz aufgenommen wurde. (OLECHOWSKI-HRDLICKA, Gemeinsame Angelegenheiten 264) Bei den Beratungen im Abgeordnetenhaus und im Herrenhaus wurde die Bestimmung des § 5 weder speziell diskutiert noch abgeändert.

[25] Da der § 5 im Gesetzgebungsprozess praktisch gar nicht diskutiert wurde, lassen sich die Intentionen des historischen Gesetzgebers nicht mehr eindeutig zu eruieren. Die Annahme einer Prärogative ist aber die einzige naheliegende Interpretation dieser Bestimmung. Um dem Gesetzgeber des Jahres 1867 eine andere Absicht unterstellen zu können, müsste es konkrete und gewichtige Anhaltspunkte geben, und die gibt es eben nicht.

[26] Z.B. Hans von FRISCH, Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate (Berlin 1904) 356–365; Ferdinand SCHMID, Das Heeresrecht der österreichisch-ungarischen Monarchie (Wien 1903) 11; Josef ULBRICH, Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts (Berlin 1883) 763.

[27] Dazu ausführlich MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, Verantwortlichkeit 46–83.

[28] MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, Verantwortlichkeit 369–370.

[29] MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, Verantwortlichkeit 590.

Was dann der Sinn des § 5 des Delegationsgesetzes sein sollte, ließ er offen.[30]

In der österreichischen Lehre wurde die Unterscheidung von Oberbefehl und Militärverwaltung nicht so grundsätzlich in Frage gestellt, wie Marschall von Bieberstein das tat. Hingegen stellte sich die Frage, was konkret und praktisch unter Leitung, Führung und innerer Organisation der Armee zu verstehen sei. Vor allem die innere Organisation wäre nach den beschriebenen (deutschen) Theorien zur Abgrenzung wohl eher in den Bereich der Militärverwaltung als in den Oberbefehl. Somit waren die militärischen Prärogativen, die dem Kaiser in § 5 Abs. 2 des Delegationsgesetzes eingeräumt wurden, im Vergleich besonders umfangreich, und ließen zumindest bezüglich der gemeinsamen Armee praktisch keine Raum für eine Militärverwaltung jenseits der kaiserlichen Prärogativen. Nach Ulbrich waren folgende Bereiche Prärogativen des Kaisers:

„a) Das gesammte Herr und dessen einzelne Abteilungen und Glieder sind zum unbedingten Gehorsam gegen den Monarchen verpflichtet. Es wird daher von den Personen der bewaffneten Macht die Leistung des die Gehorsams- und Treupflicht bekräftigenden Fahneneides verlangt.

b) Er ernennt, befördert, pensionirt und entlässt die Offiziere. Ebenso erfolgt die Diensteintheilung derselben durch den Befehl des Kaisers.

c) Die Bestimmung der Friedens-und Kriegsformation des Heeres und die Zusammensetzung der Kriegsmarine gehört gleichfalls zu den Rechten des Oberbefehles. Eine Begrenzung findet dieses Recht dadurch, dass das zur Erneuerung des Heeres jährlich auszuhebende Rekrutenkontingent sowie der Maximalbestand des Heeres gesetzlich bestimmt ist. […]

d) Ferner liegt im Oberbefehle das Dislokationsrecht, d.h. das Recht die Garnisonen der einzelnen Truppenkörper zu bestimmen.

e) Der Monarch hat das Recht, sich persönlich oder durch Stellvertreter von der Vollständigkeit und Kriegstüchtigkeit aller Truppenkörper des Heeres zu überzeugen. Zu diesem Zweck ernennt der Monarch den ihm allein verantwortlichen Generalinspektor des Heeres.

f) Der Monarch hat das Recht, die kriegsbereite Aufstellung (Mobilisierung) der Kriegsmacht anzuordnen und zu diesem Zwecke die Reserven und die Landwehr einzuberufen. Rücksichtlich der Landwehr ist aber dieser Befehl von dem Landesverteidigungsminister zu kontragsignieren […].

g) Endlich gehört die Regelung des Pflichtenkreises der Militärpersonen und der Disciplin in der Armee zu den Rechten des höchsten Kriegsherrn.“[31]

Dabei handelte es sich nicht um eine theoretische Abgrenzung, sondern um eine reine Aufzählung jener Bereiche, die in der Praxis durch Anordnungen des Kaisers ohne Gegenzeichnung geregelt wurden.

In vollem Umfang waren diese Prärogativen nur auf die gemeinsame Armee anwendbar. Bezüglich der Landwehren galten wesentliche Einschränkungen. Ursprünglich wurde die innere Organisation der Landwehr im Landwehrgesetz geregelt;[32] von 1883 bis 1918 konnte der Kaiser dann aber auch die Organisation der Landwehr bestimmen.[33] Die Mobilmachung der Landwehr konnte zwar nur der Kaiser anordnen, aber dazu war – anders als bei der gemeinsamen Armee – die Gegenzeichnung eines Ministers, konkret des Landesverteidigungsministers erforderlich.[34] Schließlich war zwischen 1869 und 1893 für jede Verwendung der Landwehr außerhalb der cisleithanischen Reichshälfte ein eigenes Gesetz erforderlich.[35] Auch in der Landwehr wurde allerdings zwischen Oberbefehl und Militärverwaltung unterschieden. Die Militärverwaltung wurde vom Landesverteidigungsminister durchgeführt, der dafür dem Reichsrat (rechtlich) verantwortlich war,[36] der Oberbefehl über die Landwehr wurde im Frieden hingegen vom Landwehr-Oberkommandanten ausgeübt, der gegenüber der Volksvertretung nicht verantwortlich war.[37] Allerdings waren die konkreten Grenzen zwischen beiden Bereichen eben anders gezogen als bei der gemeinsamen Armee.

Diese Einschränkungen der monarchischen Prärogativen bezüglich der Landwehr (und der Honved) entsprachen der besonderen Kompetenzverteilung in der Doppelmonarchie. Die Grundregel im ersten Absatz des § 5 Delegationsgesetz bezog sich nur auf pragmatische-gemeinsame Angelegenheiten. Daher konnte sich auch die Ausnahmeregel des zweiten Absatzes nur auf gemeinsame Angelegenheiten, also die gemeinsame Armee, beziehen und nicht auf autonome Angelegenheiten, zu denen Landwehr und Honved zählten. Für die beiden Landwehren waren die Regelungen in den entsprechenden Gesetzen der beiden Reichshälften enthalten, die eben weit weniger ausgeprägte Prärogative des Monarchen vorsahen bzw. zuließen. Dies zeigt

[30] Interessanterweise meinte auch BERNATZIK, Verfassungsgesetze 695, dass diese Bestimmung „gewohnheitsrechtlich“ so interpretiert werde, dass eine Gegenzeichnung in diesen Angelegenheiten nicht erforderlich sei. Auch hier bleibt die Frage unbeantwortet, was nach Bernatziks Auffassung der eigentliche Sinn dieser Bestimmung, abgesehen von ihrer gewohnheitsrechtlichen Interpretation gewesen sein soll. Weiters meinte Bernatzik: „Trotzdem ist der Kriegsminister für alle Angelegenheiten der stehenden Armee ‚verantwortlich‘ (sonst wäre er überhaupt kein ‚Minister‘ mehr), natürlich nicht vor den beiden Parlamenten, sondern vor den Delegationen“. Was Bernatzik in diesem Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit des Kriegsministers meinte, führte er nicht näher aus. Am plausibelsten erscheint, dass er sich hier auf Anordnungen bezog, die Kriegsminister im eigenen Namen erließ. In jedem Fall war eine allfällige Verantwortlichkeit des Kriegsministers jedenfalls eine theoretische, weil das Ausführungsgesetz über die Verantwortlichkeit der gemeinsamen Minister nie erlassen wurde; BERNATZIK, Verfassungsgesetze 447.

[31] ULBRICH, Lehrbuch 765.

[32] § 7 Landwehrgesetz 1869 (RGBl. 68/1869);

[33] § 1 Landwehrgesetz 1883 (RGBl. 87/1883); § 2 Landwehrgesetz 1893 (RGBl. 200/1893); § 5 Landwehrgesetz 1912 (RGBl. 129/1912).

[34] § 2 Landwehrgesetz 1869; § 19 Landwehrgesetz 1883; § 12Landwehrgesetz 1893; § 2 Landwehrgesetz 1912.

[35] § 3 Landwehrgesetz 1869; § 19 Landwehrgesetz 1883.

[36] § 17 Landwehrgesetz 1883; § 10 Landwehrgesetz 1893; § 6 Landwehrgesetz 1912.

[37] § 18 Landwehrgesetz 1883; § 11 Landwehrgesetz 1893; § 6 Landwehrgesetz 1912.

deutlich, dass es keine eindeutige und theoretisch einzig richtige Unterscheidung von Oberbefehl und Militärverwaltung gab; die Prärogativen des Monarchen ergaben in Österreich-Ungarn aus dem positiven Recht. Theoretisch bestand kein wesentlicher Unterschied zwischen der Mobilisierung der gemeinsamen Armee und jener der Landwehren. Nach der positiv-rechtlichen Regelung war aber in einem Fall einen Gegenzeichnung nicht nötig, im anderen hingegen schon.[38] Diese unterschiedlichen Regelungen hatten keine juristisch-systematischen, sondern politische Gründe.

Dass die Landwehr mehr in das konstitutionelle System eingebunden war als die gemeinsame Armee wurde auch an den jeweiligen Eiden deutlich. Während die Angehörigen der gemeinsamen Armee nur auf den Kaiser vereidigt wurden, schworen jene der Landwehr in ihren Eid auch Gehorsam „gegen die sanktionierten Gesetze unseres Vaterlandes".[39]

Tezner, der in vielen seiner Schriften die Einheit der Gesamtmonarchie betonte, meinte, dass die persönliche Ausübung des Oberbefehls durch den Kaiser ohne Gegenzeichnung angesichts des besonderen staatsrechtlichen Charakters der Monarchie eine spezifische Funktion hatte:

„Wenn § 5, Abs. 2 des Ges. v. 21. Dez. 1867, R. 146, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, welcher die Anordnungen im Betreff der Leitung und Führung und inneren Organisation der gesamten Armee ausschließlich dem Kaiser[40] zustehend erklärt, nicht mit Unrecht im Sinne der Ausschließung auch der Kontrasignatur der Heeresbefehle und Armeeverordnungen verstanden wird, so hat das seinen tieferen Grund in dem Bedürfnis nach Wahrung der staatsrechtlichen Einheitlichkeit der Heeresgewalt über die österreichisch-ungarische Armee, zu deren Verdunkelung die Gegenzeichnung dieser kaiserlichen Akte durch einen österreichischen und einen ungarischen Minister führen könnte."[41]

Was Tezner bei dieser Überlegung nicht bedachte, war, dass der gemeinsame Kriegsminister die Anordnungen des Kaisers bezüglich der gemeinsamen Armee gegengezeichnet hätte und gerade nicht die Minister der beiden Reichshälften. § 5 Delegationsgesetz bezog sich ja nur auf die gemeinsamen Angelegenheiten. Damit läuft seine Überlegung, dass die Einheitlichkeit der gemeinsamen Armee durch die Gegenzeichnung durch Minister zweier verschiedener Regierungen gefährdet wäre, ins Leere, weil hier auch bei einer verpflichtenden Gegenzeichnung nur ein Minister, nämlich der gemeinsame Kriegsminister zuständig gewesen wäre.

Aus ungarischer Sicht war es übrigens nicht so eindeutig wie aus österreichischer, dass dem Kaiser bezüglich der gemeinsamen Armee weitreichende Prärogativen zukamen. Der entsprechende § 11 GA XII lautete:

„Infolge der verfassungsmäßigen Herrscherrechte Sr. Majestät in Betreff des Kriegswesens wird all das, was auf die einheitliche Führung, Befehligung und innere Organisation der gesamten Armee, und somit auch des ungarischen Heeres als eines ergänzendes Teiles der Gesamtarmee, Bezug hat, als der Verfügung Sr. Majestät zustehend anerkannt."[42]

Die Wortfolge „verfassungsmäßige Herrscherrechte" wurde in Ungarn nach zunehmend 1900 so verstanden, dass alle Anordnungen des Monarchen auch in militärischen Angelegenheiten der Gegenzeichnung eines Ministers bedurften. In den Auseinandersetzungen um die Einheitlichkeit der gemeinsamen Armee am Beginn des 20. Jahrhunderts fasste die ungarische Seite ihre Forderungen 1903 in neun Punkten, dem sogenannten Neunerprogramm zusammen. Eine zentrale Forderung dieses Programms war die nach der ungarischen Kommando- und Dienstsprache für die ungarischen Truppenkörper der gemeinsamen Armee.[43] Im Zusammenhang mit dieser Forderung vertraten die Autoren des Neunerprogramms die oben beschriebene Auffassung. Der entsprechende Punkt 8 des Neunerprogramms lautete:

„Die Partei hält den Standpunkt aufrecht, daß es in der Befugnis des Königs steht, die Kommando- und Dienstsprache des einen integrierenden Teil desganzen Heeres bildenden ungarischen Heeres auf Grund der im § 11 des GA XII ex 1867anerkannten konstitutionellen Herrscherrechte zu bestimmen. Die politische Verantwortung[44] des Ministeriums erstreckt sich – wie auf jede Handlung der Krone – auch hierauf, und der gesetzmäßige Einfluß des Reichstages bleibt – wie hinsichtlich eines jeden konstitutionellen Rechts – auch diesbezüglich aufrecht. Diesen Zustand kann die Gesetzgebung – Krone und Reichstag gemeinschaftlich – abändern."[45]

Auf den ersten Blick erweckt diese Formulierung den Eindruck, nur den Status quo anzuerkennen, dass es Sache des Monarchen und nicht des Parlaments sei, die Kommando- und Dienstsprache in der Armee zu bestimmen. Im zweiten Satz wurde aber die Auffassung, dass es sich dabei um eine Prärogative des Monarchen handelt, ausdrücklich abgelehnt; überhaupt wurde für Ungarn die Existenz militärischer Prärogativen verneint; vielmehr postulierte das Neunerprogramm, dass auch für alle militärischen Angelegenheiten der gemeinsamen Armee die Gegenzeichnung eines Ministers der ungarischen Regierung[46] erforderlich sei. Diese Auffassung, dass für gemeinsame

[38] Dazu auch TEZNER, Kaiser 17.
[39] BERNATZIK, Verfassungsgesetze 696, 698.
[40] Im Original gesperrt.
[41] TEZNER, Kaiser 16–17.
[42] Deutsche Übersetzung bei BERNATZIK, Verfassungsgesetze Nr. 119.
[43] Grundsätzliches zur Sprachenfrage in der k.u.k. Armee bei ALLMAYER-BECK, Bewaffnete Macht 97–99.
[44] Der Begriff der politischen Verantwortung wird hier nicht im heutigen Sinn verwendet, vielmehr ist hier jene Form der Verantwortung gemeint, die heute als rechtliche Verantwortung bezeichnet wird, also die Möglichkeit der Ministeranklage.
[45] BERNATZIK, Verfassungsgesetze 706.
[46] Dass hier ein Minister der ungarischen Regierung gemeint war und nicht etwa der gemeinsame Kriegsminister ergibt sich aus dem Verweis auf die Verantwortlichkeit gegenüber dem ungarischen Reichstag.

pragmatische Angelegenheiten die Gegenzeichnung eines Ministers einer Rechtshälfte erforderlich sein sollte, widersprach dem Konzept des Ausgleichs völlig.[47]

Im Vorfeld der Bildung der Regierung Tisza formulierte Tisza diesen Punkt Ende Oktober 1903 folgendermaßen neu:

„Die Partei hält den Vorschlag aufrecht, daß dem Könige das Recht zusteht, die Kommando- und Dienstsprache der einen ergänzenden Teil der ganzen Armee bildenden ungarischen Armee, auf Grund der im § 11, Gesetzartikel XII vom Jahre 1867 anerkannten konstitutionellen Herrscherrechte, zu bestimmen."[48]

Diese Kompromissformulierung konnte die akute Krise um die Einheit der Armee im Jahr 1903 vorerst beenden. Die dahinterstehende staatsrechtliche Frage, die Interpretation des Begriffs der „verfassungsmäßigen Herrscherrechte" wurde dabei gerade nicht beantwortet. Ob das verfassungsmäßige Herrscherrecht bedeutete, dass Anordnungen des Monarchen von einem Minister der ungarischen Regierung gegengezeichnet werden musste, blieb damit theoretisch offen.[49] Die Praxis blieb aber unverändert, sodass es nicht zu einer Einschränkung der monarchischen Prärogativen kam.[50]

In jenen Bereichen, die Prärogativen des Kaisers waren, konnte dieser sowohl generelle Anordnungen treffen als auch individuelle Entscheidungen fällen.[51] Zahlreiche wichtige Vorschriften von den Exerzierreglements bis zu den Adjustierungsvorschriften ergingen aufgrund der kaiserlichen Prärogativen. Bezüglich der Militärgerichtsbarkeit war allerdings umstritten, ob deren Regelung eine Prärogative des Kaisers war.[52]

Eine besondere Form militärischer Anordnungen, die dem Kaiser ganz persönlich vorbehalten war, bildeten die Armeebefehle. Sie hatten besonders förmlichen Charakter, enthielten dafür aber in der Regel wenig normativen Inhalt, sondern eher grundsätzliche Erklärungen.[53] Berühmt ist etwa der Armeebefehl von Chlopy Franz Josephs vom 16. September 1903, indem er erklärte, dass er die Einheitlichkeit der Armee niemals aufgeben werde.[54]

Sonst bedeuteten die Prärogative des Kaisers nicht, dass dieser alle ihm vorbehaltenen Angelegenheiten persönlich erledigen musste; er war diesbezüglich nur nicht an die Gegenzeichnung eines Ministers gebunden.

Den Oberbefehl über eine kämpfende Armee übernahm Kaiser Franz Joseph überhaupt nur ein einziges Mal – und verlor 1859 die Schlacht von Solferino. Im ersten Weltkrieg schließlich ließ er sich nominell von Erzherzog Friedrich vertreten, wobei die tatsächliche Leitung der militärischen Operation bei Generalstabschef Conrad von Hötzendorf lag. Kaiser Karl übernahm den Oberbefehl dann wieder (nominell) persönlich.[55]

III. Die Stellung des Kaisers in sonstigen militärischen Angelegenheiten

1. Gesetzgebung und Verwaltung

Soweit militärische Angelegenheiten Prärogative des Kaisers waren, stand auch die Erlassung allgemeiner Vorschriften ausschließlich dem Kaiser zu. In den anderen militärischen Angelegenheiten (etwa bezüglich der Wehrpflicht[56]) unterschied sich die Gesetzgebung nicht von der Gesetzgebung in anderen Bereichen. Je nachdem, ob es sich um gemeinsame oder autonome Angelegenheiten handelte, erfolgte sie durch paktierte oder voneinander unabhängige Gesetze der beiden Reichshälften.[57]

Da die militärischen Angelegenheiten eine ausgesprochene Querschnittsmaterie waren, war in Cisleithanien für manche Bereiche der Reichsrat zuständig, während andere in den Wirkungskreis der Landtage fielen. Nach der zeitgenössischen Auffassung war der Gesetzgeber aber in beiden Fällen derselbe, nämlich der Kaiser – nur der zustimmungsberechtigte Vertretungskörper war jeweils ein anderer.[58]

Einen Sonderfall bildete – auch im militärischen Bereich – Bosnien-Herzegowina. Hier ergingen alle generellen Regelungen als kaiserliche Verordnungen – auch solche, für die in den beiden Reichshälften die Zustimmung der Volksvertretungen erforderlich war.[59]

---

[47] Der dritte Satz dieses Programmpunkts postulierte, dass der Kaiser als König von Ungarn und der ungarische Reichstag gemeinsam Regelungen über gemeinsame Angelegenheiten beider Reichshälften abändern konnten. Das Entscheidende in diesem Postulat wurde nicht explizit ausgesprochen, nämlich, dass damit eine Änderung der gemeinsamen Angelegenheiten möglich sein sollte, ohne die cisleithanische Regierung oder Volksvertretung in irgendeiner Weise zu involvieren. Dieser Problemkreis steht in engem Zusammenhang mit der Frage nach der Rechtsnatur des Ausgleichs, auf die hier nicht im Detail eingegangen werden kann. Zu dieser Problematik siehe: OLECHOWSKI-HRDLICKA, Gemeinsame Angelegenheiten 183–201.

[48] Gustav KOLMER, Parlament und Verfassung in Österreich, Bd. 8: 1900–1914 (Wien 1914) 507.

[49] KOLMER, Parlament und Verfassung 507–508.

[50] SCHMID, Heerwesen 788.

[51] TEZNER, Kaiser 20.

[52] Siehe dazu die Kontroverse zwischen Korwin-Dzbanski und Weisl in Stanislaus KORWIN-DZBANSKI, Die Gesetzgebende Gewalt Sr. Majestät als Obersten Kriegsherrn (Wien 1895); auch SCHMID, Heeresrecht 23–24.

[53] Emil DANGELMAIER, Armeebefehl, in: Ernst MISCHLER, Josef ULBRICH (Hgg.), Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten öffentlichen österreichischen Rechts, Bd. 1 (Wien ¸1905) 319–320.

[54] Verordnungsblatt für das k.u.k. Heer 35/1903; der Text ist auch abgedruckt bei KOLMER, Parlament und Verfassung 494–495.

[55] Alphons WREDE, Geschichte der k.u.k. Wehrmacht, Bd. VI: Der Allerhöchste Oberbefehl – Die Garden, bearbeitet von Peter BROUCEK, Georg ZIVKOVIC, Herbert KLIMA (= Militaria Austriaca 6, Wien 1988) 13–14.

[56] Die Wehrpflicht war schon deshalb nicht von den Prärogativen nach § 5 Abs. 2 DG umfasst, weil sich diese Bestimmung nur auf pragmatische Angelegenheiten bezog, die Feststellung des Wehrsystems aber ein dualistische war.

[57] Einen Überblick über die auf militärische Angelegenheiten bezogene Gesetzgebung in Cisleithanien gibt Gerhard RAUTER, Wehrgesetzgebung und Herr 1868–1993, in Herbert SCHAMBECK (Hg.), Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich. Entwicklungs- und Gegenwartsprobleme, 2. Teilbd. (Berlin 1993) 636–829, hier 644–673.

[58] Christoph SCHMETTERER, Der Kaiser von Österreich als (alleiniger?) Gesetzgeber. Vom Absolutismus zum Konstitutionalismus, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2 (2012) 381–395.

[59] BERNATZIK, Verfassungsgesetze 699.

In der Militärverwaltung bestanden für die meisten Bereiche (wie Heereswirtschaftsverwaltung, Militärbauwesen, Militärverkehrswesen, Militärgesundheitswesen etc.) eigene Militärbehörden. Nur die Wehrpflicht selbst wurde von den allgemeinen Behörden administriert.[60]

Je nachdem, ob es sich um Angelegenheiten der gemeinsamen Armee oder der Landwehren handelte, stand an der Spitze der Militärverwaltung das gemeinsame Kriegsministerium oder das jeweilige Landesverteidigungsministerium.

In der Praxis der Monarchie erließ der Kaiser alle seine Anordnungen bezüglich der gemeinsamen Armee ohne Gegenzeichnung.[61] Vor diesem Hintergrund meinte Pernthaler ex post, dass die Unterscheidung zwischen Kommandogewalt und Militärverwaltung auf die Monarchie nicht anwendbar gewesen sei.[62] Dennoch wurde diese Unterscheidung in der zeitgenössischen Literatur durchwegs vorgenommen, wenn auch gelegentlich mit dem Hinweis, dass diese Unterscheidung praktisch nicht sonderlich relevant sei.[63] Selbst wenn der gemeinsame Kriegsminister Anordnungen des Kaisers gegengezeichnet hätte, wäre seine Verantwortlichkeit bloß eine theoretische gewesen. Das in § 16 Delegationsgesetz vorgesehene Ausführungsgesetz über die Verantwortlichkeit der gemeinsamen Minister wurde nämlich nie erlassen.[64]

Bezüglich der Landwehr war die Unterscheidung zwischen Oberbefehl und Militärverwaltung hingegen auch praktisch relevant. In Angelegenheiten des Oberbefehls war dem Kaiser der Landwehr-Oberkommandant nachgeordnet, in der Militärverwaltung hingegen der Landesverteidigungsminister. Im zweiten Fall mussten die Anordnungen des Kaisers vom Minister gegengezeichnet, der dafür dem Reichsrat verantwortlich war. Anders als bei der Verantwortlichkeit der gemeinsamen Minister war hier schon 1867 ein Gesetz über die konkreten Voraussetzungen und das Verfahren bei Ministeranklagen beschlossen worden.[65] Freilich ist es auch hier nie zu einer Ministeranklage gekommen.

Zur Kommunikation mit den militärischen Behörden bediente sich der Kaiser seit 1867 der „Militär-Kanzlei Seiner Majestät des Kaisers und Königs. (Davor war diese Funktion im Wesentlichen von der Generaladjutantur in der damaligen Militär-Zentral-Kanzlei erfüllt worden.) Dabei handelte es sich nicht um eine selbständige Behörde, sondern lediglich um eine Art Sekretariat, das die einlaufenden Akten vorbereitete, Resolutionen des Kaisers entwarf und dann abfertigte.[66]

2. Militärgerichtsbarkeit

Zum Zeitpunkt des Ausgleichs mit Ungarn waren die grundlegenden Bestimmungen über das militärgerichtliche Verfahren noch immer jene der Constitutio Criminalis Theresiana von 1786. Schon beim Regierungsantritt Franz Josephs und erst recht 1867 waren diese Vorschriften eindeutig nicht mehr zeitgemäß. Trotz vieler Reformvorschläge gelang es erst 1912 das Militärstrafprozessrecht grundlegend zu reformieren. Bis zu diesem Zeitpunkt gab es mit dem Institut der Gerichtsherrlichkeit im militärischen Strafrecht noch ein Relikt einer feudal-patrimonialen Gerichtsbarkeit.[67] Genau deswegen war die Position des Kaisers im Militärstrafverfahren eine andere als im zivilen Strafprozess. Gemäß Art. 1 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt[68] waren alle Urteile im Namen des Kaisers auszufertigen und gemäß Art. 13 desselben Gesetzes hatte nur der Kaiser das Recht zu Amnestie und Begnadigung.

Im militärischen Bereich kam beides aber bis 1912 den jeweiligen Gerichtsherren zu.[69] Gerichtsherren waren im Frieden in der Regel die jeweiligen Militärterritorialkommandanten, bei der kämpfenden Truppe stets die Kommandanten der einzelnen Armeen. Erst durch die Militärstrafprozessordnung von 1912[70] wurde das Institut der Gerichtsherrlichkeit abgeschafft, wie überhaupt das Militärstrafverfahren insgesamt dem zivilen Prozessrecht angeglichen wurde.[71]

Von nun an wurden auch die Urteile im Militärstrafverfahren bis zum Ende der Monarchie im Namen des Kaisers verkündet – und zwar in leicht unterschiedlichen Formulierungen, je nachdem ob es sich um Gerichte der gemeinsamen Armee, der k.k. Landwehr oder der ungarischen Honved handelte. In der k.u.k. Armee lautete die Formel: „Im Namen Seiner Majestät des Kaisers von Österreich und Apostolischen Königs von Ungarn“, in der Landwehr hingegen: „Im Namen Seiner Majestät des Kaisers“ und in der Honved schließlich: „Im Namen Seiner Majestät des Königs“.[72]

Auch das Recht zur Begnadigung kam ab 1912 grundsätzlich nur mehr dem Kaiser zu – mit einer Ausnahme. Bezüglich des

[60] Peter PERNTHALER, Der Rechtsstaat und sein Heer. Strukturelemente der österreichischen Wehrverfassung mit vergleichenden Hinweisen auf die Wehrordnungen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland (= Rechts- und Staatswissenschaften 19, Wien 1964) 19.

[61] Die Mehrzahl der Anordnungen traf allerdings der gemeinsame Kriegsminister im eigenen Namen – allenfalls unter allgemeiner Berufung auf Anordnungen des Kaisers; MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, Verantwortlichkeit 109–311.

[62] PERNTHALER, Rechtsstaat und sein Heer 17.

[63] So Ferdinand SCHMID, Oberbefehl, Allerhöchster, in: Ernst MISCHLER, Josef ULBRICH (Hgg.), Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten öffentlichen österreichischen Rechts, Bd. 3 (Wien ¸1907) 730–731.

[64] OLECHOWSKI-HRDLICKA, Gemeinsame Angelegenheiten 464–469.

[65] RGBl. 101/1867, dazu Christoph SCHMETTERER, Die Funktion von kaiserlicher Sanktion und ministerieller Gegenzeichnung in der österreichischen Gesetzgebung 1861–1918, in: Journal on European History of Law 3 (2012/2) 40–47, hier 40–43 mit weiteren Nachweisen.

[66] WREDE, Geschichte der k.u.k. Wehrmacht 11.

[67] Zur Gerichtsherrlichkeit siehe SCHMID, Heeresrecht 578–580.

[68] RGBl. 144/1867.

[69] Zur Begnadigung SCHMID, Heeresrecht 541; zur Urteilsverkündung: Bericht des Justizausschusses zum Gesetzesentwurfe der Militärstrafprozeßordnung für die gemeinsame Wehrmacht, Beil. 1510 zu den Stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses, S. 8.

[70] Für die gemeinsame Armee RGBl. 130/1912, für die Landwehr RGBl. 131/1912.

[71] Ausschussbericht zur Militärstrafprozeßordnung 1–6.

[72] Ebd. 8.

standgerichtlichen Verfahrens konnte der Kaiser die Befugnis zur Begnadigung an den jeweiligen Kommandanten delegieren.[73] Insofern ähnelte die neue Rechtslage im Standrecht also durchaus der alten.

Insgesamt hatte der Kaiser auf militärischem Gebiet wegen seiner Prärogativen eine wesentlich stärkere Position als in anderen Bereichen. Gerade für die Militärgerichtsbarkeit galt das aber bis 1912 nicht. Hier war die persönliche Position des Kaisers „schwächer" ausgestaltet als in der zivilen Gerichtsbarkeit. Bei der Frage, in wessen Namen die Urteile verkündet und ausgefertigt wurden, handelte es sich freilich um eine reine Formalsache – auf den Inhalt der Entscheidung konnte der Kaiser deshalb nicht mehr oder weniger Einfluss nehmen.

Im materiellen Militärstrafrecht war der Kaiser durch die Delikte des Hochverrats und der Majestätsbeleidigung – ebenso wie im zivilen Strafrecht – ganz besonders geschützt. Die entsprechenden Delikte des Militärstrafgesetzes von 1855[74] waren praktisch gleichlautend mit jenen im allgemeinen Strafgesetz von 1852.[75]

IV. Resümee

1867 musste Franz Joseph endgültig akzeptieren, dass sein Reich zu einer konstitutionellen Monarchie wurde. Im militärischen Bereich behielt der Kaiser aber weitgehende Befugnisse, die dem Einfluss der Volksvertretungen entzogen waren.[76] Dies ergab sich einerseits schon aus dem Wortlaut der Dezemberverfassung selbst, andererseits aus deren praktischer Umsetzung bzw. Nichtumsetzung.

Gerade der militärische Bereich war also einer, in dem der Kaiser von Österreich bis zum Ende der Monarchie eine nahezu absolutistische Position behielt. Eingeschränkt war er in seiner Disposition über die gemeinsame Armee im Wesentlichen nur durch das Budgetrecht der Delegationen und das Rekrutenbewilligungsrecht von Reichsrat und Reichstag. Gerade das wird einer der Gründe gewesen, aus denen die Konstruktion des Ausgleichs auch für den Kaiser durchaus attraktiv war. Der Preis dafür war aber die zunehmende Ablehnung der gemeinsamen Armee als solcher durch Ungarn.

[73] § 477 MilStPO.

[74] §§ 334–343 MilStG (RGBl. 19/1855).

[75] Dazu Philip CZECH, Der Kaiser ist ein Lump und Spitzbube. Majestätsbeleidigung unter Kaiser Franz Joseph (Wien–Köln–Weimar 2010); Christoph SCHMETTERER, „Geheiligt, unverantwortlich, unverletzlich". Die persönliche Rechtsstellung des Kaisers von Österreich im Konstitutionalismus, in: Journal on European History of Law 1 (2010/1) 1–8, hier 5–7.

[76] Einen guten Überblick über die eingeschränkten Befugnisse der Volksvertretungen im militärischen Bereich gibt SCHMID, Heerwesen 737–738.

Gewalt gegen Kleriker und das mittelalterliche Strafrecht*
(Violence against Spiritual and Medieval Criminal Law)

*Thomas Gergen***

Abstract

Violent acts against spiritual in general and especially against high-ranking officials of the Church as bishops are phenomenons that exist in the history of the Church and in the law history. In this article there are analysed examples where the violence and even murder to religious representatives are included, and where the Peace of God and Landfrieden played its role.

Key words: *violence; spiritual; bishop Gaudri (Gaudry) from Laon; Bishop Lambert from Arras; Archbishop Engelbert from Köln; placitum Publicum.*

Gewalttaten gegen Kleriker allgemein und insbesondere gegen höherrangige Kirchenvertreter, wie Bischöfe, sind Phänomene, die in der mittelalterlichen Geschichte der Kirche und der Rechtsgeschichte immer wieder auftauchen. Auch die Gottes- und Landfriedensbewegung hat sich damit auseinandergesetzt[1]. Denn die Regelungsbereiche der Friedenskonzilien richteten sich vor allem gegen Übergriffe, die von *milites* gegen die Kirche (Güter und Kleriker) ausgingen. Dabei versuchten die Bischöfe, die *inermes* und die *pauperes* sowie deren Habe zu schützen, damit sich die *milites* nicht deren Lebensgrundlagen bemächtigten[2]. An diese, schon in den Bußbüchern erwähnte und in merowingischen und karolingischen Kapitularien bzw. Konzilien protokollierte Aufgabenstellung mussten die Bischöfe durch die Friedenskanones sehr häufig erinnern, damit die Güterverteilung in der damaligen Vorstellung der von Gott gewollten Ordnung keinen Schaden erleiden sollte[3]. Dabei wurden aber auch die Bischöfe selbst Opfer von Angriffen, die sich bis zum Todschlag steigern konnten und damit die ärgste Form der Gewaltanwendung darstellten.

Gleichwohl überschritten auch etliche Bischöfe die Grenzen friedlichen Verhaltens und wurden selbst zu Gewaltanwendern, so dass der Klerus nicht generell als eine homogene Schicht zählen kann, welche lediglich den Angriffen der Laien ausgesetzt war.

Eines steht nun bereits fest: Die in Rede stehende Thematik ist nicht so leicht greifbar wie der Schutz der Gottes- und Landfrieden zugunsten bestimmter Objekt- und Personengruppen (Pilger, Reisende, Kaufleute), deren Wohlergehen den auf den Synoden zusammentretenden Bischöfen bzw. weltlichen Herrschern am Herzen lag. Hier sucht man vergeblich in den Texten nach exakt solchen Tatbeständen, die nur Bischöfe zu schützen vermochten. Allerdings gehörten diese zu den *clerici*, die wiederum in den Gottesfriedenstexten als zu Schützende

* Der vorliegende Beitrag wurde verfasst für die Internationale Konferenz "Violence against the Church and Violence within the Church in the Middle Ages" vom 20.-22. September 2013 am "Institute of Histo-ry and International Relations of Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz/Bromberg, (Poland)". Die englischsprachige Fassung des Vortrages erscheint im Winter 2014/5 in einem eigenen Tagungsband.

** Prof. Dr.iur. Dr.phil. Thomas Gergen M.A., Maître en droit (Poitiers), Ass.iur.
Der Autor hat an der *European University for Economics and Management (eufom)* in Luxembourg die Professur inne für "Internationales und vergleichendes Zivil- und Wirtschaftsrecht mit Immaterialgüterrecht/Recht des Geistigen Eigentums", verbunden mit der Direktion des dortigen Forschungsschwerpunktes "Zivil- und Wirtschaftsrecht in der Großregion Luxembourg".
Als Co-Direktor der Forschungsstelle zur Geschichte des Geistigen Eigentums an der Universität des Saarlandes führt er ferner das DFG geförderte Projekt „Impressoria vor dem Reichshofrat – Kaiserliche Privilegien gegen den Nachdruck in der Prozesspraxis des Reichshofrats“ durch. Gergen ist Mitglied des saarländischen Landesjustizprüfungsamtes und der Kommission für Saarländische Landesgeschichte und Volksforschung e.V. Er fungiert überdies als Autor wie Beirat von Zeitschriften und Kommentaren der Rechtspraxis (ZErb, UFITA, MüKo-BGB, Praxiskommentar Erbrecht), der Juristenausbildung (JURA, AdLegendum) sowie der Rechtsgeschichte (Journal on European History of Law, Cuadernos de Historia del Derecho, Revista de Dret Històric català sowie Avocats - Histoire et Culture).

1 Vgl. die Publikationen von Thomas Gergen im Literaturverzeichnis.

2 Karl Bosl, „*'Potens'* und *'pauper'*. Begriffsgeschichtliche Studien zur gesellschaftlichen Differenzierung im frühen Mittelalter und zum 'pauperismus' des Hochmittelalters“, in: Festschrift O. Brunner, Alteuropa und die moderne Gesellschaft, Göttingen 1963, S. 60-87.

3 Hans-Werner Goetz, „La paix de Dieu en France autour de l'an mil: fondements et objectifs, diffusion et participants“, in: Le roi de France et son royaume autour de l'an mil, hg. v. Michel Parisse/Xavier Barral i Altet, Paris 1992, S. 131-146; DERS., „Die Gottesfriedensbewegung im Licht neuerer Forschungen“, in: Landfrieden. Anspruch und Wirklichkeit, hg. v. Arno Buschmann/Elmar Wadle, Paderborn/Zürich/, S. 31-54; Dominique Barthélemy, L'an mil et la paix de Dieu. La France chrétienne et féodale 980-1060, Paris 1999.

benannt wurden. Bischöfe waren mithin auch gefährdet durch Gewaltakte und den Versuch von Laien, ihren Machtbereich auszuweiten. Beispiele hierfür sind bekanntermaßen nicht selten, Bischofsmorde, die sich in der Zeit der Friedensbewegung ereigneten, ebensowenig. Die Ermordung des Bischofs Gaudri (Gaudrich) von Laon oder des Erzbischofs Engelbert von Köln repräsentieren beste Fälle hierfür[4].

Ohne irgendeinen Anspruch auf Vollständigkeit werden nachfolgend prominente Beispiele besprochen, in denen Gewalt und sogar Mord an Bischöfen vorkommen und in denen eine oder mehrere Rechtsgrundlagen der Friedensgesetzgebung eine Rolle spielten. Dabei kann unser Gang durch die Jahrhunderte natürlich nur schematisch und überblicksartig sein.

Herauszugreifen sind unter der Rubrik „Bedrohung und Gewalt" Guy von Anjou (der Bischof von Le Puy war), sodann zwei Bischöfe, die Friedensmilizen aufstellten, sowie Lambert (den Bischof von Arras) als konkret Angegriffener. Der zweite Teil „Der Bischofsmord und seine Bestrafung" führt insbesondere zu Fulco von Reims, Gaudri von Laon sowie zu Engelbert von Köln.

I. Bedrohung und Gewalt

Drei Aspekte treten hier hervor: die eher sporadischen Versammlungen für die Friedenswiederherstellung (Begriff des *placitum*), die Bewaffnung zur permanenten Gefahrenabwehr sowie die konkrete Gewaltausübung gegen die Bischöfe.

1. Gewaltprävention durch *placitum publicum*

Der erste Fall der Gottesfrieden ist bekanntlich die Maßnahme Guys (Guidos) von Anjou, Bischof von Le-Puy-en-Vélay in der Auvergne, der gegen die widerspenstigen *milites* im Jahre 975 eingriff, um ihren Ungehorsam und den Widerstand gegen ihn und seine Befehle zu brechen[5]. Es handelt sich um eine Einzelmaßnahme des Bischofs und kein Konzil, wie das von Le Puy (994) oder Charroux (989). Diese Konzilien wurden beide von Bischöfen einberufen, welche rechtssetzende Autoritäten waren und dabei ebenfalls als Kleriker im geschützten Personenkreis standen. Vergangenes Unrecht gegen Kleriker und Kirchen wurde in der Präambel des Konzils von Charroux gerügt, neues sollte durch Anathem unterbunden bzw. bestraft werden. Das Wort „Bischof" fiel im dritten Kanon von Charroux nicht, obschon es denkbar wäre, es unter Klerus zu fassen. Dies ist aber ausgeschlossen, da mit „sonstigen Klerikern" ranggleiche bzw. -niedrigere als Priester und Diakone gemeint waren.

Wer also einen Priester, Diakon oder einen anderen Kleriker angreifen, gefangennehmen oder schlagen sollte, welcher keine Waffen trug und sich bei sich aufhielt oder sonstwie des Weges war, wurde mit Anathem bestraft, es sei denn, dass eine Untersuchung des Bischofs ergab, dass das Opfer selbst einen Fehler begangen hatte; hier ist also an etwaiges Mitverschulden -wie wir heute sagen dürften- zu denken. Der Bischof trat auf diese Weise als Richter und Vorgesetzter seiner Priester und Diakone auf, eine Pflicht, die er bereits seit den Konzilien in Orléans (6. Jahrhundert) innehatte. Das Kapitular von Quierzy (857) untersagte die Gewalt gegen Priester und ist eine Bestimmung, die sich 893 in Metz sowie 888 in Mainz wiederfindet. Aufgabe des Bischofs war es somit, die Gewalt gegen den ihm anvertrauten Klerus zu ahnden. Aus seiner Richter- und Aufseherfunktion darf geschlossen werden, dass er selbst nicht als Opfer angesprochen sein konnte.

Zurück zu Bischof Guido, welcher selbst keinen Schaden an seinem Leib ertrug. Er setzte sich indes kraft seiner Autorität durch, denn Guido war in seinem Stadtbezirk Stadtherr und konnte als solcher auf die Hilfe der Truppen seiner Neffen zurückgreifen. Doch gestützt worauf? Es gab noch kein Gottesfriedenskonzil mit entsprechendem Regelungsinhalt, denn Le Puy eröffnete erst den Reigen der Friedensbewegung. Hierbei handelte es sich um ein typisches *placitum publicum*, anlässlich dessen der Bischof eine Versammlung einberief, auf der eine Angelegenheit öffentlich geregelt wurde, und das wahrscheinlich auf ein römisches Konzil aus dem Jahre 904 zurückgeht[6].

Das Konzil von 904 gab dem Bischof als Präventivmittel immer dann das Recht, ein *placitum publicum* aller Gruppen seiner Bistumszugehörigen einzuberufen, wenn Rebellen zu besänftigen waren und ihre Gewalttätigkeit gebrochen werden sollte. Die römische Synode von 904 (cap. 12) wird bei Du Cange als Richtschnur für die Einberufung einer solchen Veranstaltung aufgeführt[7]. In diesem Falle konnte weitere Gewalt verhindert und das Übel an der Wurzel gepackt werden. Diese ordnungs- und friedensstiftende Maßnahme leitet sich ab von der Autorität des Bischofs zur Friedenssetzung und der pastoralen Fürsorge für das allgemeine Wohl. Die Art des Geschehens in Le Puy weist auf das flache Land (auf den *pratum* von Laprade) hin, in seiner Bischofsstadt (*districtum*) vermochte Guido seine Autorität gehalten zu haben. Das Beispiel zeigt auf, dass der Bischof ob seiner *potestas* gewaltpräventiv eingreifen und Gewaltaufkommen brechen konnte.

2. Die bischöflichen Friedensmilizen von Bourges und Mende

Während die Maßnahme Guidos als Einzelvorgang bekannt wurde, stellten die Gründungen von Milizen permanente Einrichtungen dar, die die Gewaltanwendung eindämmen sollten. Dabei hat man sich kein flächendeckendes bewehrtes Heer vorzustellen, sondern Einzelfälle (so wie einmal in Bourges, ein anderes Mal im Süden Frankreichs), welche als praktische Umsetzung der Friedenskonzilien initiiert worden waren.

a) Das klassische Beispiel einer bischöflichen Pax-Miliz stammt aus Bourges, die Bischof Aimo im Jahre 1031 dort ins Leben rief. Aimo hatte sich mit seinen Suffraganen darauf verständigt, dass alle Diözesanen sich

---

4 Reinhold Kaiser, „Mord im Dom: von der Vertreibung zur Ermordung des Bischofs im frühen und hohen Mittelalter", in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte –Kanonistische Abteilung = ZRG KA 110 (1993), S. 97-101.

5 [...] *Quod illi dedignantes iussit exercitum suum a Brivate tota nocte venire mane volens eos constringere, ut pacem iurarent, et pro ipsa tenenda obsides darent, rura et castella beatae Mariae et res ecclesiarum quas rapuerant dimitterent, quod factum fuit deo auxiliante.* Vgl. für den Text Ludwig Huberti, Studien zur Rechtsgeschichte der Gottesfrieden und Landfrieden, S. 125; sowie zusätzlich Hartmut Hoffmann, Gottesfriede und Treuga Dei, S. 16f.

6 Christian Lauranson-Rosaz, L'Auvergne et ses marges, S. 234-236, 413-431; Hoffmann, Gottesfriede, S. 16-17.

7 *Habeant igitur Episcopi singularum urbium in sua diocesi liberam potestatem, adulteria et scelera inquirere, ulcisci et judicare, secundum quod Canones censuerunt, absque impedimento alicujus. Et cum opus fuerit ad comprimendos rebelles, et contemptores, publicum Placitum convocent, non ad praejudicandum, sed potius ad ea, quae Deo placita sunt, et saluti animarum conveniunt, prosequendum [Adde Capitul. Caroli Calvi tit. 27 cap. 7]*, Du Cange, *Glossarium*, Bd. VI, S. 345 (Mitte).

vom 15. Lebensjahr an eidlich verpflichten sollten, jede Störung des Friedens mit Waffengewalt zu unterdrükken. Die Miliz existierte bis zur Schlacht von Châteauneuf-sur-Cher von 1038, als Odo von Déols und der *vicecomitus* (Vizegraf) Gottfried von Bourges um den Besitz der Burg von Châteauneuf-sur-Cher stritten. Odos Ritterheer fügte der Miliz eine empfindliche Niederlage zu, so dass die umkämpfte Burg sein Beutegut wurde[8]. Der Eingriff Aimos war nicht unumstritten. Einerseits standen ihm für sein Manöver das Argument der Gerechtigkeit bei, denn er kämpfe ja den Kampf des Herrn, so schrieb ein Geistlicher. Allerdings wandte Andreas von Fleury ein, dass überhaupt gar kein Friedensbruch vorgelegen habe. Die Ursache des Unheils am Cher sei Aimos Ehrsucht und Habgier. Solange sie sich nicht gezeigt hatte, war das Befriedungswerk gut und gottgewollt gewesen; erst die *auri et arvi sacra fames*, d.h. Aimos verfluchte Begierden, hätten den Krieg entheiligt. War der *bellum iustum* zu sehr von einer Bereicherungsabsicht Aimos getragen? Aimo hatte offensichtlich die Grenzen überschritten; statt Gewalt einzudämmen, hatte er nur neue geschürt.

b) Ein anderes Beispiel einer Friedensmiliz und die Anwendung von Gewalt gegen einen Bischof waren die Attaken gegen den Bischof von Mende, Wilhelm von Peyre (1123-1150/1), der sich mit seinen *pasiarii*, dh. den Friedenswachern, gegen den lokalen Adel zur Wehr setzte[9]. Der Bischof konnte zu deren Aufrichtung auf die gute finanzielle Ausstattung seines Bistums zurückgreifen und erwarb zudem adliges Vermögen seiner *Coseigneurie*. Er nahm einen Friedenseid entgegen und führte gegen die Friedensbrecher das Aufgebot des ganzen Landes, womit eine Steuer verbunden war, der sogenannte *denarius beati Privati,* da nämlich bei den Friedensveranstaltungen ein Bildnis des Heiligen Privatus gezeigt wurde. Diese Friedensveranstaltungen, auf denen vornehmlich vom Bischof und den *seniores* bestimmt wurde, was den Frieden und die guten Sitten betraf, sind als konkrete Ausformung der Friedenspolitik zu sehen. Sie stehen bereits zwischen kirchlicher Friedensorganisation durch den Bischof und bischöflicher Landesherrschaft. Sowohl der Bischof von Mende als auch seine Vorgänger stützten sich auf die ihnen aus der Friedensbewegung des 11. Jahrhunderts anfallenden Befugnisse, die in der bereits unter Bischof Raimund (1031-1051) im Einvernehmen mit dem Vizegrafen vereinbarten *constitutio pacis* feste Formen angenommen hatten. Hierdurch konnte die Gewaltausübung des lokalen Adels gegen den Bischof von diesem kontrolliert und abgewehrt werden.

Neben dieser Gewalteindämmung durch die Bischöfe (Gewaltprävention, Abwehr von Gewalt gegen Friedenswahrer des Bischofs) soll nun die konkrete körperliche Gewaltanwendung behandelt werden, denen einige Bischöfe zum Opfer fielen. Unter den vielen Beispielen ragt Lambert von Arras heraus.

3. Der Überfall auf Bischof Lambert von Arras

Für die Bestrafung von Gewalt gegen Bischöfe ist Lambert von Arras (10.7.1093-1115) ein geeignetes Beispiel, weil er selbst Opfer eines Überfalls wurde und seine überlieferte Mitschrift des Konzils von Clermont (1095) die Friedensregeln (cc. I, IV, XXIX, XXX) und in Sonderheit die Erwähnungen des Friedensbruches an Bischöfen (cc. XXXI, XXXII) enthält[10]. Lambert hatte die Einladung zur Teilnahme an diesem Konzil zum einen direkt als Reimser Suffragan von seinem Metropoliten und zum anderen als persönliches Schreiben vom Papst erhalten. Die Korrespondenz dieses Bischofs, des ersten von Arras, ist von Begriffen der Friedensbewegung stark durchsetzt (Friedensstatuten, das durch die *Pax Dei* befriedete Atrium um die Kirchen). In seinen Briefen setzt er sich für die Verurteilung beraubter Pilger aus seiner Diözese ein und wendet dabei die *statuta pacis* an. Diese Friedensregeln wurden 1091 auf dem Konzil von Soissons, abgehalten von Erzbischof Rainald I. von Reims, proklamiert.

Im Jahre 1095 wird Lambert selbst Opfer einer Aggression. Als er sich auf dem Wege zum Konzil von Clermont befindet, nimmt ihn der Bruder des Bischofs von Troyes, Guarnerius von Pont, gefangen und hält ihn mehrere Tage lang in Gewahrsam. Diese Episode wird innerhalb des Berichtes über die Reise in den *Gesta Atrebatensium* ausführlich geschildert[11]. Interessanterweise finden sich in Lamberts Notizen gerade die Bestimmungen des Konzils von Clermont, die von Übergriffen gegen Geistliche handeln, in Sonderheit die Gefangennahme von Bischöfen, so als ob er selbst einen verwandten Fall bzw. eine kirchenrechtliche Grundlage gesucht hätte, die auf seinen Fall gemünzt waren. Canon 32 des Konzils sieht für denjenigen, der einen Bischof gefangenhält, die ewige Infamie (Ehrlosigkeit, Schmach, Schande) sowie die Ablegung seiner Waffen vor; sozusagen eine Katastrophe für den Bestraften, denn damit war ein enormer sozialer Abstieg und natürlich auch weniger Sicherheit verbunden, waren doch die *inermes* den Angriffen der Bewaffneten ausgesetzt und auf kirchlichen Schutz angewiesen. Bei Raub der Güter nach dem Tod des Bischofs war die Strafe das Anathem.

Diese Norm ist nicht die einzige, die wir für gleiche und ähnliche Fälle finden. Das Verbot der Gewalt und des Mordes an Klerikern hat seine Rechtstradition in den Konzilien der Karolingerzeit. Damit gehörte es sowohl zum Kirchenrecht als auch zur weltlichen Gesetzgebung, in die die Gottesfrieden eintreten sollten, um die maßgebende staatliche Autorität vorübergehend und komplementär mit geistlicher Autorität fortzuführen. Als Vorläufer kann wegen textueller Übereinstimmungen das Konzil von Vienne/Burgund (892) in der Kirche Saint-Sauveur herangezogen werden. Diese Synode wurde von Papst Formosus (891-896) zusammengerufen und von zwei päpstlichen

[8] Hoffmann, Gottesfriede, S. 105-109; Kaiser, Bischofsherrschaft, S. 527-528.

[9] Martin Aurell, „Pouvoir et contre-pouvoirs en Rouergue sous la domination catalane (1112-1204)“, in: *Libertés locales et vie municipale en Rouergue, Languedoc et Roussillon*, S. 131.

[10] Lotte Kéry, Die Errichtung des Bistums Arras 1093/1094 (Beihefte der Francia 33), Sigmaringen 1994, S. 354-355.

[11] P.L. 162, col. 715-720.

Legaten geleitet, wodurch eine Tradition wiederaufgenommen wurde, die mit den Konzilien von Ponthion 876 und Troyes 878 im westfränkischen Reich eingesetzt hatte. Neben der Exkommunikationsdrohung gegen Räuber von Kirchengut und Aneignung von Stiftungen wurde die Exkommunikation auch für Tötung, Kastration und Verstümmelung von Klerikern beschlossen.

Im Ergebnis drohte Gewaltanwendern gegen Bischöfe die Exkommunikation, aber auch das Ablegen der Waffen und der soziale Abstieg in die Ehrlosigkeit (Infamie) als spürbare Strafen.

Doch genug der Beispiele für die allgemeine Gewaltanwendung. Auf der obersten Stufe der Gewalt stand der Bischofsmord, auf dessen Rechtsfolgen wir im folgenden unser Augenmerk lenken.

II. Der Bischofsmord und seine Bestrafung

Dass der Bischofsmord ganz unterschiedlich sanktioniert werden kann, beweisen die frühen Volksrechte sowie die Untersuchung der Morde an Fulco von Reims, an Gaudri von Laon und zuletzt an Engelbert von Köln.

1. Volksrechte: Klerikerwergeld für Bischofsmord

Aus der *Lex Salica* (Titel LVIII) lässt sich eine Strafe von 900 *solidi* für einen Bischofsmord entnehmen. Man beachte die Staffelung des Wergeldes nach der Klerikerhierarchie: 600 Schillinge für einen Priester, 300 für einen Diakon. In der *Lex Alamannorum* entspricht das Bischofswergeld dem des Herzogs[12].

Die einschlägige Bestimmung in der Lex Baiuwariorum (I, 10) lässt aufhorchen; nach ihr musste der Totschläger eines Bischofs, der vom König eingesetzt und vom Volk gewählt worden war, ein Bleigewand nach der Gestalt des toten Bischofs anfertigen lassen und dessen Gewicht in Gold entrichten. Hatte er kein Gold, so musste er anderes Geld oder Land entrichten, falls auch dies nicht vorhanden war, Frau und Kinder in den Sklavenstand der Kirche überschreiben[13].

Wie für das volksrechtliche Kompositionensystem typisch, trat die Geldbuße als Wiedergutmachungsinstrument gegenüber dem Opfer und dessen Angehörigen ein.

2. Der Mord an Fulco von Reims: Anathem

Beim Tod des Erzbischofs Fulcos von Reims (900) wurde wahrscheinlich auf Bestimmungen vorangegangener Konzilien zurückgegriffen. Am 6. Juli 900 traten die Erzbischöfe Heriveus von Reims und Wido von Rouen sowie die Bischöfe Riculf von Soissons, Hetilo von Noyen, Dodilo von Cambrai, Heriland von Thérouanne, Otgarius von Amiens, Honorat von Beauvais, Rodulfus von Laon, Otfrid von Senlis und Angelrannus von Meaux in der Kirche Notre-Dame von Reims zusammen und belegten die Mörder des Erzbischofs Fulco feierlich mit dem Anathem. Fulco, Hinkmars Nachfolger, hatte die von Ebbo und wohl auch von Hinkmar teilweise niedergelegte Stadtmauer von Reims wieder aufgebaut, auf dem Land Kastelle angelegt und sich Gebietsansprüchen des Grafen Balduin II. von Flandern widersetzt, woraufhin er von dessen Leuten Winemarus, Evrardus, Rotfridus und anderen ermordet wurde[14].

Die Exkommunikationssentenz ist lediglich in einer Handschrift des 11. Jahrhunderts überliefert. In den annalistischen und historiographischen Werken wird die Exkommunikation der Mörder nur kurz vermerkt. Folcuin berichtet als einziger, der Papst selber habe die Mörder Fulcos mit dem Anathem belegt und die Bischöfe Galliens aufgerufen, das gleiche zu tun. Ein entsprechender Papstbrief ist jedoch nicht überliefert. Die Exkommunikation könnte im Anschluss an die Weihezeremonie verlesen worden sein, ohne dass die anwesenden Bischöfe die Versammlung als Synode bezeichnet hätten. Die *Annales Vedastini* benützen zwar das Wort Synode, doch nur um die Exkommunikation gegen die Mörder zu verhängen, wäre eine Synode an sich aber nicht nötig gewesen. Das Herstellen eines Einverständnisses des Metropoliten und seiner Suffragane, ein Anathem zu verhängen, geht jedoch vermutlich zurück auf c. 56 der Synode von Meaux/Paris von 845-846, die einen Unterschied zwischen Anathem und Exkommunikation machte, obwohl ein solcher in den Texten der Zeit (9. und 10. Jahrhundert) im allgemeinen nicht auftaucht[15]. Da aber das Anathem die komplette Verbannung aus der christlichen Gemeinschaft zur Folge hatte, sollte dieser Konsens zunächst hergestellt werden. Die räumliche, zeitliche und inhaltliche Nähe spricht ebenfalls für das Konzil von Tribur von 895, das die Tötung von Priestern mit Bußleistungen belegte (cc. 4-5). In c. 4 geht es dabei insbesondere um die Bußzahlungen, die in drei Teile aufgeteilt werden und der Kirche des betroffenen Priesters, dem Bischof und endlich seinen Angehörigen zukamen.

Neun Jahre später, nach der Exkommunikation der Mörder Fulcos, wurde auf der Synode von Trosly[16] das Problem wiederaufgegriffen. Kapitel 13 behandelte grundlegende theologische Probleme, wie die Erbsünde und ihre Folgen und die Natur der Seele, um die Verwerflichkeit des Mordes an Priestern und Bischöfen zu untermauern. Der Kanon belegte den Priester- wie den Bischofsmord mit dem Anathem[17].

Bei einer anderen Gelegenheit wurde indes nicht bestraft. Anlässlich einer Provinzialsynode in Burgund wurde von einer Vergiftung eines Bischofs durch einen Mönch berichtet. Am 1. Mai 894 fand in der Kirche Sankt Johannes des Täufers bei Chalon eine Provinzialsynode statt, von der nur noch die Unterschriftenliste einer nicht mehr erhaltenen Synodalurkunde vorhanden ist. Vor der Synode wurde der Mordverdacht gegen den Mönch Girfredus verhandelt, der beschuldigt worden war, den Bischof Adalgar von Autun vergiftet zu haben. Girfredus

[12] *Lex Alamannorum* c. 11-15; K.A. Eckhardt, MGH LL nat. Germ. V, 1, 1966, S. 76-79.
[13] Friedrich Merzbacher, in: HRG, Bd. I, col. 441.
[14] Schröder, Nr. 17 (S. 153-157).
[15] *MGH Capitularia regum Francorum* II, S. 411, Z. 23-27; ebenso: c. 12 von Pavia (850), *MGH Capit.* 2, S. 120, Z. 28-31.
[16] Trosly = Provinz Reims, *pagus* Soisson. Gerhard Schmitz, „Das Konzil von Trosly (909). Überlieferung und Quellen", in: Deutsches Archiv für die Erforschung des Mittelalters 33 (1977), S. 404ff.
[17] Hartmann, Synoden, S. 377; Mansi 18 A, 263-308.

konnte sich indes auf einer Diözesansynode kurze Zeit später in Flavigny von dieser Anschuldigung reinigen und musste sich einer Abendmahlsprobe unterziehen, die er ohne Zögern bestand, so dass es zu einer Bestrafung nicht mehr kam[18].

3. Exkommunikation und Ehrverlust für Thomas von Marle, Zufluchtgewährer der Mörder Gaudris von Laon

Welche Strafe bekam der Übeltäter Thomas von Marle, der die Rädelsführer der „commune" von Laon und Mörder des Bischofs Gaudris von Laon aufgenommen hatte? Der Bischof wurde am 25. April 1112 ermordet. Sein Mörder Theudegald schnitt ihm den Finger ab und bemächtigte sich des Bischofsringes, wurde aber erst zwei Jahre später in der Fastenzeit gehängt. Ohne auf den genauen Hergang einzugehen, ist zur Strafe zu bemerken, dass die Exkommunikation auf dem Konzil von Beauvais von 1114, das gleichzeitig vom Gottesfrieden handelte, gegen Thomas von Marle ausgesprochen wurde, da er die Aufständischen der Kommune sowie Gaudris Mörder beschützt hatte. Suger berichtet, dass dem Gesetzesübertreter die Ritterwürde und jegliches Amt genommen wurden[19].

III. Fazit

Besonders interessant ist schließlich noch der in der Literatur bereits bekannte Mord an Erzbischof Engelbert von Köln, der sich mehr als einhundert Jahre später im 13. Jahrhundert zutrug. Der Mörder Engelberts, sein Vetter Graf Friedrich von Isenburg, wurde auch tatsächlich vor dem Kölner Severinstor durch das Rad hingerichtet, wobei bei dem gesamten Verfahren ein Regelwerk befolgt wurde, welches dem Landfriedensrecht der damaligen Zeit im großen und ganzen entsprach[20].

Es war insgesamt unmöglich, alle Fälle von Gewalt gegen Bischöfe und insbesondere den Mord an ihnen vorzustellen, da die Aspekte dieses Themas mannigfaltig sind. Ziel war es, das Thema in unterschiedlichen Fällen, Zeiten und Rechtsordnungen anzustrahlen. Das Thema bot sicherlich auch die Möglichkeit, Rolle und Einfluss der Gottes- und Landfrieden anhand konkreter Tatbestände zu untersuchen. Dahingehend hat es sich gezeigt, dass die Friedensbewegung in ihren Texten die Thematik so gut wie gar nicht explizit aufnimmt. Fraglich ist, warum die Bischöfe im Gegensatz zu Priestern und Diakonen sowie anderen Klerikern keine Erwähnung fanden. Wollten sie sich wirklich ausklammern? M.E. waren die Regelwerke der Vorzeit noch präsent, d.h. Konzilsbestimmungen und Kapitularien. Die Volksrechte enthielten ein nach der Hierarchie gestaffeltes Klerikerwergeld, d.h. für einen Bischof 900 *solidi*. Sicherlich gab es auch in der Praxis viel weniger Fälle der Gewaltanwendung gegen Bischöfe als gegen zahlenmäßig stärker präsente Diakone und Priester. Zudem waren viele Bischöfe als weltliche Herrscher Inhaber öffentlicher Gewalt, damit verteidigungsfähig und weniger schutzbedürftig.

Die Friedensbewegung hatte in Clermont noch einmal die Infamie und den Entzug der Würde für den Fall der Gefangensetzung eines Bischofs proklamiert, eine Bestimmung, die auch im Norden Frankreichs (Reims 1119) wiederholt wurde. Bischof Lambert hatte sie in Clermont notiert - sie betraf ihn auch persönlich, wie wir aufzeigen konnten.

Die Friedensregeln zeitigten darüber hinaus Wirkung auf die Lösung konkreter Konfliktfälle. Die Bestrafung des Thomas von Marle (neben Exkommunikation auch Verlust seiner Würden und Verdammnis sowie das Ablegen der Waffen) ist weitgehend, wobei sich ebenso der Einfluss der Friedensbestimmungen von Clermont erkennen lässt. Festzustellen ist schließlich noch, dass das Landfriedensrecht beim Mord des Kölner Erzbischofs Engelbert (1225) zur Anwendung kam: der Bischofsmörder wurde durch Rädern hingerichtet.

IV. Bibliographie

1. Quellen

Glossarium mediae et infimae latinitatis, CANGE Charles du Fresne, seigneur du (Hg.), Paris 1883-1887 (Nachdruck Graz 1954).

Monumenta Germaniae Historica:

MGH Capit. 2: Capitularia regum Francorum, BORETIUS Alfred / KRAUSE Victor (Hg.), Hannover 1890-1897.

MGH Hilfsmittel 3: *Die westfränkischen Synoden von 888 bis 987 und ihre Überlieferung*, SCHRÖDER Isolde (Hg.), München 1980.

Patrologiae Latina = P.L., MIGNE J.-P. (Hg.), Bd. 162, Paris 1854.

Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio, MANSI J.-D. (Hg.), Florenz/Venedig, 1759-1798, Nachdruck Paris 1899-1927.

2. Literatur

AURELL Martin, „Pouvoir et contre-pouvoirs en Rouergue sous la domination catalane (1112-1204)", *Libertés locales et vie municipale en Rouergue, Languedoc et Roussillon*, Fédération historique du Languedoc Méditerranéen et du Roussillon (Hg.), S. 127-136 (Actes du LVIXe Congrès de la Fédération historique du Languedoc méditerranéen et du Roussillon, Millau, 19-20 juin 1987).

BARTHELEMY Dominique, *L'an mil et la paix de Dieu - La France chrétienne et fédoale, 980-1060*, Paris 1999.

[18] Schröder, Nr. 12 (S. 138-143); Hartmann, Synoden, S. 379-380.

[19] Sugers *Vita Ludovici Grossi* vgl. bei Hoffmann, Gottesfriede, S. 210 sowie S. 212.

[20] Caesarius von Heisterbach schildert das Geschehen in seiner *Vita s. Engelberti archiepiscopi Coloniensis.* Auf die Ermordung Annos von Köln im Jahre 1074 und die Erschlagung Arnolds von Selenhofen in seiner Bischofsstadt Mainz im Jahre 1160 sei gleichfalls hingewiesen, vgl. hierzu vor allem: Kaiser, „Mord im Dom", S. 100-101 und 118-119 sowie ausführlich: Wadle, „Landfriedensrecht in der Praxis", S. 89-92.

BOSL Karl, „*'Potens'* und *'pauper'*. Begriffsgeschichtliche Studien zur gesellschaftlichen Differenzierung im frühen Mittelalter und zum 'pauperismus' des Hochmittelalters", *Festschrift O. Brunner, Alteuropa und die moderne Gesellschaft*, Göttingen 1963, S. 60-87.

DELMAIRE Bernard, *Le diocèse d'Arras de 1093 au milieu du XIVe siècle, Recherches sur la vie religieuse dans le Nord de la France au Moyen Age*, Arras 1994.

FAVREAU Robert, „Le Concile de Charroux (989) et la Paix de Dieu", *Bulletin de la Société des antiquaires de l'Ouest = B.S.A.O.* 3 (1989), S. 213-219.

GERGEN Thomas, *Pratique juridique de la paix et trêve de Dieu à partir du concile de Charroux (989-1250). Juristische Praxis der Pax und Treuga Dei ausgehend vom Konzil von Charroux (989-1250)*, thèse en droit/juristische Dissertation Saarbrücken 2003; Frankfurt/Main 2004 (Rechtshistorische Reihe 285).

DERS:, «Luft macht eigen – Stadtluft macht frei»: Rechtsordnung und Friede in der hochmittelalterlichen Stadt. In: M. Herberger/T. Reichmann (Hg.), Friede, Tagung der Transcultura, Saarbrücken 2010, S. 46-76.

DERS., Gottesfrieden. In: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Berlin 2009, Sp. 470-473.

DERS., Le critère de l'idoneitas des témoins dans la pratique judiciaire médiévale. In: Traditio Ivris. Permanence et/ou discontinuité du droit romain durant le haut moyen âge, Actes du colloque international du 9 au 10 octobre 2003, Université Jean Moulin Lyon, 2005, S. 395-406.

DERS., The Geographical and Practical Legal Impact of the Peace of God in Eleventh Century Aquitaine. In: Boundaries of the Law: Geography, Gender and Jurisdiction in Medieval and Early Modern Europe (International Legal History Conference: Mapping the Law. Examining the jurisdictional, jurisprudential, geographical, conceptual, perceptual, gendered and ethical boundaries of the Law in the medieval and early modern periods, Exeter, 5. April 2003), Aldershot 2005, S. 21-37.

DERS., Le vocabulaire de la protection juridique des „cercles de paix" en Catalogne et en France (Xe-XIIIe siècles). In: Revista de Llengua i Dret 43 (2005), S. 117-128 (Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona).

DERS., Gottesfriede und Treuga Dei im Spiegel zeitgenössischer Rechtspraxis und Dichtung in Frankreich und Spanien. In: Magazin Forschung der Universität des Saarlandes 2 (2003), S. 15-23.

DERS., Gottesfrieden und Gewalt gegen Bischöfe – Überlegungen zu den Rechtsgrundlagen des Sanktionensystems. In: N. Fryde/D. Reitz (Hg.), Bischofsmord im Mittelalter. Murder of Bishops (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte Bd. 191), Göttingen 2003, S. 83-96.

DERS., Paix éternelle et paix temporelle: Tradition de la paix et de la trêve de Dieu dans les compilations du droit coutumier territorial. In: Cahiers de Civilisation Médiévale 45, Poitiers 2002, S. 165-172.

DERS., Pax et Treuga dans Romanistik et Germanistik. In: G. Holtus/J. Kramer (Hg.), Ex traditione innovatio. Festschrift Max Pfister zum 70. Geburtstag (Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Beiträge zur Romanistik 7), Bd. II, Darmstadt 2002, S. 311-320.

DERS., Et meam considerans culpam .... La Paix de Dieu comme source juridique pour la résolution de conflits. In: Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique C.I.A.J. 6 (2001), La Culpabilité, S. 367-385 (Actes des XXe Journées d'Histoire du Droit du 4 au 6 octobre 2000 à Limoges).

DERS., Droit canonique et protection des cercles de paix (Le vocabulaire de la protection, droit), La protection spirituelle au Moyen Age (XIIIe – XVe siècles). In: Cahiers de recherches médiévales d'Orléans 8 (2001), S. 135-142.

DERS., Pau e teva de nostre Senyor in den Usatges de Barcelona: Frieden durch rhetorische Formeln? In: C.-D. Pusch (Hg.), Katalanisch in Geschichte und Gegenwart (De Lingulis 1), Tübingen 2001, S. 65-76.

DERS., Zur mittelalterlichen Gottes- und Landfriedensbewegung in Katalonien – ein Forschungsbericht. In: Mitteilungen des Deutschen Katalanistenverbandes/Notícies de l'Associació Germano-Catalana 40 (Juli 2001), S. 54-62.

DERS., Texttradition der Usatges de Barcelona am Beispiel von pau e treva und den XXX passes (sagreres) der katalanischen Friedenskonzilien. In: Sybille Grosse/Axel Schönberger (Hg.), Dulce et decorum est philologiam colere. Festschrift D. Briesemeister zu seinem 65. Geburtstag, Berlin 1999, Bd. I, S. 257-277.

DERS., „Et meam considerans culpam...La Paix de Dieu comme source juridique pour la résolution des conflits", Cahiers d'Anthropologie Juridique 6 (2001), „La Culpabilité", Limoges, S. 367-386.

DERS., „Le concile de Charroux (989) et la Paix de Dieu: un premier pas vers l'unification du droit pénal au Moyen Âge?", Bulletin de la Société des antiquaires de l'Ouest = B.S.A.O. 12 (1998), S. 1-59.

GOETZ Hans-Werner, „La paix de Dieu en France autour de l'an mil: fondements et objectifs, diffusion et participants", *Le roi de France et son royaume autour de l'an mil*, PARISSE Michel / BARRAL I ALTET Xavier (Hg.), Paris 1992, S. 131-146 (Actes du colloque Hugues Capet 987-1987, La France de l'an Mil).

DERS., „Die Gottesfriedensbewegung im Licht neuerer Forschungen", *Landfrieden. Anspruch und Wirklichkeit*, BUSCHMANN Arno / WADLE Elmar (Hg.), Paderborn/München/Wien/Zürich 2001, S. 31-54 (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Neue Folge, Band 98).

HARTMANN Wilfried, *Die Synoden der Karolingerzeit im Frankenreich und in Italien*, Paderborn 1989 (Konziliengeschichte: Reihe A, Darstellungen).

HEAD Thomas, „The Development of the Peace of God in Aquitaine (970-1005)“, *Speculum* 74 (1999), S. 656-686.

HEUCLIN Jean, „Violence et meurtres dans le clergé gaulois pendant le haut moyen âge“, CAZIER P. / DELMAIRE J.M. (Hg.), *Violence et religion*, Lille 1998, S. 131-150.

HOFFMANN Hartmut, *Gottesfriede und Treuga Dei*, Stuttgart 1964 (Schriften der MGH 20).

HUBERTI Ludwig, *Studien zur Rechtsgeschichte der Gottesfrieden und Landfrieden*, 2 Bände, Ansbach, 1892.

KAISER Reinhold, *Bischofsherrschaft zwischen Königtum und Fürstenmacht – Studien zur bischöflichen Stadtherrschaft im westfränkisch-französischen Reich im frühen und hohen Mittelalter*, Bonn 1981 (Pariser Historische Studien 17).

DERS., „Mord im Dom. Von der Vertreibung zur Ermordung des Bischofs im frühen und hohen Mittelalter“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte –Kanonistische Abteilung, ZRG KA* 110 (1993), S. 95-134.

KÉRY Lotte, *Die Errichtung des Bistums Arras 1093/1094*, Sigmaringen 1994 (Beihefte der Francia 33).

LAURANSON-ROSAZ Christian, *L'Auvergne et ses marges (Velay, Gévaudan) du VIIe au XIe siècle: La fin du monde antique?*, Le-Puy-en-Vélay 1987 (Les Cahiers de la Haute Loire).

SCHMITZ Gerhard, „Das Konzil von Trosly (909). Überlieferung und Quellen“, *Deutsches Archiv DA* 33 (1977), S. 341-434.

WADLE Elmar, „Landfriedensrecht in der Praxis“, *Landfrieden. Anspruch und Wirklichkeit*, BUSCHMANN Arno / WADLE Elmar (Hg.), Paderborn/München/Wien/Zürich 2001, S. 73-94 (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Neue Folge, Band 98).

Begriffsgeschichte und positives Recht: ein Jurist im Vergleich mit einem Historiker*
(History of Concepts and Positive Law: a Lawyer as Opposed to a Historian)

*Mariavittoria Catanzariti***

Abstract

This paper examines the connection between "Begriffsgeschichte" (History of Concepts) and positive law as regards the polarization „public/private" and „public law/private law". It shows how the distinction between public law and private law turns out to be clearer and more stressed than the corresponding distinction within the semantic field „public/private". Nevertheless, the legal distinction does not lose the semantic trace. This thesis will be verified through the analysis of the Lexikon "Geschichtliche Grundbegriffe" in order to compare lawyers' and historians' perspectives.

Key words: *„Begriffsgeschichte"; Dichotomy ‚public/private'; Bourgeois Society; Public sphere; Secrecy.*

1. Vorbemerkungen

Die Auswahl meiner Überlegungen möchte ich auf zwei Standpunkte stützen: einerseits auf eine methodische Erfahrung aus persönlicher Neugier, andererseits habe ich im Lauf meiner Ausbildung gesehen, dass eine kontextualisierte, oder zumindest nicht ent-kontextualisierte wissenschaftliche Annäherung erforderlich ist.

Eine Studie des Rechts, die nicht nur dogmatisch sei, sondern die auf eine Fokussierung der Beziehungen zwischen der Gesellschaft und den rechtlichen Ansprüchen zielen möchte, soll den Horizont erweitern, um die Ereignisse zu verstehen, die wir erleben.

Die Untersuchung des Themas, das ich hier behandeln möchte, kann nicht in einer rein innerrechtlichen Analyse der normativen Rechtsordnung bestehen. Deswegen schlage ich folgende Festlegung des Gegenstands meiner These vor: mein wissenschaftliches Interesse gilt der Untersuchung des Geheimnisses im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und privatem Recht.

Ich werde drei Aspekte ansprechen: erstens, den Zusammenhang zwischen „Geheimnis/Geheimhaltung" und Begriffsgeschichte; zweitens die Frage, wie das Thema „Geheimnis" in das Recht eingegliedert wurde; drittens, wie Begriffsgeschichte und Rechtswissenschaft zusammenhängen.

Ein Historiker würde zunächst wohl fragen:

„Auf welchen Zeitraum beziehen Sie sich?"

Der Zeitraum, auf den ich mich beziehe, ist ziemlich breit, und zwar aufgrund einer interdisziplinär-kontextualisierenden Arbeitsmethode.

Dazu möchte ich weiters feststellen: mein Interesse gilt nicht der Geschichte des Geheimnisses entweder als Begriff oder als Institution im öffentlichen und privaten Recht[1]. Das würde eigentlich den Rechtshistoriker interessieren. Mich interessiert hingegen die Entwicklung einer Rechtstheorie des Geheimnisses.

Was ich vorhabe, ist, die normativen Tendenzen und die dahinterliegenden kulturellen Vorbilder darzulegen, die die Relevanz des Geheimnisses im öffentlichen und privaten Recht bestimmen.

Zu einer solchen Analyse gehört es nachzuweisen, dass das Geheimnis zuerst in der Rechtstheorie der Souveränität in Zusammenhang mit dem Begriff "publicum" institutionalisiert worden ist.

2. Der Zusammenhang zwischen „Geheimnis/ Geheimhaltung" und Begriffsgeschichte

Zuerst werde ich erklären, dass die Begriffe „publicum" und „geheim" zusammen entstanden sind. Dann werde ich über das Verhältnis zwischen Privatrecht und Geheimnis, das mit den modernen Verfassungen aufkommt, sprechen [2].

Gegenstand meines Interesses ist das kulturelle Modell, in dem sich die Beziehung zwischen dem Geheimnis und dem „privaten/öffentlichen Recht" entwickelt hat.

Der Theoretiker sollte eigentlich eine Theorie erarbeiten. Er kann dies mit Hilfe von Quellen und Instrumenten, mit denen ihn seine Zeit ausstattet, machen.

Welche aber verwendet er?

* Die ursprüngliche Fassung dieses Beitrags wurde im Oktober 2012 als wissenschaftliche Besprechung beim Institut für Zeitgeschichte in München präsentiert. Ich bedanke mich bei den Teilnehmern dieses Kolloquiums für ihre Feedbacks und insbesondere bei Frau Dr. Gabriele Sprigath und Frau Barbara Dorfmann für die sprachliche Revision.

** Mariavittoria Catanzariti, PhD., Lehrstuhl für Europäisches Recht, Universität Rom III (Universitŕ di Roma Tre), Italien.

1 BRUNNER, Otto, 'Bemerkungen zu den Begriffen "Herrschaft" und "Legitimität"', *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, Göttingen, 1968, S. 70.

Das Vorbild, das unseren Blick prägt, ist die Geschichte der europäischen Nachkriegsverfassungen. Sie erlaubt uns, mit einem juristischen Begriffsinstrumentarium zu arbeiten, welches demokratische Prinzipen und politische Projekte beinhaltet. Diese Gegebenheiten stellen uns vor die Frage: *woher kommen die Begriffsbildungen, die von einer gegebenen Gesellschaft in den Nachkriegsverfassungen umgesetzt worden sind?*

Am Begriff der Geheimhaltung möchte ich zeigen woher sie kommen.

Wenn man von der Idee ausgeht, dass den europäischen Nachkriegsverfassungen die Aufgabe „Kampf gegen jeglichen Machtvorrang" zu Grunde liegt und dass sie, dem programmatischen Versprechen des „nie wieder" verpflichtet waren, fängt man an zu verstehen, dass das Geheimnis zum Gradmesser des Gleichgewichts zwischen privat und öffentlich wurde.

Die Herausforderung bestand darin, dass kein "Publicum", das heißt öffentliche Macht, bzw. Interessen oder Gemeinwohl, sich in „Privates", das heißt private Macht, bzw. Rechte und Interessen, verwandeln dürfe. Mitunter ist das Geheimnis eine Einrichtung, um den Konflikt zu lösen und die Dichotomie zu verringern; mitunter wurde das Geheimnis von der Macht dazu benutzt, den Konflikt zu verstärken und private Interessen politisch durchzusetzen

In diesem Sinne trifft die Formulierung von Norberto Bobbio zu, wonach das Geheimnis „das fehlende Versprechen der Demokratie" sei[3]. Daraus hat der altrömische Jurist Eneus Domitius Ulpianus (170 ca.-228 n. Chr.) folgende Lehre gezogen: die Regierung der „res publica in publicum".

Methodisch gesehen resultieren aus der Analyse des Geheimnisses drei Anwendungen des Begriffs „Geheimnis": die theoretische, die historiographische und die normative.

Erstens: mit der theoretischen Verwendung meine ich das System, auf welches das Wort „Geheimnis" zu beziehen ist, nämlich die moderne Theorie der Souveränität, in der das Geheimnis als „Baustein" der legitimen Macht funktioniert.

Zweitens: die historiographische Benutzung ist auf die Untersuchung des Geheimnisses innerhalb der Regierungsformen und der Ereignisse, die es verursacht haben, gerichtet.

Drittens: als normative Anwendung, meine ich hingegen die Eingliederung des Geheimnisses in die Rechtsinstitute, manchmal auch implizit, und zwar durch Bezugspunkte für das Geheimnis, wie zum Beispiel allgemeine rechtliche Klauseln: *salus rei publicae*, *ratio status*, *autodichìa* (lat. für Selbstregierung) des Bundestags.

Wenn diese drei Verwendungen sich überschneiden, dann ist es unmöglich, einzelne Aspekte zu behandeln, ohne diese von den anderen abzugrenzen. Im Fall des Geheimnisses passiert etwas anderes, und zwar werden diese drei Anwendungen notwendigerweise miteinander verbunden.

3. Wie das Thema „Geheimnis" in das Recht eingegliedert wurde

Das Problem des Geheimnisses fängt an sich zu zeigen, wenn diese drei Benutzungsweisen zur Konvergenz kommen, und zwar dann, wenn einerseits das Geheimnis eine theoretische Relevanz verdienen würde (bzw. wenn man darüber zu sprechen und zu schreiben anfangen würde), und andererseits, wenn das Geheimnis in der politischen Praxis durch ein System von bestimmten und kodifizierten Regeln institutionalisiert würde.

Eine Spur dieser Koinzidenz ist mit dem Westfälischen Frieden von 1648 zu datieren, mit dem die nationalen Staaten gegenseitige internationale Anerkennung erlangten.

Was passiert in dieser Zeit mit dem Thema „Geheimnis"?

Die Theorie der Staatsräson wird gegründet, und - das ist wichtig - sie ist von der Theorie der „arcana imperii" zu unterscheiden, mit der sie gewöhnlich verwechselt wird[4].

Die Lehre der ‚Raison d'état' ist mehr als eine propagandistische Behauptung des Nationalstaates[5]. Eigentlich handelt es sich um den leibhaftig öffentlichen Diskurs der Macht, der die programmatische Ordnung des Staates vermittelt - deswegen hat der Jurist Koskenniemi zum Beispiel in dieser Spur den Ursprung des Internationalen Rechts geortet[6]. Das Geheimnis macht durch eine innere Rechtfertigung, die so genannte *ratio status*, möglich, was nicht durch die normative Legitimität gerechtfertigt ist.

Es ist das erste Mal in der Geschichte, dass das Geheimnis öffentlich durch institutionelle Mittel anerkannt wird, als ein „Ausnahmeelement", das die Grenzen des Gesetzes ausgleichen könnte[7].

Wenn es richtig ist, dass diese drei Benutzungen, theoretische, historiographische und normative, sich im 17. Jahrhundert verknüpfen, dann ist es auch richtig, die Entstehung der Öffentlichkeit als ein Ergebnis der Selbstbehauptung des Staates zu interpretieren.

Dann stellen sich aber auch weitere Fragen: erstens, inwiefern kann die dreifache Benutzung meinen Untersuchungen dienlich sein, und zweitens, aus welchen Komponenten baut sich das Verhältnis „Staat – Geheimnis" auf.

Nebenbei gesagt gehe ich hier von einem anderen Zeitraum der Moderne aus als Hans Ulrich Gumbrecht im Lexikon „Geschichtliche Grundbegriffe"[8], der Reinhart Koselleck erwähnt: «Die

---

2 Darüber schreibt unter anderen Michael Stolleis in seinem umfassenden Werk *Die Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bände 1-2, München, 1988-1992.

3 BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, S. 97.

4 WEINACHT, Paul – L., 'Fünf Thesen zum Begriff der Staatsräson. Die Entdeckung der Staatsräson für die deutsche politische Theorie (1604)', *Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs,* Schnur R. (Hrsg.), Berlin, 1975, S. 65-71.

5 GAUCHET, Marcel, 'L'État au miroirs de la raison d'Etat: La France et la chrétienté', Yves Charles Zarka (Hrsg.), *Raison et déraison d'Etat. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI et XVII siècles,* Paris, 1994, S. 237.

6 KOSKENNIEMI, Martii, 'International Law and Raison d'état: Rethinking to the Prehistory of International Law', Beniamin Kingsbury & Benedict Straumann (Hrsg.), *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire,* Oxford University Press, 2010, S. 315.

7 CAMPANELLA, Tommaso, *Aforismi politici*, A. Cesaro (Hrsg.), Alfredo Guida Editore, Napoli, 1997, § 35, S. 55.

8 GUMBRECHT, Hans Ulrich Gumbrecht, ‚Moderne', *Geschichtliche Grundbegriffe,* O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Stuttgart, 1978, Band 4, S. 130.

Geschichte der Bedeutungen des Prädikats 'modern' bestätigt die der Konzeption dieses Lexikons als ‚heuristischer Vorgriff' zugrunde liegende Vermutung, „dass sich seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts ein tiefgreifender Bedeutungswandel klassischer topoi vollzogen hat, dass alte Worte neue Sinngehalte gewonnen haben, die mit der Annäherung an unsere Gegenwart keiner Übersetzung mehr bedürftig sind„» [9].

Bei der ersten Frage, inwiefern die dreifache Benutzung meinen Untersuchungen dienlich sein kann, ist zu unterscheiden zwischen der Analyse des Geheimnisses als zufälligem Faktor der Regierungsformen und der Analyse des Geheimnisses als Faktor der Macht, bzw. der Politik. Das beeinflusst natürlich auch den historischen Gesichtspunkt.

Bei der zweiten Frage geht es darum, aus welchen Komponenten sich der Staat aufbaut, insofern das Geheimnis im Zusammenhang mit Öffentlichkeit entsteht: der Staat ist nicht nur eine Erschaffung seitens des Souveräns, sondern des Individuums, das einen Vertrag abschließt.

Das bestätigt die Lehre von der ‚Raison d'état'. Sie kann unter zwei Gesichtspunkten betrachtet werden: einerseits als ein Weg, der die Überschneidung zwischen der *ratio* des Souveräns mit der *ratio status* rechtfertigt[10]; anderseits als ein Kommunikationsraum, in dem sich das Individuum durch die Ent-institutionalisierung der Macht emanzipiert[11].

Jetzt komme ich zum Titel meines Beitrags „Begriffsgeschichte und positives Recht: ein Jurist im Vergleich mit einem Historiker". Ich habe diesen Titel gewählt, weil er mir ein wichtiger Hinweis zur Zusammenfügung der drei Anwendungen des Geheimnisses zu sein scheint.

Meine Entscheidung ist eine methodische; sie hat nicht den Anspruch einer historischen, sondern einer juristischen Untersuchung. Das will heißen, dass ich mich in bestimmten Teilen meiner Arbeit mit solchen Rechtsinstituten befasse, bei denen sich dieses Verfahren in verschiedenen Beziehungen deutlich zeigt: vom Gesichtspunkt der Theorie der Demokratie; vom historischen Gesichtspunkt, weil diese Rechtsinstitute einen Übergang oder eine ‚*Sattelzeit*' (wie Koselleck es nennt) durch verschiedene Weltanschauungen zeigen; von einem normativen Gesichtspunkt, weil sie einen Wechsel in der Dialektik von Recht und Lösungen von Rechtsproblemen betreffen.

Zurück zur Semantik: im Lexikon „Geschichtliche Grundbegriffe" kommen die Stichwörter „Geheimnis" oder „Geheimhaltung" nicht vor. Es gibt dort nur zwei Hinweise: der erste findet sich im Stichwort „Staat und Souveränität" unter dem Titel „Staatsräson"[12]; der zweite im Stichwort "Verein" unter dem Begriff „Geheimgesellschaft"[13].

Die Begriffsgeschichte liegt dem Ausarbeiten politischer Begriffe in der europäischen Verfassungsgeschichte zu Grunde und prägt einen Mechanismus von logischen Koordinaten innerhalb einer allgemeinen juristischen Sprachregelung. Dieser Mechanismus vereint geschichtliche Begriffe mit Kriterien und Denkweisen der Konstitutionalisierung des Lebensraums, um die Ideologisierungen und die Anachronismen zu vermeiden, die aus der Ideengeschichte herstammen könnten. Ohne die Entsprechung zwischen politischen Projekten und der Verfassung schreibt zu Recht Dieter Grimm unter dem Stichwort *Verfassung II* des Lexikons: "Die *Konstitution* kann dann geradezu als Zusammenfügung der *politischen Bestandteile des Staates nach einem willkürlichen Prinzip* definiert werden"[14]. In diesem Zusammenhang ist das Geheimnis in der Tat ein rein kontingentes Element. Deshalb kommt es meiner Meinung nach im Lexikon „Geschichtliche Grundbegriffe" nicht vor. Bei mir hingegen ist das Geheimnis nicht nur ein Bestandteil der Lehre der „raison d'État", sondern es liegt ihr zu Grunde. Berühmt ist die historische Debatte über den Gegensatz von Begriffsgeschichte und Ideengeschichte. Als Beispiel nenne ich nur die *Querelle* zwischen Carl Schmitt und Friedrich Meinecke. Carl Schmitt kritisierte in einem Aufsatz von 1926 das 1924 erschienene Buch „Die Idee der Staatsräson" von F. Meinecke. Seiner Meinung nach stellt Meinecke eine Dichotomie zwischen Universalem (Gemeinwohl) und Partikularem (individuellem Interesse) dar. Carl Schmitt hingegen behauptet, dass die Staatsräson keine heiligen Inhalte habe, sondern einen kontingenten und politischen Charakter, der mit der Entscheidung des Souveräns zu tun hat. Schmitt schreibt: „ Sein Dualismus vermeidet [...] die juristische Seite des Problems und bleibt im Moralischen"[15].

Das Geheimnis, entweder als politisches oder juristisches Element, stellt den Ursprung des semantischen Feldes „öffentlich/privat" dar. Es hat eine Eigenheit, weil es nicht als das ursprüngliche Wort auf ontologische Gründe, die mit dem unsichtbaren Charakter zu tun haben, dargestellt werden kann. Deswegen stellt das Geheimnis das begriffliche Ableitungssystem in Frage, das sich aus der Dichotomie ergibt. Seine Funktion ist es, dieses semantische Feld nicht einzuschränken, sondern es auszuweiten. Ich zitiere Koselleck: "Ein Wort kann nun – im Gebrauch – eindeutig werden. Ein Begriff dagegen muss vieldeutig bleiben, um ein Begriff sein zu können. Auch der Begriff haftet zwar am Wort, er ist aber zugleich mehr als ein Wort: Ein Wort wird zum Begriff, wenn die Fülle eines politisch-sozialen Bedeutungs- und Erfahrungszusammenhanges, in dem und für den ein Wort gebraucht wird, insgesamt in das eine Wort eingeht"[16].

Jetzt komme ich zur zweiten Frage:

Warum spricht man über ein semantisches Feld „Öffentlich/Privat"?

Die Rechtfertigung des ‚publicums' im Sinne von Öffentlichkeit, *ergo* von Politik, verwirklicht ein Verfahren, das dem Privaten einen Emanzipationsraum erschließt.

---

[9] KOSELLECK, Reinhart, 'Einleitung', *Geschichtliche Grundbegriffe*, O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Stuttgart, 1972, Band 1, S. XV.
[10] MEINECKE, Friedrich, *Die Idee der Staatsräson*, W. Hofer (Hrsg.), München, 1957, S. 19.
[11] Ibid., S. 14.
[12] CONZE, Werner, 'Staat und Souveränität', *Geschichtliche Grundbegriffe*, O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Stuttgart, 1990, Band 6, S. 12-17.
[13] HARDTWIG, Wolfgang, 'Geheimgesellschaft', *Geschichtliche Grundbegriffe,* O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Stuttgart, 1990, Band 6, S. 796-01.
[14] GRIMM, Dieter, 'Verfassung II', *Geschichtliche Grundbegriffe*, O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Stuttgart, 1990, Band 6, S. 882.
[15] SCHMITT, Carl, 'Zur Friedrich Meineckes ‚Die Idee der Staatsräson'', *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar, Genf, Versailles,* Hamburg, 1940, S. 47
[16] KOSELLECK, Reinhart, 'Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte', R. Koselleck (Hrsg.), *Historische Semantik und Begriffsgeschichte*, Stuttgart, 1979, S. 29.

Dieser Prozess beginnt 1555 mit dem „Reichsabschied“: mit diesem internationalen Abkommen - dem Augsburger Religionsfrieden – wird eine friedliche Koexistenz von Luthertum und Katholizismus ermöglicht[17]. Die wichtigste Konsequenz ist die Parität der Konfessionen. Diese gründet sich auf einer politischen Kompromissformel: *“cuius regio eius religio“* (wessen Land, dessen Religion). Dieses Prinzip erlaubt den Untertanen keine religiöse Freiheit, sondern gibt den Fürsten die Freiheit, den Untertanen ihre Religion aufzudrängen. Die Untertanen, die nicht konvertieren wollten, hatten das *ius emigrandi* (Reichsabschied § 24 - Abzugsrecht bei Bekenntniswechsel), d.h. das Recht, in ein Territorium ihres Glaubens zu ziehen.

Nach 1555 hatte der Kaiser keine religiösen Kompetenzen mehr. Luthertum und Katholizismus waren formal gleichgestellt. Später, mit dem Westfälischen Frieden von 1648, wurde auch der Calvinismus angenommen[18]. Seitdem trennen sich die Autorität des Souveräns und die der Kirche. Das heißt: die Herrschaft des Territorialherren über die Religionsfreiheit seiner Untertanen hörte auf. Dies stellt eine Ausnahme des Prinzips des Reichsabschiedes dar. Die private Moral wird zum Freiheitsraum, und der Souverän darf nicht über das religiöse Bekenntnis seiner Untertanen verfügen[19].

Niklas Luhmann stellt in „Gesellschaftsstruktur und Semantik“ fest, dass damit dieses Zeitalter auf sich selbst zu reagieren anfängt[20].

Hierzu schreibt Franz Schneider unter dem Titel „Presse, Pressefreiheit, Zensur“:„Das inhaltliche Anliegen der Zensur war der Schutz der Religion, der guten Sitten und der Staatsinteressen[21]. Der Schutz des Glaubensgutes war für den Staat deshalb von Bedeutung, weil nach dem Prinzip des cuius regio, eius religio das Glaubensgut als Staatswahrheit rangierte” [22], und weiter an einer anderen Stelle: ”Nicht nur als verächtlich, sondern auch als leistungsschwach wurde das Zeitungswesen begriffen. Die Ursache dafür wurde in der Geheimhaltung der Politik der Höfe gesehen. Zu einer Art Kommunikations-Machiavellismus entwickelte sich das Prinzip, das politische Überlegen in Schweigen zu hüllen, das Reden aber in Befehle zu kleiden. Nur den Willen zu künden, nicht die Erwägung, und Fragen und Kritik von außen als autoritätsfeindlich durch die Zensur abzuwürgen – dies ist der Kern des Arkanmodells, wie es vor allem Arnold Clapmarius inaugurierte”[23].

Dieser Emanzipationsraum ist der Prototyp der Privatsphäre, über den Juergen Habermas 1962 im Buch *Strukturwandel der Öffentlichkeit* schreibt. Er hat sich im Gegensatz zur öffentlichen Sphäre entwickelt. Zum Stichwort „bürgerliche Gesellschaft“ von Manfred Riedel im Lexikon „Geschichtliche Grundbegriffe“ heißt es dazu: «Die Sphäre des Öffentlichen, die „öffentliche Gesellschaft“ (societas publica), bleibt das eigentliche Kriterium dieser Zivilsphäre. Seine Maßstäbe sind zwar apolitisch, aber keineswegs „privat“. Denn die „Welt“ oder „Gesellschaft“, in der sich die Kultur des Umgangs und Geschmacks ausbildet, fordert das Freisein von allen dem Menschen als bürgerliche (= politische) wie als Privatperson anhaftenden Beschränkungen (Geburt, Stand, Beruf, Geschäft)»[24]. Dieser soziale Wandel verursacht die Entwicklung der persönlichen Freiheit als Rechtsschutz der „anbrechenden“ bürgerlichen Institutionen, aber noch in Form von „Untertanenrechten“: den Schutz der Wohnung und des Briefgeheimnisses. Gleichzeitig entwickelten sich einige Formen der Gedankenfreiheit, wie das Recht auf die eigenen Papiere und das Postgeheimnis. Das Durchsuchen von Papieren (*ius inspectionis*) zum Beispiel wurde nur erlaubt, wenn “*dringend wahrscheinlich*” war, dass sie für die Untersuchung nötig seien[25]. Der Hausfrieden hatte tatsächlich eine politische Bedeutung: das Haus war der private Verwahrer der sozialen Werte[26].

Im Allgemeinen herrscht das damalige Prinzip des Freiheitrechts der Person, das in der Frankfurter Reichsverfassung von 1849 wiederholt wird (Beispiele: § 140 Unverletzlichkeit der Wohnung; § 142 Gewährleistung des Postgeheimnisses)[27].

Es ist kein Zufall, dass die Geheimen Gesellschaften sich genau in dieser Zeit entwickeln. So schreibt der Historiker August Ludwig von Schlözer, dass „die größte Weisheit des Staates darin besteht, [...] die Menschen machen zu lassen, so lange sie nicht die öffentliche Ruhe oder das Recht des Dritten stören“[28].

Das Lexikon „Geschichtliche Grundbegriffe“ liefert unter dem Stichwort „Verein“ hierzu einen wichtigen Hinweis: “*Die geheime Gesellschaft* schuf eine Möglichkeit, *die wirkliche Welt von ganz neuen Seiten* zu betrachten, und bot ein Surrogat *menschlicher Leidenschaften, Neigungen, Entwürfe, Meinungen und Phantasien*, die in der traditionsgeleiteten Moralität und Handlungsnorm der vormodernen Gesellschaft unterdrückt und tabuisiert worden waren. Das Geheimnis sicherte diesen Impulsen gesteigerter

[17] SCHILLING, Heinz, *Konfessionalisierung und Staatsinteressen 1559-1659. Internationale Beziehungen*, Paderborn, 2007, S. 397-405.
[18] EKKEHARD, Jost, *Staatsschutzgesetzgebung im Zeitalter des Absolutismus, dargestellt am Beispiel Brandenburg- Preußens in der Zeit von 1640 bis 1786,* Heft 73, Berlin, 1998, S. 88.
[19] SCHNUR, Roman, *Individualismus und Absolutismus*, E. Castrucci (Hrsg.), Mailand, 1979, S. 90.
[20] Über diesen Emanzipationsraum schreibt Leo Strauss 1952 in seinem berühmtem Buch *The persecution and the art of writing* (The University of Chicago Press, Chicago).
[21] EKKEHARD, Jost, *Staatsschutzgesetzgebung im Zeitalter des Absolutismus, dargestellt am Beispiel Brandenburg-Preußens in der Zeit von 1640 bis 1786,* S. 86.
[22] SCHNEIDER, Franz, ‘Presse, Pressefreiheit, Zensur’, *Geschichtliche Grundbegriffe*, O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Stuttgart, 1978, Band 4, S. 905.
[23] Ibid., S. 908.
[24] RIEDEL, Manfred, ‘Gesellschaft, bürgerliche’, *Geschichtliche Grundbegriffe*, O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Stuttgart, 1975, Band 2, S. 747.
[25] AUSTERMÜLE, Gisa, *Zur Entstehung und Entwicklung eines persönlichen Geheimsphärenschutzes vom Spätabsolutismus bis zur Gesetzgebung des Deutschen Reiches*, Berlin, Heft 91, 2002, S. 84, 105.
[26] Ibid., S. 45,85.
[27] Ibid., S. 94, 101; BALTHASAR, Stephan, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht. Eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute*, Tübingen, 2006, S. 84-85.
[28] SCHLÖZER, August Ludwig, ‘Etwas über geheime Verbindungen’, *Staatsanzeigen*, Heft XXXI, S. 290.

Intellektualität und Innerlichkeit einen Aktionsraum, der gegenüber der bürgerlichen Gesellschaft die Diskretion zu wahren versprach."[29].

Zu Recht schreibt Lucian Hölscher zum Begriff „Öffentlichkeit":«Die Leitfrage nach der Beziehung des Wortes "öffentlich" zu seinem jeweiligen Gegenteil, vor allem nach dem Verhältnis zwischen "Öffentlichkeit" und "Geheimnis", soll jedoch durchgängig gestellt werden»[30].

Am „Kontext" der Geheimhaltung möchte ich zeigen, warum die Erläuterung des Lexikons *Geschichtliche Grundbegriffe* bezüglich der Semantik des Geheimnisses nützlich ist[31].

4. Wie hängen Begriffsgeschichte und positives Recht zusammen?

Die Konzeptualisierung der Weltanschauungen führt zum Aufbau von kulturellen und rechtlichen Institutionen als einer organisierten Form des Lebens nach vorgegebenen Auffassungen. Nach Meinung der Theoretiker der Begriffsgeschichte ist der Aufbau dieser kulturellen Vorbilder in die Zeit zwischen 1750 und 1850 zu datieren, der so genannten ‚Sattelzeit'. In dieser Zeit verändern sich das soziale Gefüge und die Lebenswelt. Niklas Luhmann hingegen sieht diesen Prozess in einen größeren Zeitraum eingebettet, nämlich vom 17. Jahrhundert bis zum 19. Jahrhundert. Er bezieht sich auf die Transformation der Systeme in Reflexivität, d.h. als die Weise, in der Systeme sich selbst denken können.

Ich möchte darauf eingehen wie sich die Begriffsgeschichte zwischen 'publicus' und 'privatus' unterscheidet. So schreibt Lucian Hölscher unter dem Titel „Öffentlichkeit": "Der begriffliche Gegensatz von ‚publicus' und ‚privatus' ist nicht im Sinne der Unterscheidung von öffentlichem und Privatrecht im 19. Jahrhundert zu verstehen, die das Recht materiell nach zwei unterschiedlichen Gesichtspunkten ordnete. Vielmehr diente er unter weitgehender Wahrung der materiellen Rechtsverhältnisse einer begrifflichen Formveränderung des Rechts in der frühen Neuzeit, die erst allmählich auch eine Veränderung des materiellen Rechts nach sich zog. Daher konnte mit 'publicus' im 17. Jahrhundert jedes Herrschaftsrecht bezeichnet werden, das die verwaltende oder richtende Ordnungsfunktion einer selbstständigen Obrigkeit begründete"[32].

Dieter Grimm versucht, die politische Rolle der Trennung des öffentlichen Rechts und des privaten Rechts zu erklären: "Die privatrechtlichen Gesetze wollten verbindlich fixieren, was zwischen den Staatsbürgern Recht und Unrecht sei. Die öffentlichrechtlichen sollten bestimmte politische Ziele erreichen. Mit der privatrechtlichen Gesetzgebung erfüllte der Staat seinen eigentlichen Auftrag, Gerechtigkeit herzustellen. Die öffentlich-rechtlichen Normen verdankten ihre Existenz dem Umstand, dass die Regierungen meist unter dem Vorwand des Gemeinwohls noch weitere – willkürliche – Zwecke verfolgten [...]Wenn sich aber schon nicht verhindern lasse, dass das Gesetz auch als Mittel der Politik benutzt werde, so müsse man mindestens öffentliches und privates Recht reinlich trennen, damit nicht der Abglanz der absoluten Gerechtigkeit auch das politische Gesetz verkläre und aufwerte"[33]. Grimm zitiert auch Otto Brunner: so gewinnt „die übliche Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht einen präzisen Sinn erst unter der Voraussetzung des neuzeitlichen Souveränitätsbegriffs und der vom Staat getrennten Gesellschaft [...] Andererseits war dieser Zustand nicht schon mit der Scheidung der beiden Rechtsbereiche hergestellt. Im gleichen Maß, wie die Trennung von Staat und Gesellschaft garantieren sollte, war sie doch auch ihr Ausdruck"[34]. Schließlich nimmt die Perspektive der Begriffsgeschichte diesen Punkt wieder auf:«Seit der Zusammenfassung der Rechte der Obrigkeit und ihrer Absetzung von der Rechtssphäre der Privatpersonen im 17. Jahrhundert haben die Ausdrücke 'publicus' und 'öffentlich' die Bedeutung von „staatlich" in keiner westeuropäischen Sprache mehr verloren»[35].

Für diese Trennung von öffentlich und privat gibt es bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts viele Beispiele. Gegen Ende des 18. Jahrhunderts nimmt nach der Lehre von Kant der Begriff 'öffentliches Recht' den Nebensinn an, «dass dieses Recht 'öffentlich' nicht nur im Sinne von „staatlich", sondern auch im Sinne der notwendigen Publizität sei, die nach Kant jedes Gesetz brauchte, um mit Recht und Politik übereinzustimmen»[36].

Die Juristen hatten ihre Vorstellungen vom historischen Prozess und bestätigten die Trennung von öffentlich und privat mit ihren Beschreibungen.

Heute interpretieren wir diese historischen Prozesse mit einem Blick, der von den europäischen politischen Nachkriegsverfassungen geprägt ist. Diese versuchen, die Trennung zwischen privat und öffentlich wieder aufzuheben. Diese These werde ich im letzten Teil meines Beitrags darlegen.

Die Entstehung des Geheimnisses als öffentlicher Diskurs der Macht bedeutet einen unumgänglichen und sichtbaren Vorrang des öffentlichen Faktors über den privaten Faktor. In Bezug auf die Analyse der Normen ist zu bemerken, dass das Geheimnis nur im öffentlichen Recht generellen Klauseln unterliegt, wohingegen es nur bestimmten individuellen Rechten im privaten Recht entsprechen kann. Das bedeutet ein Übermaß an Öffentlichkeit, und zwar nicht als öffentliches Recht, sondern als Macht.

---

[29] HARDTWIG, Wolfgang, 'Verein', *Geschichtliche Grundbegriffe,* O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Stuttgart, 1990, Band 6, S. 797; drei Bücher sind zu diesem Phänomen relevant: "*Strukturwandel der Öffentlichkeit*" von Juergen Habermas; "*Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*" von Reinhart Koselleck und "*Staat und Recht der bürgerlichen Gesellschaft*" von Dieter Grimm.

[30] HÖLSCHER, Lucian, 'Öffentlichkeit', *Geschichtliche Grundbegriffe,* O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Stuttgart, 1978, Band 4, S. 414.

[31] Zum Begriff Öffentlichkeit gehört zum Beispiel auch die Entwicklung des Begriffs "iudicium publicum" (öffentliches Verfahren): als Popularklage; als Gegensatz zum kirchlichen Gerichtsverfahren; als öffentliche Form des Gerichtsverfahrens, Ibid., S. 417-419.

[32] Ibid., S. 424-425.

[33] GRIMM, Dieter, *Staat und Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1987, S. 84.

[34] Ibid., S. 103.

[35] HÖLSCHER, Lucian, 'Öffentlichkeit', *GG*, Band 4, S. 438.

[36] Ibid., S. 429.

Die normative Analyse beinhaltet eine theoretische Analyse. Die Benutzung des Geheimnisses ist nicht nur effizient, wenn die öffentliche Macht es gebraucht, sondern wenn das Verhältnis zwischen öffentlich und privat ausgeglichen ist. Diese besondere Ausgeglichenheitsfunktion kann in legalen Fällen genutzt werden.

Sollte man eine solche Deutung des Geheimnisses liefern, wirkt das als ein Weg, die Entwicklungsstufen der Moderne zu verstehen, die einerseits die Selbstbehauptung des Staates durch die Anerkennung der Rechtsordnung in der Formulierung *ratio status* oder *salus rei publicae* gewährleistet. Das beinhaltet die Anwendung von Verfahrensnormen, die erst die Existenz eines „legalen Rechts" gewährleisten. Andererseits ist das Geheimnis die Grenze der Selbstbehauptung des Staates, die Grenze der Staatsmacht angesichts individueller Rechte, und zwar die Unverletzlichkeit der Privatsphäre.

Natürlich gibt es auch eine andere Deutung des Geheimnisses, das „illegale Geheimnis", das u.U. eine sehr häufige Praxis jeglicher Regierung sein kann. Ich zitiere den Juristen Harald Barnert: "Das illegale Staatsgeheimnis soll vorliegend in grundsätzlich veränderter Perspektive diskutiert werden: Es wird nicht mehr nur in begrifflicher Verneinung des legalen Staatsgeheimnisses bestimmt unter der Fragestellung, in welchem Umfang es rechtlich zulässig sei und wann somit der ein illegales Staatsgeheimnis Offenbarende straflos sein könne, sondern es wird als ein Handlungsunrecht gesehen, begangen von staatlichen Funktionsträgern. Mit dem Problemkreis des illegalen Staatsgeheimnisses erfassen wir so nichts anderes als eine Missbrauchs- und Verletzungshandlung desjenigen Täters, der das an sich legale Mittel des Staatsgeheimnisses für illegale Ziele einsetzt"[37].

Die traditionelle Herangehensweise an das Thema der „Geheimhaltung" gestaltet sich jeweils unterschiedlich, je nachdem ob aus öffentlicher oder aus privater Perspektive: in Übereinstimmung mit der öffentlichen Perspektive erscheint die Geheimhaltung als ein Instrument der Macht. In Übereinstimmung mit der privaten Perspektive ist sie ein Instrument der individuellen Absicherung. Normalerweise stellt sich dieser allgemeine Rahmen als das Modell des Westens dar, um die Geheimhaltung in rechtlichen Systemen zuzulassen.

Dies gilt für einige Aspekte, die dieses Thema betreffen, wie die *Zeugnisverweigerungsrechte* im Strafverfahrensrecht; den Fall Wikileaks in Bezug auf das Problem der US-Verteidigungsstrategie (Spionagerecht vs. Geistiges Eigentum); die Jurisprudenz des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Bezug auf den Schutz des Geheimnisses des Privat- und Familienlebens (§ 8 ECHR), die Meinungsfreiheit (§ 10 ECHR), das geheime Vereinswesenverbot (§ 11 ECHR); den Fall der illegalen Auslieferung von Abu Omar als Fall von *extraordinary renditions*; die Archivgesetzgebung in den USA, Italien und Deutschland.

Diese Rechtsinstitute haben einen allgemeinen Grundzug, der die traditionelle Perspektive der Juristen und der Gesetzgeber darstellt: der Gegenstand zwischen dem Geheimnis im privaten Recht als „Gewähr" und dem Geheimnis im öffentlichen Recht als „Mittel der Macht".

Diese Methodologie wird dem kontingenten und wandelbaren Charakter des Geheimnisses nicht gerecht. Meiner Meinung nach sollte die traditionelle Frage der doppelten Perspektive „Privat"/"Öffentlich" neu analysiert werden. Die verschiedenen Gründe dafür können folgendermaßen zusammengefasst werden: die Geheimhaltung ist immer eine Propaganda der öffentlichen Macht, auch wenn sie private Rechte betrifft. Letztlich liegt die Geheimhaltung da, wo mehr Macht ist, als ein Ergebnis des Kampfes gegen die Macht ebenso wie die Benutzung der Macht selbst. Das beweist die Tatsache, dass es keinen Artikel zum Begriff „Geheimnis" im Lexikon „Geschichtliche Grundbegriffe" gibt.

5. Was kann das bedeuten?

Es gibt Elemente und Faktoren der Politik, die über keine Würde des Begriffs verfügen. Anders gesagt: das Geheimnis ist innerlich verbunden mit der Politik. Das bedeutet, dass eine universale Geschichte des Geheimnisses nicht umrissen werden kann, sondern dass es viele kleine Geschichten von Geheimnissen gibt. Deswegen finde ich die Methode der Begriffsgeschichte korrekt, die ein semantisches Feld und keinen bestimmten Begriff des Geheimnisses ausarbeitet. Sie ist eine hermeneutische Methode in der Mitte zwischen sprachlichen und geschichtlichen Benutzungen des Geheimnisses: sie thematisiert „synchronische Zustände und – entlang der Diachronie – deren Veränderung"[38].

Ich wäre nicht einverstanden mit jemandem, der behaupten würde, dass der Begriff „Geheimnis" im Lexikon „Geschichtliche Grundbegriffe" nicht vorkommt, weil er nicht wichtig sei für die Perspektive der Begriffsgeschichte, nicht einverstanden sein. Im Gegenteil: das Recht arbeitet mit einem normativen „Begriff" des Staatsgeheimnisses. Der Titel dieses Gesetzes ist genau "der Begriff des Staatsgeheimnisses", und das stellt die kulturelle Tendenz einer Vermischung der Anwendungen dar, über die ich eingangs gesprochen habe. In der Rechtssprache bedeutet das Wort „Begriff" eine Beschreibung. Das Gesetz mit dem Titel „Der Begriff des Staatsgeheimnisses" (§ 93 Strafgesetzbuch) lautet:

(1) Staatsgeheimnisse sind Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, die nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und vor einer fremden Macht geheim gehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden.

(2) Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder unter Geheimhaltung gegenüber den Vertragspartnern der Bundesrepublik Deutschland gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen verstoßen, sind keine Staatsgeheimnisse.

Demgegenüber schlage ich eine umfassende Analyse des Geheimnisses in Bezug auf die Dichotomie „Öffentlich/Privat" vor. Ich werde als Beispiel drei Rechtsinstitute nennen: erstens, die Gesetzgebung des Staatsgeheimnisses in Beziehung mit dem internationalen Terrorismus; zweitens, die Gesetzgebung

[37] BARNERT, Harald, *Das illegale Staatsgeheimnis*, München, 1978, S. 1.
[38] KOSELLECK, Reinhart, 'Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte', Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Historische Semantik und Begriffsgeschichte,* S. 33.

der geheimen Wahl innerhalb der Parlamentsversammlungen; drittens, den Schutz der geheimen Daten von Arbeitnehmern gegen Arbeitgeber.

Meine These zielt darauf zu zeigen, dass es einige Rechtsinstitute gibt, die zwischen öffentlichem Recht und privatem Recht liegen. In diese Richtung geht meiner Meinung nach die Überlegung von Georg Jellinek über die öffentlichen subjektiven Rechte als ein Freiraum, „ein unverletzlicher Raum". Ich zitiere einen Auszug aus seinem Buch „Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage": "Wie die Existenz des Staates vor aller Rechtsordnung als faktische Ordnung der sozialen Machtfaktoren gegeben ist, sucht sie sich mit unerbittlicher Notwendigkeit im Kampf mit allen ihr feindlichen Mächten zu behaupten, selbst mit der Rechtsordnung, wenn diese in ihrer positiven Ausgestaltung in Widerspruch tritt mit den staatlichen Daseinsbedingungen"[39].

Wir haben aber auch festgestellt, dass das Geheimnis ein Rechtsinstitut sein könnte, um im öffentlichen Recht oder im privaten Recht als Rechtsbehelf bestimmte Rechtsgüter zu schützen. Einige Juristen haben die Hypothese aufgestellt, dass die zwei Dimensionen des Geheimnisses, als Faktor der Politik und als Rechtsinstitut, nicht voneinander zu trennen seien. Anders gesagt, das Geheimnis hat unvermeidlich politischen Charakter, der geheim bleibt, wenn er nicht verrechtlicht werden kann.

Eine Rechtsordnung hat innere Wirkungsweisen, die ihr erlauben, die Anwendung des Geheimnisses zu kontrollieren. Das beeinflusst die Verteilung von öffentlichen und privaten Rechten. Mit anderen Worten, das Geheimnis kann ein neutraler Faktor dieser Rechtsverteilung werden, wenn zwischen dem politischen und rechtlichen Glied das rechtliche das stärkste wird, und zwar durch gute Gesetze, aufgrund des Bewusstseins, dass das politische Glied sich gegenüber dem rechtlichen Glied immer durchsetzt. Sollte durch Interessenabwägung das Gesetz entscheiden, wo die Grenzen der Geheimnisbenutzung liegen, bedeutet das, dass diese Beziehung sich verändert. Wenn sich das Geheimnis der gesetzlichen Sphäre bemächtigt, so kann dies jederzeit das stärkste Gefüge der Demokratie unterminieren und das Legale ins Illegale verwandeln.

[39] CONZE, Werner, 'Staat und Souveränität', *GG*, Band 6, S. 89; JELLINEK, Georg, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg 1887, S. 300.

Ungarstämmige Mitglieder des Doktorenkollegiums der Wiener Juristenfakultät vor den Universitätsreformen Maria Theresias*
(The Members of Hungarian Origin of the Doktorenkollegium of the Faculty of Law in Vienna before Maria Theresia's University Reforms)

*Béla P. Szabó***

Abstract

The essay examines the early new age history of the Faculty of Law in the University of Vienna. It analyzes in brief the causes why was not the Faculty of Law regarded as a significant educational institution before Maria Theresia's reforms started in 1753. It introduces the functions and the importance of the Doktorenkollegium (collegium doctorum) in the life of the Faculty during this period. Finally, it reveals the data which can be found in the Archive of the University of Vienna about the 12 members from Hungary.

Key words: *History of University; University of Vienna; Faculty of Law; collegium doctorum; peregrinatio academica; Law students from Hungary.*

I. Die Wiener Juristenfakultät und seine Universitätsbesucher aus Ungarn

Betreffend die Verbindungen der Universität Wien und ihre in Ungarn geborene („ungarische") Studenten verfügen wir über eine umfangreiche Literatur. Dieses Schrifttum hat neben Quellenveröffentlichungen in erster Linie die geistigen Verbindungen aus dem Mittelalter (aus der Zeit vor 1526, Jahr der Schlacht von Mohács) erschlossen.[1] Die die 16-18. Jahrhunderte betreffende Literatur ist bisher etwas bescheidener ausgefallen und teilweise skizzenhaft geblieben.[2] In letzter Zeit können die jüngst erschienenen Datensammlungen und deren quantitative Auswertung aber erhebliche Anstöße der Forschung geben.[3]

Unter den drei oberen Fakultäten der Universität Wien ist die Erschließung der Angaben bezüglich der ehemaligen Universitätsbesucher aus Ungarn gerade bei der juristischen Fakultät am wenigsten durchgeführt und bewertet.[4] Selbstverständlich können wir – im Rahmen dieses Aufsatzes – diese Aufgabe auch

* Die Studie wurde im Rahmen des Programmes *„Räume und Medien im Bildungswesen der Elite in der frühneuzeitlichen Habsburger Monarchie"* (65öu13) der Aktion-Österreich-Ungarn verfasst. Bei der Herstellung der Endfassung (2011) wurde ich vom Stipendium des *Collegium Hungaricum*, Wien unterstützt.

** Prof. Dr. Béla Szabó, Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Fakultät der Staats- und Rechtswissenschaften, Universität Debrecen, Ungarn.

1 Unter anderem siehe TEUTSCH, G. D., Siebenbürger Studierende auf der Hochschule in Wien im 14., 15. und 16. Jahrhundert, *Archiv des Vereines für Siebenbürgische Landeskunde* (1872), S. 164-181. und (1880) S. 321-354.; SCHULLER, Friedrich, „Siebenbürger" in Wien am Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts, *Korrespondenzblatt des Vereins für Siebenbürgische Landeskunde* (1892), S. 49-52. und 114-115.; FRAKNÓI Vilmos, *Magyarországi tanárok és tanulók a bécsi egyetemen a XIV. és XV. században* [Lehrer und Studenten aus Ungarn an der Wiener Universität im 14. und. 15. Jahrhundert] (Értekezések a Történeti Tudományok Köréből. III. 10.), Budapest, 1874.; SCHRAUF Károly,: *Magyarországi tanulók a bécsi egyetemen* [Studenten aus Ungarn an der Wiener Universität] (Magyarországi tanulók külföldön 2.) Budapest, 1892.; GÖHLER, Hermann, Einzugsbereich der Wiener Universität im burgenländisch-westungarischen Raum (1365–1850). In: *Burgenland. Ein deutsches Grenzland im Südosten*, Hrsg. H. HASSINGER, F. BODO, Wien, 1941.; KOVÁCS, Endre, Die Beziehungen der Wiener Universität zu Ungarn zur Zeit des Humanismus. In: *Österreichische Osthefte* (1965), S. 195-204.; KLIMES Péter, Bécs és a magyar humanizmus [Wien und der ungarische Humanismus] In: Palaestra Calasanctiana 5. (1934), S. 95-102.; MÜHLBERGER, Kurt, Das Wiener Studium zur Zeit des Königs Matthias Corvinus. In: *Universitas Budensis 1395–1995*, Hrsg. SZÖGI László, VARGA Júlia, Budapest, 1997, S. 89-116.

2 SCHRAUF, *A bécsi egyetem*, z.W.; BARTA, Stefan, *Ungarn und die Wiener Universität des Jesuitenzeitalters*, Budapest, 1937.; HARHAMMER, Astrid, *Die Ungarische Nation an der Universität Wien (1453–1711)*, (Diss. Geisteswiss. Fak. Uni. Wien, Wien, 1980. Mscr.); KISS József Mihály, In Ungarn geborene Studenten an der Universität Wien 1715–1789. In: *Universitas Budensis 1395–1995*, Hrsg. SZÖGI László, VARGA Júlia, Budapest, 1997, S. 287-294.; SZÖGI, László, Zur Rolle der Wiener Universität im ungarischen Hoschschulwesen von den Anfängen bis zum ertsen Weltkrieg. In: *Mensch – Wissenschaft – Magie. Mitteilungen der Österreichischen Gesellschaft für Wissenschaftsgeschichte* 20, Wien, 2000, S. 203-208.; SZÖGI László, A magyarok bécsi egyetemjárása a kezdetektől 1918-ig [Wiener Peregrination von Ungarn bis 1918]. In: *Császár és király 1526–1918. Katalógus*, Hrsg. FAZEKAS István, UJVÁRY Gábor, Bécs, 2001, S. 101-104.

3 KISS József Mihály, *Magyarországi diákok a Bécsi Egyetemen* [Studenten aus Ungarn an der Universitat Wien] (Magyarországi diákok egyetemjárása az újkorban 2.), Budapest, 2000.; KISSNÉ BOGNÁR Krisztina, *Magyarországi diákok a bécsi tanintézetekben* [Studenten aus Ungarn an Wiener Lehranstalten] (Magyarországi diákok egyetemjárása az újkorban 13.), Budapest, 2004.; VARGA Júlia, *Magyarországi diákok a Habsburg Birodalom kisebb egyetemein és akadémiáin 1560–1789* [Studenten aus Ungarn an kleineren Universitäten und Akademien des Habsburger Reiches 1560–1789] (Magyarországi diákok egyetemjárása az újkorban 12.), Budapest, 2004.

4 Bezüglich der medizinischen Fakultät siehe KAPRONCZAY Károly, A Bécsi Egyetem orvosi karának és a Natio Hungaricának kapcsolatai [Beziehungen zwischen der medizinischen Fakultät der Universität Wien und der Natio Hungarica], *Comm. Hist. Artis Med*. 1977, S. 27-41.

nicht schultern. Dies gilt umso mehr, als man vergegenwärtigt, dass die bildungsgeschichtliche Forschung hinsichtlich der Wiener Juristenfakultät nicht sonderlich reich zu betrachten ist. Die Auswertung der Angaben der früheren universitätsgeschichtlichen Arbeiten – die naturgemäß auch die Geschichte der juristischen Fakultät betrafen und sich auf ausgedehnte Archivarbeiten gestützt haben[5] – zwecks Erarbeitung einer modernen Bildungsgeschichte der Juristenfakultät lässt bis heute auf sich warten.[6] Dies gehört natürlich auf ein anderes Blatt und nicht zu den Versäumnissen der ungarischen Bildungsgeschichte. Der Mangel an einer guten und tiefgreifenden modernen Darstellung über die Geschichte der Wiener Juristenfakultät in der frühen Neuzeit erschwert immerhin erheblich die den modernen rechtshistorischen Forschungsmethoden entsprechende Analyse der nach und nach aufgefundenen Daten bezüglich der Jurastudenten aus Ungarn, denn man weiß ja ziemlich wenig über Organisation, Verlauf und Inhalte der Wiener juristischen Ausbildung, insbesondere für die Zeit vor den Reformen Maria Theresias.

Eine auch nur skizzenhafte Darstellung der Verhältnisse der juristischen Ausbildung in Wien vor den Reformen von 1753 auch auf andere Blätter lassend, sollte es ausreichend sein, uns mit der Feststellung zufrieden zu geben, dass man die Juristenfakultät in Wien im 16-17. Jahrhundert auch bei bestem Wohlwollen nicht zu den führenden Juristenfakultäten Europas rechnen konnte.

Man kann wohl sagen, dass die mit dem Namen Ferdinands I. verbundenen Reformen von 1533, 1537 und 1554 für zwei ganze Jahrhunderte die Einteilung in Lehrstühle, den Kreis der gelehrten Fächer sowie die Aufgaben der Juraprofessoren[7] bestimmten. Während dieser Zeit zeigten sich weder den organisatorischen Rahmen betreffend, noch an den Lehrinhalten, noch bezüglich der materiellen Ausstattung der Fakultät und der Lehrenden irgendwelche wesentliche Veränderungen,[8] und dies degradierte – aus gesamteuropäischer Sicht – die Wiener Jurafakultät bereits in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts zu einer Hochschuleinrichtung von höchstens regionaler Bedeutung.[9] Was in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts noch als fortschrittlich galt,[10] erwies sich zum 17. Jahrhundert als völlig entwicklungsunfähig und als Sackgasse. Ein Anachronismus der juristischen Ausbildung in Wien im 16-17. Jahrhundert wird noch mehr augenfälliger, wenn man sich bedenkt, dass die Bedürfnisse der Rechtspraxis an nahezu allen deutschen Universitäten die sprachliche und ästhetische Forderungen des juristischen Humanismus zum Rückzug gezwungen hatten.[11] Man kann es also so formulieren, dass der Wiener juristische Humanismus bis hin zum Ende des ersten Drittels des 17. Jahrhunderts auf die Errungenschaften beharrte, die anderswo – fast in ganz Europa – bereits eine Niederlage erlitten. Allein an sich kann diese methodische und thematische Sackgassenlage eine Erklärung für das niedrige Niveau und „Lebensfremdheit" des Unterrichts liefern. Das 17. Jahrhundert vermochte keine namhaften Juristen unter den Lehrern der Wiener Fakultät aufzuweisen. In den Studierstuben der Fakultät konnte keine bedeutendere juristische Arbeit entstehen, nicht einmal auf dem Gebiet des gelehrten Römischen Rechtes. Die praxisfernen, mit großer Lässigkeit gehaltenen Vorlesungen wurden von der Hörerschaft einzig und allein deshalb besucht, weil die Erlangung des Doktortitels nötig war, wenn jemand Rechtsanwalt werden oder bestimmte Ämter bekleiden wollte.[12]

Die Unterstellung der Universität der Führung der Jesuiten (1623) hatte auch auf die Entwicklung der beiden weltlichen Fakultäten, der medizinischen und der juristischen nicht begünstigend ausgewirkt: die finanziellen Zuwendungen des Ordens wurden ihnen nicht zuteil, denn in den Augen der rigorosen Universitäts-Herren hätten sie lediglich eine Tätigkeit zweiten Ranges ausgeübt.

Man muss allerdings auch vor Augen halten, dass sich der Rechtsunterricht in Wien ab der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts notwendigerweise – in erster Linie methodisch (sich der unnützlichen Bürden der humanistischen Textdeutung allmählich entledigend) – an die Unterrichtspraxis der übrigen Universitäten des Reiches annäherte. Die Auswahl an Lehrgegenständen wurde – trotz mehreren Versuchen – zwar nicht erweitert, der auf das *ius commune* basierende Lehrstoff wurde aber immer mehr an den deutschen Universitäten üblichen organisatorischen, curricularen und methodischen Rahmen unterrichtet. All dies machte es möglich, dass die Fakultät sich um die

---

5 Die wichtigsten älteren Arbeiten: KINK, Rudolf, *Geschichte der kaiserlichen Universität zu Wien. 2 vol*. Wien, 1854. KINK, Rudolf, *Die Rechtslehre an der Wiener Universität. Geschichtliches Fragment, als Beitrag zur österreichischen Rechtsgeschichte*, Wien, 1853.; WAHLBERG, Wilhelm Emil, Die Reform der Rechtslehre an der Wiener Hochschule seit deren Umwandlung zu einer Staatsanstalt. In: *Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht, Strafprocess, Gefängnisskunde, Literatur und Dogmengeschichte der Rechtslehre in Oesterreich*, vol. 2., Wien, 1877, S. 1-54.; GOLDMANN, Artur, Die Universität Wien. In: *Geschichte der Stadt Wien*, vol. 6., Wien, 1918.; LENTZE, Hans, Die juristische Fakultät der Universität Wien. In: *Religion, Wissenschaft, Kultur. Jahrbuch der Wiener katholischen Akademie. Wien*, 1965, S. 77-84.; GALL, Franz, *Alma Mater Rudolphina 1365–1965. Die Wiener Universität und ihre Studenten*, Wien, 1965^3.; VOLTELINI, Hans, Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät. In: *Die Universität Wien, ihre Geschichte, ihre Institute und Einrichtungen*, Düsseldorf, 1929^2, S. 22-24.

6 REITER, Ilse, *JuristInnenausbildung an der Wiener Universität: Ein historischer Überblick*, http://homepage.univie.ac.at/ilse.reiter-zatloukal/RWStud_online_relaunch.pdf

7 Vö. GOLDMANN, *Die Universität*, z.W., S. 122-124.; KINK, *Geschichte I/1*., z.W., S. 275. und KINK, *Die Rechtslehre*, z.W., S. 7-38.

8 Vö. HAMMERSTEIN, Notker, *Aufklärung und katolisches Reich. Untersuchungen zur Universitätsreform und Politik katholischer Territorien des Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation im 18. Jahrhundert*. (Historische Forschungen 12.) Berlin, o.J., S. 174.

9 COING, Helmut, Die juristische Fakultät und Ihr Lehrprogramm. In: *Handbuch der Quellen und Literatur neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Neuere Zeit (1500–1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts. II/1. Wissenschaft*, Hrsg. Helmut COING, München, 1977, S. 3-102.

10 Mit recht ist festzustellen, dass die Statuten der Wiener Juristenfakultät aus dem Jahre 1537 am klarsten Form die Befolgung des Unterrichtsprogramms der filologisch-ästethischen und historisch-antiquarischen Richtung des juristischen Humanismus im „deutschen Rechtsgebiet" vorgeschrieben hatten. Siehe BURMEISTER, Karl Heinz, Einflüsse des Humanismus auf das Rechtsstudium am Beispiel der Wiener Juristenfakultät. In: *Der Humanismus und die oberen Fakultäten*, Hrsg. G. KEIL, B. MOELLER, W. TRUSEN, Weinheim, 1987, S. 167.

11 BURMEISTER, *Einflüsse...*, z.W. S. 168-169.

12 KINK, *Geschichte... I/1*., z.W., S. 388-389.

Wende des 17-18. Jahrhunderts – trotz ihrer verhältnismäßigen Niveaulosigkeit – erneut an der geistigen und fachlichen Mobilität des europäischen Juristenstandes beteiligen konnte, nachdem sie insbesondere für die Juristen und Beamten des immer stärker werdenden Habsburger-Reiches wichtig geworden war.

Nach der Stagnation des 17. Jahrhunderts hatte die Sparsamkeit am Anfang des 18. Jahrhunderts dennoch mehrmals dazu geführt, dass einzelne Lehrstühle für mehr oder weniger lange Zeit unbesetzt blieben.[13] Nach einer Denkschrift aus den 1730-er Jahren, kontrollierten die Jesuiten so sehr die Lehre, dass neue Lehrmeinungen nicht einmal *exertitii gratia* in die Unterrichtspraxis hineingelangen durften. Die öffentliche Meinung der Zeit sah hierin die Ursache dafür, dass so viele österreichischen *Cavalliers* die Universität Leiden aufsuchten, um dort die Disziplinen des „modernen" Rechts hören zu können.[14] Auf die Befürchtung von der starken Kontrolle der Jesuiten kann wahrscheinlich auch die verhältnissmässige Geringfügigkeit einer österreichischen juristischen Fachliteratur zurückgeführt werden. Auch in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts können nur einige praktische Handbücher zu den anspruchsvolleren Werken gezählt werden.[15]

Organisatorische Reformen und Neuerungen sind ausgeblieben, und dem fast zwei Jahrhunderte langen Dahinvegetieren der Fakultät wurde erst durch die Reformen Maria Theresias ein Ende gesetzt. Der ständig wachsende Bedarf des Habsburgerstaates an Beamten erzwang zu jener Zeit letztlich solche Reformen, die in anderen deutschen Ländern bereits mehrere Generationen früher verwirklicht worden waren.[16]

Die Zahl der aus Ungarn stammenden und anhand der Archivalien der Universität eindeutig identifizierbaren Jurastudenten widerspiegelt auch die „Rückständigkeit" der Fakultät. Obwohl die Eigentümlichkeiten[17] der verfügbaren Quellen es fast unmöglich machen, uns ein sicheres Bild darüber zu verschaffen, wie sich die vielen Tausend Studenten aus Ungarn an der Wiener Universität nach 1526 unter den vier Fakultäten verteilt hatten, wie viele von den Besuchern der Artistenfakultät auf die oberen Fakultäten gelangen konnten, dennoch ist es festzustellen, dass auffallend wenig nachweislich identifizierbare Jurastudenten aus dem Königreich Ungarn und Siebenbürgen kamen. Zwischen 1526 und 1753 konnten 50 Personen als Jusstudenten identifiziert werden, was guten ein Prozent der auf diese Zeit fallenden 4188 Einschreibungen[18] ausmacht. Dies muss man auf jeden Fall als allzu wenig, unproportional wenig einschätzen.

Anderenorts wurde bereits nachgewiesen,[19] dass die Jurastudenten aus Ungarn in der frühen Neuzeit immer bestrebt waren, sich die renommiertesten Juristenfakultäten mit dem modernsten Bildungsstand als Anreiseziele zu wählen. In dieser Hinsicht konnte die Wiener Juristenfakultät –trotz ihrer geographischen Nähe – bis hin zum Ende der 1750-er Jahre keine Chance haben. Nichtsdestotrotz muss man diesen Anteil von einem guten Prozent bei den Jurastudenten als wenig betrachten, was sich wohl nur durch die ungenügende Quellenlage erklären lässt. In erster Linie in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts kann man katholische Rechtsstudierende in größerer Anzahl in Wien vermuten. Diese Tatsache könnte mit dem Rückgang der Rolle der italienischen Universitäten, bzw. mit den Anfangsschwierigkeiten des Unterrichtsbetriebes an der Juristenfakultät der Tyrnauer Universität zusammenhängen.

Juraimmatrikulierte aus Ungarn kann man in größerer Anzahl in der Universitäts-Matrikel mit Sicherheit ab den '20-er Jahren des 18. Jahrhunderts antreffen. Dies lässt sich auch mit der Konsolidierung der einheimischen Verwaltungsverhältnisse und Einführung von Gerichtsorganisations-Reformen erklären. Den großen Sprung bezüglich der Zahl der Jurastudenten aus Ungarn stellten die ersten drei Jahrzehnte nach den umfassenden Reformen von 1753 dar.

Gleichzeitig muss man bemerken, dass unter den erwähnten 50 Studierenden eine unproportional hohe Anzahl derjenigen ist, die ihr Studium mit dem Titel Doktor der Rechte abgeschlossen hatten. Während alle Jurastudenten aus Ungarn hinsichtlich dieses Verhältnisses kaum acht Prozent ausmachen, vertreten die 16 Universitätsbesucher, die in Wien einen Titel Doktor der Rechte erlangten, mehr als 30%. Besondere Aufmerksamkeit verdienen unter ihnen diejenigen, die in Wien verbleibend, sich in die Reihen der Juristen der Kaiserstadt eingereiht hatten, und mehr oder weniger größere Spuren unter den Mitgliedern des Doktorenkollegiums hinterließen.

---

[13] So z.B. der Lehrstuhl des *Codex* zwischen 1729–31, welcher bis 1739 in der Krise blieb. GOLDMANN, Die Universität..., z.W., S. 124.

[14] KÜCHELBECKER, *Allerneuste Nachricht vom Römisch-kaiserlichen Hofe*, Hannover, 1730. wird zitiert von GOLDMANN, *Die Universität*..., z.W., S. 125.

[15] Pl. GRENECK, Adam Josef, *De jurisdictione hodierna ad Praxim Austriacam infra Onasum*, Vindobonae, 1733. Vgl. KÜBL, *Advokatur*, z.W. S. 66.

[16] KLINGENSTEIN, Grete, Vorstufen der theresianischen Studienreformen in der Regierungszeit Karls VI. *MIÖG* 76. (1968) passim, besonders S. 354.

[17] Im Hauptmatrikel der Universität wurden die von den Studenten gewählten Studienfächer nur vom letzten Jahrzehnt des 17. Jahrhunderts bewusst angeführt. Dies war in der früheren Immatrikulationspraxis nicht üblich. Für die Zeit vor 1690 können weder die Matrikel der Juristenfakultät, noch der *Natio Hungarica* zur Identifikation der von ungarischen Studenten gewählter Fächer genügende Hilfe leisten. Siehe *Die Matrikel der Universität Wien I. 1377–1450* (Publikationen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung 6. Reihe: Quellen zur Geschichte der Universität Wien, 1. Abteilung), Hrsg. Willy SZAIVERT, Franz GALL, Graz-Köln, 1956.; *II. 1451–1518/I.,* Hrsg. DIES., Graz-Wien-Köln, 1967.; *III. 1518/II-1579/I.*, Hrsg. DIES., Wien-Köln-Graz, 1971.; *IV. 1579/II-1658/59*, Hrsg. GALL, Franz, PAULHART, Hermine, Wien-Köln-Graz, 1974.; *V.: 1659/60-1688/89*, Hrsg. Franz GALL, Marta SZAIVERT, Wien-Köln-Graz, 1975.; *VI. 1689/90-1714/15*, Hrsg. Kurt MÜHLBERGER, Walter SCHUSTER, Wien-Köln-Weimar, 1993. (weiterhin: UAW. WUM.) SCHRAUF K., *A bécsi egyetem...*, z.W.; Vom Bestand des Universitätsarchivs Wien (UAW) wurden noch vor allem folgende Manuskripte ausgewertet: UAW Universitätsmatrikel M9 - Bd. IX. (1716–1746), M10 - Bd. X. (1747–1778), M11 - Bd. XI. (1779-); UAW. Matricula facultatis juridicae J2 - Bd. II. (1442–1557), J3 - Bd. III. (1558–1606), J4 - Bd. IV. (1578–1657), J5 - Bd. V. (1606–1667), J6 - Bd. VI. (1633–1740) (im folgenden: UAW. MFJ.).

[18] Siehe KISSNÉ BOGNÁR, z.W. Dieses Verzeichnis führt 4188 Studenten aus Ungarn bis zum Ende des Jahres 1753 an der Wiener Universität an. Es ist zu bemerken, dass einige von mir identifizierte Jurasudenten in diesem Katalog fehlen.

[19] SZABÓ Béla, *Magyarországiak jogi stúdiumai külföldi egyetemeken*, [Jusstudium von Studenten aus Ungarn an ausländischen Universitäten] (Promotionsschrift Rechtswiss. Fak. Uni. Miskolc, Miskolc, 1993, - Mscr.),

Bevor die Lebensläufe dieser Juristen ins Visier genommen werden, sollten wir eine kurze Bekanntschaft mit dem Doktorenkollegium, einem typischen Korporativorgan der frühneuzeitlichen Juristenfakultäten machen.

II. Das Kollegium der Doktoren

Das *Collegium Doctorum* existierte[20] an nahezu allen europäischen Jurafakultäten als eine aus dem Mittelalter überkommene Korporation, die eine gewisse fachgerechte Selbstverwaltung an den Universitäten – die sich immer mehr in eine staatliche Einrichtung verwandelten – zuließ. Gleichzeitig muss man es als einziges Selbstverwaltungsorgan der Universität in der frühen Neuzeit betrachten. Denn ab dem späten Mittelalter war die völlige Auflösung der studentischen Selbstverwaltung nach Bologneser Art zu beobachten. Die Universitäten gliederten sich europaweit in die fürstliche Verwaltung ein, die im späteren Verlauf die Vorschriften lieferte, und das Innen- und Außenverhältnis der Universität regelte. Die „Studentenuniversität" war vollkommen verschwunden: am ehesten war an den deutschen Universitäten zu beobachten, dass die studentischen Organisationen völlig bedeutungslos wurden. Auch an den Universitäten Italiens wurde die Bedeutung der Studentenschaft zurückgedrängt. Auch die Nationen (*nationes*) – die Träger der mittelalterlichen Universität – schwanden dahin, oder wurden völlig bedeutungslos, freilich als Ausfluss langwieriger Entwicklungen.

Die Anfang der Neuzeit gegründeten neuen Universitäten waren eindeutig keine Korporationen der Studierenden mehr. Nur die Doktoren oder die angestellten Professoren durften Korporationen bilden.[21] Das Kollektiv der Lehrenden konnte sich seither an der Gestaltung des Universitätslebens auf zwei Ebenen beteiligen: im Universitäts- und im Fakultätsrahmen.

Der mit Repräsentations- und Verwaltungsaufgaben betraute Leiter einer Universität, der Rektor, kam in der frühen Neuzeit schon aus den Reihen der Professoren hervor. Bei seiner Arbeit waren ihm Senate von größerem oder kleinerem Umfang behilflich, wobei Vertreter des Fürsten ständig vorzufinden waren.

Als leitendes Organ auf Fakultätsebene fungierte nahezu überall das Doktorenkollegium (*collegia doctorum*), das ursprünglich aus den an der Fakultät einen Doktortitel erlangten und dort lehrenden Doktoren bestand. Dies änderte sich im späten Mittelalter: die Mitgliederzahl wurde aus zunftmäßigen Überlegungen eingeschränkt, Aufnahmebedingungen rückten in den Vordergrund, und auch die familiäre Beziehungen wurden immer wichtiger. Es formte sich die Auffassung – und dies als direkte Folge der fürstlichen Finanzierung –, dass nicht jedes Mitglied des Doktorenkollegiums Vorlesungen halten soll. Die Lehre ist Aufgabe einer kleineren Gruppe (der eigentlichen Professoren oder *regentes*) geblieben, die an den einzelnen Universitäten ebenfalls eine gesonderte Gruppe bilden durften. Erhebliche Differenzen kamen zwischen den Doktoren zustande, die eine echte *lectura* besaßen und eine Lehrtätigkeit ausübten, sowie den Mitgliedern des Kollegiums, die aber keinen Lehrauftrag hatten. Vielfach bedeutete auch der Besitz einer *lectura* noch nicht, dass der Betreffende wirklich Vorlesungen halten durfte. Die nicht lehrenden Doktoren hatten aber ein Mitspracherecht bei der Berufung der Professoren, und konnten – besonders an den deutschen Universitäten – eine bedeutende Rolle in der Gutachtertätigkeit einer Fakultät (*Spruchkolleg*) spielen.[22]

Die Rolle des *Collegium Doctorum* der Wiener Juristenfakultät entspricht den Gepflogenheiten an den europäischen Universitäten. Die in Wien lebenden und größtenteils dort absolvierten Juristen konnten sich als Mitglieder dieser Körperschaft ins Universitätsleben integrieren. Die Mitglieder hatten aktives und passives Wahlrecht hinsichtlich der Universitäts- und Fakultätsämter. Sie genossen ein breiteres Bürgerrecht als die Nichtmitglieder-Juristen und hatten gewisse ehrenhalber erworbene Befugnisse,[23] gleichzeitig hat man ihnen regelmäßig aus Einnahmen der Fakultät zuteil werden lassen.

Im Gegensatz zu anderen europäischen Universitäten war es relativ einfach, Aufnahme ins Doktorenkollegium der Wiener Fakultät zu finden. Der Doktorentitel und Bezahlung einer gewissen Taxe waren hierfür die Voraussetzung. Nachgewiesen wurde, dass bei vier Fünftel der Mitglieder unmittelbar nach Erlangung des Doktorentitels (*promotio*) die Aufnahme erfolgt war.[24]

Aus den Fakultäts-Protokollen und Schematismen wird ersichtlich, dass sich die Anzahl der Kollegiumsmitglieder im 17-18. Jahrhundert zwischen 30 und 60 Mitgliedern bewegte.[25]

Für Juristen, die den Doktorentitel nicht in Wien erlangten, gestaltete sich bereits von den Anfängen ein eigenartiges Aufnahmeverfahren heraus, die sog. *repetitio*. Weil in Wien nur die Mitglieder der juristischen Fakultät rechtsanwaltliche Praxis ausüben konnten, konnten durch die Verschärfung der Aufnahmevoraussetzungen und Einschränkung der Möglichkeit der *repetitio* seitens der Fakultät bzw. des Herrschers die

---

[20] Zur dessen europäischen Entwicklung siehe COING, *Handbuch II/1*., z.W., S. 18-19.

[21] COING, *Handbuch II/1*., z.W., S. 16-17. – In dieser Hinsicht kann man Marburg, Altdorf, Straßburg, Leiden und andere hollandische Fakultäten als Beispiele angeben.

[22] COING, *Handbuch II/1*., z.W., S. 18-19. Zur Spruchtätigkeit der deutschen Fakultäten siehe im allgemeinen: SCHILDT, Bernd, Die Rechtssprüche deutscher Juristenfakultäten als Quelle rechtshistorischer Forschung. In: *Staat und Recht 32* (1983), S. 470-477.; LÜCK, Heiner, Die Spruchkonzepte der Wittenberger Juristenfakultät und Möglichkeiten ihrer Auswertung. Aspeket eines Forschungsprogramms. In: *Vorträge zur Justizforschung. Geschichet und Theorie*. Bd. 1. Hrsg. Heinz MOHNHAUPT, Dieter SIMON, Frankfurt am Main, 1992, S. 153-174.; KLUGKIST, Engelbert, Die Aktenversendung an Juristenfakultäten. Ein gemeinsames Kapitel aus der Geschichte des deutschen Prozeßrechts an den deutschen Universitäten. In: *Juristenzeitung* (1967), S. 155-158.; THÜMMEL, H.-W., Spruchkolegium. In: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte IV*., Berlin, o.J., Sp. 1781–1786.

[23] STEINER, Hartwig, *Die Mitglieder der „Hohen Schule". Zur Sozialgeschichte der Wiener Akademiker im 18. Jahrhundert*, (Diss. Phil. Fak. Uni. Wien, Wien, 1972, - Mscr.) S. 85.

[24] STEINER, *Mitglieder*, z.W., S. 85.

[25] *UAW. Jur. Dekanatsakten* Fasc. I/3 (180/1-2) 1590–1740. und *Kayserlicher und Königlicher wie auch Ertz Herzoglicher und dero Residenz-Stadt Wienn Staats- und Stadts Kalender*. Wien, 1702, 1709/10, 1721, 1723, 1724, 1726, 1729, 1731–1735, 1737–1740, 1746–1748, 1750, 1752, 1754, 1756, 1758, 1760, 1763, 1765, 1769, 1770, 1772–1776, 1778, 1779, 1781, 1784, 1785, 1787–1789. (Weiterhin: *Schematismus*).

Mitgliedschaft und die Zusammensetzung des Berufsstandes der Wiener Rechtsanwälte beeinflusst werden.[26]

Das *Collegium* hatte bis hin zum Jahr 1752 entscheidenden Einfluss auf die Besetzung der Lehrstühle, und auf die Auswahl der berufenden Professoren.

Die Mitglieder des Doktorenkollegiums verdienten ihr Brot größtenteils als Rechtsanwälte (*„Hof- und Gerichtsadvokaten"*). Die Doktoren traten vielfach, als Berater der Consistorien einzelner Erzbistümer, als Gerichtsschöffen (etwa beim *Hofmarschallgericht*), Hof- und Kriegsräte oder etwa als Notare auf.[27]

Eine besondere Gruppe unter den Mitgliedern bildeten die Professoren. Freilich war ihre Gesamtzahl gering, denn ab Mitte des 16. Jahrhunderts (bis hin zur Zeit Maria Theresia's) waren insgesamt nur vier ordentliche Professoren gleichzeitig an der Jurafakultät tätig. Die in den Quellen außer den vier ordentlichen Lehrern erscheinenden anderen Lehrende können höchstens nur als „Ehrenprofessoren" gewertet werden, die in erster Linie als Lehrer der kaiserlichen adeligen Kinder arbeiteten.[28] Die Professoren hatten im übrigen häufig verantwortungsvolle Aufgaben wahrzunehmen, sie hatten Ämter wie Hof- und Regierungsräte inne. Ihre Vermögensverhältnisse waren ähnlich denen der Rechtsanwälte, aber man muss beachten, dass sie sich jahrhundertlang wiederkehrend wegen des häufigen Ausbleiben der staatlichen Vergütungen beschwert haben.[29]

In Vertretung der Juristen rekrutierten sich die Universitäts-Würdenträger eher aus den Kreisen der Rechtsanwälte, denn die Professoren bekleideten – mit Ausnahme des Amtes des Rektors – kaum öffentliche Ämter an der Universität.[30] Die Dekane wurden aus der Reihe der Mitglieder des Doktorenkollegiums (nicht aber der Professoren) gewählt und das älteste Mitglied bekleidete das Amt des Fakultäts-*Seniors*. Auch stellten sie die Person, die für das jährliche Fest des Heiligen Ivo[31] – des Schutzpatrons der Fakultät – verantwortlich war, den *Ivonisten*. Oft traten die Mitglieder in Erscheinung als *procuratoren* der einzelnen Nationen. Um die zwei letzteren Ehrenämter bekleiden zu dürfen, musste der betroffene Doktor recht vermögend sein, weil diese Ämter nicht mit Entgelten, vielmehr aber mit Unkosten gekoppelt waren.[32]

Weil das Gros der Mitglieder des Doktorenkollegiums (und aller der später vorzustellenden Mitglieder aus Ungarn) Rechtsanwälte waren, könnte es sinnvoll erscheinen, einige Gedanken über die Wiener Rechtsanwaltschaft des 17-18. Jahrhunderts zu verlieren.[33]

Allenfalls ist hervorzuheben, dass ab dem 17. Jahrhundert von den Rechtsanwälten immer mehr Kenntnisse verlangt wurden, die notwendigerweise über denen hinausging, die an einer Universität vermittelt werden konnten: der Staat ließ sich nicht mehr zufrieden geben mit einem akademischen Grad, aber der war immerhin eine unerlässliche Voraussetzung. Als weitere Erwartung galt, dass ein Rechtsanwaltsanwärter ein bestimmtes Rechtspraktikum bei einem Rechtsanwalt absolvierten, und eine Rechtsanwaltsprüfung ablegen musste. Diese über die Universitäten hinausweisende Erwatung war umso mehr notwendig, weil an einer Universität das relativ praxisferne römische Recht gelehrt wurde, und das einheimische Recht im Lehrstoff nicht enthalten war. Als Voraussetzungen für die Befähigung zum Rechtsanwalt wurden also die folgenden Erfordernisse vorgeschrieben: der Doktortitel, einjährige Berufserfahrung, Mitgliedschaft an einer Jurafakultät, Unbescholtenheit, Bewandertheit in der lateinischen Sprache, sowie eine Rechtsanwaltsprüfung vor dem Dekan der Juristenfakultät und vor zwei bis drei Professoren.[34]

Im 17. Jahrhundert waren die Rechtsanwälte in erster Linie in privatrechtlichen Angelegenheiten tätig, aber in dieser Epoche wurden sie auch in den politisch-administrativen Verfahren beansprucht, das heißt, Juraabsolvierte begannen die zentralen und lokalen Verwaltungsebenen zu erobern. Zum Ende des 17. Jahrhunderts verwandelte sich die praktische Tätigkeit der Juristen fast vollkommen zu einer bürgerlichen Laufbahn, aber die Berufsmöglichkeiten für Juraabsolventen wurden in gewissem Sinne eingeengt. Nämlich versuchte der Staat den Bedarf an ausgebildeten Fachbeamten zu dieser Zeit auch aus anderen Quellen zu decken. Wegen der ziemlichen wissenschaftlicher Niveaulosigkeit der österreichischen Jurafakultäten und wegen der Zügellosigkeit der Sitten der Studentenschaft haben sich die Mitglieder der oberen Klassen – entsprechend der deutschen Haltung der Zeit – von der Universität abgewandt,[35] und sicherten die Erziehung ihrer Söhne in anderen Bildungsformen (in Adeligen-Akademien). Der Lehrplan der Akademien wich erheblich von dem der Wiener Universität ab, er war moderner. Auf dem Gebiet der Rechtswissenschaften beispielsweise

---

[26] Die Aufnahmeregeln wurden in erster Linie im ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts und unter Maria Theresia verschärft. Siehe KINK, *Geschichte II.*, z.W., passim; SAGER, Eva, *Die Universität Wien unter Maria Theresia*, (Diss. Geisteswiss. Fak. Uni. Wien, Wien, 1978. Mscr.) S. 122-123.

[27] STEINER, *Mitglieder*, z.W., S. 73-76.

[28] GOLDMANN, *Die Universität*, z.W., S. 124.

[29] Die wichtigste Ursache der Stagnation der Wiener Jurafakultät im 17. Jahrhundert erblickt Kink in der unregelmäßigen und ungenügenden Finanzierung. Zwischen 1533 und 1724 sind nur wenige Jahre aufgezeichnet in denen die rechtmäßigen Bezüge tatsächlich in die Universitätskasse einfließen. Bis 1751 konnte der Staat statt der ordnungsmäßigen Bezüge von 4000 Gulden jährlich nur 3-400 Gulden der Universität zur Verfügung stellen. Währenddessen hätten die einzelnen Juraprofessoren jährlich 100-170 Gulden verdienen sollen. Siehe KINK, *Die Rechtslehre*, z.W., S. 48. und KLINGENSTEIN, *Vorstufen*, z.W., S. 338.

[30] Die Professoren wurden nach 1757 sowieso aus den Universitätsämtern ausgeschlossen. Siehe GALL, *Alma*, z.W., S. 20.

[31] Neulich: RIECK, Anette, *Der heilige Ivo von Hélory (1247–1303): Asvocatus Pauperum und Patron der Juristen*. (Rechtshistorische Reihe 178) Frankfurt am Main-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1998.

[32] Die wichtigsten Informationen bezüglich der einzelnen Ämter und Ehrenämter, die von der ungarstämmigen Mitglieder des Doktorenkollegiums bekleidet wurden, werden am gegebenen Ort angegeben.

[33] Bezüglich der Feolgenden vgl. KINK, *Geschichte*, z.W., passim. und KÜBL, Friedrich, *Geschichte der österreichischen Advokatur*, Wien, 1967. passim.; FISCHER, Alfred, *Das österreichische Doktorat der Rechtswissenschaften und die Rechtsanwaltschaft*.(Forschungen zur Rechts- und Kulturgeschichte. 7.), Innsbruck-München, 1974.

[34] KÜBL, *Advokatur*, z.W., S. 57.

[35] KLINGENSTEIN, *Vorstufen*, z.W., S. 346-350.; ENGELBRECHT, Helmut, *Geschichte des österreichischen Bildungswesens: Erziehung und Unterricht auf dem Boden Österreichs*. *3. Von der frühen Aufklärung bis zum Vormärz*, Wien, 1984, S. 51-59.

wurden auch solche Disziplinen gelehrt, die an der Universität vernachlässigt wurden (wie etwa das Staats- und Völkerrecht). Somit bekam die Universität eine starke Konkurrenz, und die Akademien wurden bald zu wichtigen Vorschulen für diejenigen, die höhere staatliche Ämter anvisiert hatten, in erster Linie für die zukünftigen Diplomaten.[36] Ab Anfang des 18. Jahrhunderts konnte sich also ein *doctor juris* eine glänzende Karriere als Beamter nicht mehr unbedingt erhoffen, oder zumindest sehr selten war diese Art von Aufstieg für diejenigen gegeben, die eine Befähigung zum Rechtsanwalt in der Hand hatten.[37] Die Regierung reagierte darauf durch Maßnahmen, die die Zahl der Juraabsolventen und der Rechtsanwälte einzuschränken vermochten. Zum 1. Januar 1693 wurde beispielsweise verboten, dass arme Studenten an Universitäten studieren.[38] Am 27. Mai 1699 wurde verordnet, dass man nur alle fünf Jahre und nur fünf *Promotionen* abhalten darf, und sogar für jedes einzelne Doktorverfahren bedurfte es der Zustimmung des Kaisers.[39] Schließlich wurde eine hohe *Promotionsgebühr* festgesetzt (2500 Gulden).[40] Darüber hinaus wurde zum 14. Dezember 1736 die Zahl der Rechtsanwälte bei den oberen und unteren Gerichten stark reduziert. Diese Maßnahmen hatten natürlich erheblichen passiven Widerstand bei den Rechtsanwälten ausgelöst. Die vorhin erwähnte Verordnung bedeutete den Tiefpunkt in der Geschichte der österreichischen Rechtsanwaltschaft. Seit dieser Zeit waren ein langsamer Aufstieg und bedeutende Fortschritte zu verzeichnen, sowohl hinsichtlich des Ansehens des Berufs, des fachlichen Niveaus, als auch des Stellenwertes des Berufsstandes im öffentlichen Leben. [41]

Über einem Rechtsanwalt – der bei einem höheren Gericht zugelassen war – konnte nur dieses Gericht die Disziplinarbefugnis ausüben. Über bei unteren Gerichten zugelassene Rechtsanwälte wurde jedoch dieses Recht von der juristischen Fakultät der Universität ausgeübt, genauso wie über allen akademischen Bürgern. Unter den gegen Rechtsanwälte angewendeten Sanktionen kamen häufig vor: Geldstrafen, Berufsverbote, Entziehung der Zulassung als Rechtsanwalt, und sogar Verhängung von Freiheitsstrafen.[42]

Natürlich unterstanden die Mitglieder des Doktorenkollegiums und deren Familienangehörige ebenfalls der *jurisdictio* der Universität und der Fakultät, wie dies anhand der rechtlichen Angelegenheiten der aus Ungarn stammenden Mitglieder unten auch belegt wird.

III. Mitglieder des Doktorenkollegiums mit Herkunft aus Ungarn

1. Wir können nicht sicher sein, ob unser „erster Held" mit Herkunft aus Ungarn, aus Szentgyörgy, GEORGIUS KLESL, wirklich als Mitglied des Doktorenkollegiums zu betrachten ist. Wenn auch dies nicht stichhaltig nachweisbar ist, können doch die von Klesl Anfang des 17. Jahrhunderts an der Wiener Juristenfakultät und der Universität hinterlassenen Spuren Einblick in eine universitäre Laufbahn eines zeitgenössischen Jurastudenten gewähren lassen. Klesl (Klessl, Klessel, Kleselius) immatrikulierte sich 1606 an der Universität,[43] nach einem wahrscheinlichen Vorstudium in Olmütz.[44] Die Regeln einhaltend hatte er sich in diesem Jahr auch in der Matrikel der *Natio Hungarica* eintragen lassen.[45] Über sein philologisch-philosophisches Studium erhalten wir indirekte Informationen aus dem Disputationskatalog der Artistenfakultät: bereits als *philosophiae baccalaureus* wurde zwischen 1607 und 1609 über ihn mehrmals aufgezeichnet, dass er zusammen mit mehreren Kommilitonen (mehrere Male als *respondens*, einmal als *opponens*) an Übungs-*disputationen* teilnahm,[46] und 1610 bereits als *magister* disputierte.[47]

In den Schriftstücken der Jurafakultät ist er zunächst als Teilnehmer einer Übungsdisputation in Erscheinung getreten. Im Eintrag ist kurz auch noch das Thema des Disputs

[36] So z.B. hinsichtlich der Geschichte der Wiener Akademie siehe MAYER, Anton, *Die ständische Akademie in Wien.* Blätter des Vereines für Landeskunde von Niederösterreich. N.F. XXII. (1888), S. 311-354.
[37] KÜBL, *Advokatur*, z.W., S. 67.
[38] KÜBL, *Advokatur*, z.W., S. 71.
[39] KINK, *Geschichte*, z.W., S. 401.
[40] In den von mir gesichteten Akten habe ich gar keine Spuren der Einzahlung dieser immensen Summe gefunden.
[41] KÜBL, *Advokatur*, z.W., S. 68.
[42] KÜBL, *Advokatur*, z.W., S. 60.
[43] UAW. WUM. IV. fol. 77.b.: *anno 1606, 29. Martii Georgius Kleselius a S. Georgio Pannonius 15 kr.* (später ergänzt: *phil. mag.*) KISSNÉ BOGNÁR, *Bécsi*, z.W., S. 78.
[44] Siehe VARGA, z.W., S. 192.
[45] *Georgius Kleselius Ungarus de Sancto Georgio*. Siehe SCHRAUF, *A bécsi egyetem*, z.W., S. 333. und HARHAMMER, *Nation*, z.W., S. 212.
[46] UAW. Ph23 Catalogus disput. fac. art. 1568–1612.
1607 Die 20 maiij Georgius Kleselius philos. Baccal. publice disputavit:
Feria secunda Pentacostes, uidelicet die quarta Junij Georgius Kleselius, philosophiae Baccalaureus publice perorauit.
Die 9. Decemb. Georgius Klesl Phiae Baccalaureus publice disputauit.
1608 Die Purificationis Sanctissimae Virginis Mariae Georgius Klesl Phiae Baccalaureus publice perorauit.
Diebus Canicularibus Sequentes Phiae baccal. publicum legendi munus obiuerunt: 4. (aus fünf Kandidaten) *Georgius Kleselius librum secundum de generatione et corruptione.*
Die 17. Augusti Georgius Kleselius Phiae Bacca. publice disputauit.
1609 16. Ianuarij Resumpserunt (mit fünf Anderen) *Georgius Klesl philosophiae baccalaureus*.
[47] UAW. Ph23 Catalogus disput. fac. art. 1568–1612: *1610 Die 20. Septemb: publice disputauit* (unter neun Kandidaten) *M: Georgius Klesel.* Als Magister wird auch von Locher aufgelistet, obwohl auf einen späteren Zeitpunkt platziert. Vgl. *Speculi Academici Viennensi Pars Secunda Continens inter alia Seriem Doctorum qui in gremium quator facultatum Universitatis Viennensis admissi sunt, Et Synopsim Historicam Universalem praecipuarum rerum, qua ab anno MCCCLXV ad haec Usque Tempora contigerunt, cuilibet Lectori commodam*, Auctore eodem D. Joanne Josepho LOCHNER U.J.D. Viennae Austriae MDCCLXXIV. (weiterhin: LOCHER, *Speculum 2*.) S. 112.: *Doctores Philosophiae - 1613M. Georgius Klesel, J.U. Baccal.*

angegeben.[48] In den Dekanats-Akten ist er zum ersten Mal erst später, im ersten Halbjahr von 1611 erschienen.[49] Wahrscheinlich hatte man ihn wegen der Hinterlegung der Gebühr für die Verteidigung des Titels *baccalaureus* einschreiben lassen.[50] Bereits im selben Jahr hatte man ihn – sicherlich nicht ohne Schwierigkeit, denn er musste seine Übungsdisputation als Promotion anerkennen lassen[51] – unter den Inhabern des Doktortitels erwähnt.[52]

Der Umstand, dass er Prokurator der *Natio Hungarica* war,[53] weist darauf hin, dass er ein ansehnliches Mitglied der universitären Gemeinschaft gewesen sein muss. Aber die Tatsache, dass dies mit ihm noch als Student geschehen war, lässt Zweifel daran wecken, dass er im nachhinein zum Mitglied des Wiener Doktorenkollegiums werden könnte.[54]

2. Nach seinem juristischen Studium wurde Benedictus Zalnbaum aus Dévény, mit Gewissheit Mitglied des Wiener Doktorenkollegiums. Zalnbaum, von adeliger Abstammung, immatrikulierte sich 1613 an der Universität.[55] Außer seines Immatrikulationsdatums haben wir keine Hinweise auf sein Wiener Studium. Als Student war Wien für ihn nur einer Durchgangsstudienort. Nämlich wissen wir, dass ein gewisser Benedict Zalnpaum hatte sich im Sommer 1608 in Tübingen immatrikuliert,[56] und einige Monate später wurde er schon in die Matrikel der dortigen Juristenfakultät eingeschrieben.[57] Wie lange er sich in Tübingen aufhielt, weiß man nicht. Abgesehen von seiner Wiener Einschreibung, sind über seine Studien in der Kaiserstadt keine Angaben erhalten. Nach einigen Jahren findet man ihn wieder an der Universität Tübingen, wo er als *legum candidatus* wieder erscheint.[58] Wenig später, am 09. Mai 1617 hat er schon seine Inauguraldisputation ohne *praeses* verteidigt,[59] laut derer er zum *doctor utriusque iuris* promoviert wurde. Interessanterweise ließ er sich im Jahre 1626 zum zweiten Male in Basel immatrikulieren, deren Anlass aber heute schon unbekannt ist.[60]

Zalnbaum hatte also seinen Doktortitel nicht in Wien, sondern an einer protestantisch gesinnten Hochschule erworben. Trotzdem sollte er irgendwann in den ’20 Jahren Mitglied des Wiener Doktorenkollegiums geworden sein. Dies können wir nur wegen einer interessanten Angelegenheit vermuten, welche 1630 vor das *consistorium* der Universität zur Verhandlung kam: Zalnbaum, als *doctor juris* beantragte seine Wiederaufnahme in die Universität (eigentlich unter die Mitglieder des Doktorenkollegiums), indem er angemeldet hatte, rekatholisiert worden zu sein, wodurch das Hindernis beseitigt gewesen wäre, ihn wieder aufzunehmen. In dieser Angelegenheit hatte die niederösterreichische Regierung am 9. Dezember 1630 an das *consistorium* eine Zuschrift gesandt.[61] Laut Regierungsschreiben bekannte sich Doktor Zalnbaum mit unterwürfiger Demut zu seinem katholischen Glauben und ersuchte, ihm die Tätigkeit als Rechtsanwalt wieder zu erlauben. Weil er sein Bekenntnis auch durch Beichtbescheinigung bestätigen konnte, ersah die Regierung kein Hindernis mehr, die genannte Person wieder in die Reihen der ordentlichen Mitglieder der Universität einzuordnen.[62] Und Zalnbaum konnte tatsächlich zum Anwaltsberuf zurückkehren. Vielleicht um seine Freude hierüber, oder über die Immatrikulation[63] seines Sohnes Joannes Benedict, (der sich schon als Wiener bezeichnete) zu feiern, immatrikulierte er sich 1632 im Matrikelbuch der ungarischen *Natio*, ehrenhalber einen Goldthaler einzahlend.[64] Sein Sohn, ein Student der Philosophie, beteiligte sich 1637 an der Zusammenstellung und

---

[48] UAW. Jur. Fasc. IX. 1587–1791. - IX. 154. und J5 fol. 23a.: 1611 I *Disputaverunt: …27 Aug: M. Georgius Klesll aber S. Georg: Pannonus Exertij gratia c. nemo potest plus Juris. aber R.J. im 6.*

[49] UAW. Jur. Fasc. IX. 1587–1791. - IX. 154. 1611 *Inscripti - 29. Octob. M. Georgius Klesll aber S. Georgio Pannonus dd. 18 khr.*

[50] UAW. J4 fol. 137.: *1611 A M. Gerogio Klesell (und fünd Andere) accepi Jura facultatis ratione gradus Baccalaureatus 30.*

[51] UAW. J5 fol. 24a.: (1611.) *„In Congregatione 29. Octobris habita praesentes fuerunt 14. Dni Doctores - In hac Congregatione: …Tertio quinque superius, positi petierunt gradum Baccalaureatus in utroque Jure, et omnes absque difficultate admissi sunt, Excepto M. Georgio Klessl, qui nondum pro gradu, sed Exercitij gratia, uti etiam petyt, hac conditione, ut nimirum adhuc postea capitulum a futuro Domino Decano assignandum grado Baccalaureatus accepto disputaret, et huiusmodi gratia imposterum nulli alij fieret, admissus est, Omnesque simul solutis Juribus Facultatis, et praestitis praestandis ordine superius posito per me Decanum more solito Juris utriusque Baccalaurei creati sunt…”*

[52] UAW. J5 fol. 23b.: (1611) *Promoti in Baccalaureos. M. Georgius Klessl.*

[53] UAW. B 141/1. *Speculum Academicum Viennense, Sue magistratus Antiquissimae et Celeberrimae Universitatis Viennesis a Primo ejusdem Auspicio ad nostra Tempora Chronologice, Historice, et Lemmatice exhibitus* a D. Joanne Josepho LOCHER J.U.D.Viennae Austriae, MDCCLXXIII. (weiterhin: LOCHER, *Speculum 1*.) S. 260.: *Procuratores Hungarici* - 1613 *D. Georgius Klesl, Art. Magister, & Juris Utriusque Baccalaureus.* Vö. HARHAMMER, *Nation*, z.W., S. 212.

[54] Locher listet ihn nicht unter den Doktoren auf.

[55] UAW. WUM. IV. 90.: *Benedictus Zalnpaum Tebensis Pannonius nob. 30 kr.* Vgl. KISSNÉ BOGNÁR: *Bécsi*, z.W., S. 79.

[56] 06. Juni 1608. *Benedictus Zalnpaum, Demnensis Ungarus*. Vgl. *Register zu den Matrikeln der Universität Tübingen 1600–1817*, Tübingen, 1954, Nr. 18080.

[57] Vgl. *Die Matrikel der Universität Tübingen II. 1600–1710*, Hrsg. Albert BÜRK, Wilhelm WILLE, Tübingen, 1953, S. 48.

[58] 31. Dezember 1616. *Register zu den Matrikeln der Universität Tübingen 1600–1817*, Tübingen, 1954, Nr. 19479.

[59] *Decades II. Controversarum Iuris Positionum, quas Deo Opt. Max. Auspice Decreto et Authoritate Magnifici et Ampliß. IC. Ordinis in celebritate antiqissima, et antiquitate celeberrima Academia Basiliensi, Pro Doctoralibus in utroq$_3$ Iure consequendis privilegiis, Publice ventilandas proposuit Benedictus Zalnpaum Tebensis Pannoniu. Ad diem 19 Maij MDCXVII. Horis locoq$_3$ solitis. Basiliae, Typis Joh. Jacobi Genathii, Acad. Typograhi.*

[60] *Die Matrikel der Universität Basel III., 1601–1665*, Hrsg. Hans Georg WACKERNAGEL, u. a., Basel, 1962, 190.

[61] UAW. Konsistorialakten. Fasc III. Lit. Z. nr. 5. - Außen: *„h:h: ratione Dris Zahlbaum ut monstret schedam confess: ad proba se recatholi. alias ad Advocatura non admittitur.”*

[62] *„Dem Herrn Rectorj und Consistorio, alhieiger* [!] *Universitet zuzustellen. - Von der N.Ö. Regierung wegen, dem Herrn Rectori und Consistorio der Alhieiger Universitet hiermit anzuzeigen, Es habe sich Jüngsthen Benedict Zalnbaum, der Rechten Doctor, bey Ihr Regierung zu der Catholischen Religion, gehorsamblich erklärt, danebens gebetten ihme die Advocatiam hierüber wiederumben! zu werwilligen. .....*[fehlen zwei Wörter] *Regierung ihme hernn Rectorj und Consistorio, daß Sie berührten Zahlnbaum ehiß für sich erfordern, und kann derselb derentwegen Beicht Zetl fürbringen, ihm, als ein würkliches Membrum Universitatis wiederumben incorporiren, Wir Sie in Sachen Gehorsamlich Zu thun wissen. Actum Wienn, den Neünten Decembr. ao. Sechzehnhundert dreisig.”*

[63] UAW. WUM. IV. S. 152.: *Joannes Benedictus Zalnbaumb Vienn. Austr.*

[64] UAW. NH 2. fol. 29a: (1632) *Benedictus Zalnbaum Tebensis Pannonius J.U.D. dedit unum Imperialem.*

Finanzierung eines Heftchens mit einer Grußansprache an seinen Jesuiten-Professor.[65]

Zalnbaum brachte es hiernach – obwohl man von seinem Leben nicht viel kennt – zu hohem Ansehen, denn sein Leben ging als kaiserlicher und Regierungsrat zu Ende, wie dies durch das 1647 geschriebene Testament bezeugt ist.[66] Aus diesem hervorgehend war sein Sohn Benedict bereits früher gestorben und deshalb wurde der Neffe des Doktors Zalnbaum, Maximilian Zalnbaum, als Gesamtnachfolger eingesetzt („*Rechtes Universal Erbe*").

Doktor Zalnbaum könnte irgendwann im Januar 1648 gestorben sein, weil er am 8. dieses Monats ein Kodizill hat anfertigen lassen.[67] Sein Vermögen war bereits am 23. Januar 1648 inventarisiert worden.[68] Er hinterließ ein ziemlich großes Vermögen von beinahe zwanzigtausend Gulden, das auf 49 Seiten aufgelistet stand.[69] Seine beträchtliche, mehr als fünfhundert Bände zählende Bibliothek machte nur knappe drei Prozent dieses Vermögens aus.[70] Einen Beweis für die ausgedehnte anwaltliche Tätigkeit des Doktors Zalnbaum stellen die im *inventarium* auf 28 Seiten aufgelisteten anwaltlichen Schriftstücke („*Volgen die Actiones*") dar, gruppiert nach Klienten, zahlenmäßig über hundert Stück. Unter den Mandanten finden sich deutsche Namen, ein Bezug auf Ungarn zeigte sich nicht. Am Ende des Inventars werden auch einige Schriftsätze seiner Prozesse aufgelistet.[71] Per Testament gründete Zalnbaum auch eine Stiftung, die noch 1674 über ein erhebliches Kapital verfügt haben soll.[72] Dies zeigt auch, dass die Rechtshoheit der Universität bezüglich der Rechtsverhältnisse der Universitätsmitglieder auch nach deren Tode noch lange Zeit weiter bestand.

3. Adamus Ignatius Strell bezeichnete sich als aus Modor (Komitat Pozsony/Preßburg) stammender, als er sich 1653 in der Matrikel der *Natio*[73] immatrikulierte. Sein Name ist in der Haupt-Matrikel nicht aufzufinden. Er studierte an der Juristenfakultät, 1657 erwarb er das Doktorendiplom,[74] aber erst 1664 fand er Aufnahme ins Doktorenkollegium.[75] Wahrscheinlich war er von Anfang an als Rechtsanwalt tätig. Er hatte eine recht ausgedehnte und ansehnliche Klientel.[76] Laut seinem Verlassenschaftsinventar sind in seinem Archiv Prozessakten in der Hunderter-Größenordnung hinterlassen worden.

Nicht weniger als dreimal (1666, 1670, 1674) – also bei jeder nach den zyklischen Wahlregeln im gegebenen Zeitraum möglichen Wahl – wurde er zum *procurator* der *Natio Hungarica* gewählt.[77] Und dies geschah ungeachtet dessen, dass bereits seine erste Amtszeit als *procurator* alles andere als reibungslos verlaufen war. Mit der Zeit verlor er immer mehr an Ansehen, weil er bei der Führung der *acta* und der Abrechnungen lässig vorgegangen und in Streitigkeiten verwickelt war, was kein gutes Licht auf ihn warf.

Er hat nämlich seine personellen Bedenken gegenüber einem Kollegen, Dr. Schönaich, in die Akten der *Natio* hineingetextet, und noch dazu in einer ziemlich beleidigenden Form. Dies wurde vom Betroffenen angefochten, und das Ergebnis war, dass der beleidigende Teil in dem Buch gestrichen werden musste.[78] Um ähnliche Fälle zu vermeiden, wurden zwei *comissarius* verpflichtet, die Formulierungen der Texte, die in die jeweiligen Jahresakten aufgenommen werden sollten, vor der Eintragung noch einmal zu prüfen.[79]

Strell wurden von Mitgliedern der Nation auch andere Säumnisse vorgeworfen. Er soll angeblich während seiner *Procoratorschaft* 1666 auch Kaiser Leopold I. in die Matrikel der Nation eingetragen haben. Jedoch war das Blatt abhanden gekommen und dies wurde Strell auch zum Vorwurf gemacht. Auf seine Rechnung hatte man auch das Abhandenkommen einer Goldkette im Wert von 40 Unze verschrieben. Mehrmals war er vor die Versammlung vorgeladen, dennoch kein einziges Mal erschienen, um die Angelegenheit klarzustellen.[80]

---

[65] *Iter Stagyrae-Academicvm. Qvod Triennali Labore Lavrentvm, Principem Philosophici Honoris Vrbem, Svsceptvm, Anno M. DC. XXXVII. Mense Ivlio, Die XXVII. Finem Habvit, Qvo Eodem Tempore. Ferdinando III. Imper: Semp: Avg: In Avstriaca, Et Antiqvissima Universitate Viennensi, Ex publico Lavrentino Honorum Philosophicorum Senatus-Consulto. R. P. Stephanus Pethő a Soc. Iesu. AA. Ac Philosophiae Doctor. ejusdemque in eâdem Vniversitate Professor, & pro tempore Senior Admodvm Reverendis, Nobilibvs, Ervditis, AA. Et Philosophiae XLVII. D. D. Baccalavreis, Svpremam in Philosophia Laurum conferrebat.* Conscripsit Benevolentia, Affectus typo mandarunt, Dedicarunt, & sumptus dederunt, Illvstrissimi, Illvstres, Generosi, Nobiles, Oratoriae Facvltatis Avditores, Carolvs Ferdinandvs, Dominus a Rappach, Austr: Job Hartmannvs, a Weltz. L. B. Aust: Franciscvs Lvdovicvs ab Hoijos. L. B. Aust: Joan: Christophorvs Ekstain, ab Ernegg. Prov: Aust: Stephanvs Aber Angulo, Et Velasco, Nob Hispanus. Joan: Franciscvs a Kaiserstain. Prov: Aust: Isidorvs aber Angvlo, Et Velasco, Nob. Hisp: Joan: Franciscvs, **Benedictvs ZALNPAVMB, Nob: Vien**: Joan: Baptista Resclalli. Nob: Mediolanensis. Viennae Avstriae, Excudebat Matthaeus Formica, in Aula Coloniensi M. DC. XXXVII. Vgl. *Régi Magyar Könyvtár III/1.* [Alte ungarische Bibliothek], Hrsg. SZABÓ Károly, HELLEBRANT Árpád, Budapest, 1896, Nr. 1519. (weiterhin: *RMK III/1.*)

[66] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen 59/27. - „*Benedict Zallnpaumb beiden Rechten Doctor den Röm Kays: Maytl: Rath und Regent der Nider Österreichischen Landen.*"

[67] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen 59/27.

[68] Ebd.

[69] *Summamsummarum der völligen verlassenschaft sampt der hienachstehenten Bibliothec: 18468 R 27 k.* Ebd.

[70] Leider das Inventar gibt nur die Bändezahlen nach Bandgröße an. Es wird pro Band ein Gulden angerechnet: *In folio 178, In quarto 116, In Octavo 200, In duodec: 50*. Ebd.

[71] Ebd.

[72] Unter den Verlassenschaftsakten ist ein Bericht zu finden vom 20. April 1674, in dem auch die „*Zahlenbaumbischen Stifftung*" erwähnt wird, welche damals aus „*400 R. Capital bestehet*."

[73] UAW. NH 2. fol. 41a.; *Adamus Ignatius Strel Ungarus Modrensis*. Vö. HARHAMMER, *Nation*, z.W., S. 323.; KISSNÉ BOGNÁR, *Bécsi*, z.W., S. 10.

[74] Sein *Testimonium Doctoralis* wurde 12. Mai 1657. ausgestellt. UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasz. 38/14. Nr. 3.

[75] LOCHER, *Speculum 2*., z.W., S. 47.: (Dr. juris) *1664 D. Adamus Ignatius Strell.*

[76] Unter den im Inventar aufgelisteten Kunden sind folgende Namen zu finden: *Graf Lyppai György; Ilieshazi (1679); fürst Ragotzin; gräfin Czobor; graf Ladislaus Ciaky; Erdödi; Duornicouich; Valentinus graf Balassa; Graf Bathyan; Pongratz; Nicolaus Keglevich; Kolonitsch.* UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasz. 38/14.

[77] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 265.: *Procurator Hungaricus: 1665 D. Adamus Ignatius Strell, J.U.D. Aulae & Jud. Advocatus I; 1669 D. Adamus Ignatius Strell, J.U.D. Aulae & Jud. Advocatus II; 1673 D. Adamus Ignatius Strell, J.U.D. Aulae & Jud. Advocatus III*. Nach seinem Nachlassinventar hat er auch einen Faszikel von Schriften bezüglich der Ungarischen Nation verfügt.

[78] UAW. NH 2. fol. 49.

[79] HARHAMMER, *Nation*, z.W., S. 39-40.

[80] UAW. NH 2. fol. 60a.; HARHAMMER, *Nation*, z.W., S. 40.

Er hatte zwei Söhne, Joannes Antonius Carolus und Adamus Ignatius jn., die er 1670 als *procurator* auf Grund eines *statutum* der Universität in die Matrikel der *Natio* eingetragen hatte.[81] Während seiner *Procuratorschaft* hat 1666 ein kroatischer Philosophiestudent, 1670 ein ungarischer Theologe, und 1674 ein Philologiestudent und *baccalaureus* aus Győr/Raab die Rede zum Fest des Heiligen Ladislaus – Schutzpatron der Nation – gehalten.[82] Strell erlangte 1678 im Komitat Trencsén den Adelstitel.[83]

1679 war in die Matrikel der *Natio* ein Eintrag gesetzt, wonach Strell mit der ganzen Familie der Pest zum Opfer fiel: *„Abrepta sunt ...Clarissimus D. Ignatius Strell I.U.Dr. cum tota sua familia."*[84]

Dass ihn der Tod tatsächlich plötzlich ereilt haben soll, beweist die Tasache, dass er kein Testament hinterlassen hatte.[85] Sein Vermögensinventar wurde am 19. Januar 1680 auf 38 Seiten aufgenommen, dessen Summe belief sich auf nahezu Fünfzehntausend Gulden. Er besaß auch eine kleinere Bibliothek, die auch wichtige juristische Werke enthielt.[86]

Dass er auch Kinder hinterlassen haben soll, beweist, dass unter den Schriftstücken über die Verlassenschaft unzählige Bittschriften (*Gehort-relation*) zu finden sind, die – im Zeitraum von 1680-1689 datiert – von Seiten des Vertreters der Waisen an das *consistorium* (*„pupillen gerhaben"*) adressiert sind, und in denen als wichtiger Akteur Glatz (der später noch erscheinen wird) aufgetreten war, über den man sich in mehreren Schriftstücken beklagte, weil er unerledigte finanzielle Angelegenheiten mit Strell hatte.[87]

4. Paulus Josephus Glatz (Glaz) mit Herkunft aus Oka (Oggau) immatrikulierte sich am 25. November 1672 als Jurastudent in der Matrikel der Universität Wien.[88] Etwas später ließ er seinen Namen auch in die Juristen-Matrikel eintragen.[89] Schon als Jurastudent erwarb er an der Artistenfakultät die Grade *baccalaureus*[90] und *magister*[91], die als Voraussetzungen für die spätere Erlangung des Doktorgrades galten. Im letzteren Fall hatte er bereits im Juli 1674 seinen Universitäts-Status als *J.U. Candidatus* angegeben. Mittlerweile wurde er auch Mitglied der ungarischen Nation.[92] Noch als einfacher Jurastudent hielt er eine Rede zum Fest des Heiligen Ivo im Mai 1674, woraus man auf vermögende Eltern und Unterstützer schließen sollte. Die Rede hatte er dem Grafen Pál Eszterházy gewidmet.[93]

Den Doktorgrad könnte er vielleicht 1677 erlangt haben, jedenfalls in diesem Jahr wurde er bereits so bezeichnet.[94]

Ende 1680 wurde bereits seine Aufnahme ins Doktorenkollegium im Protokoll des *procurator* der ungarischen Nation[95] verewigt. Laut Matrikel der Nation soll er bereits in diesem Lebensabschnitt als Rechtsanwalt sein Lebensunterhalt verdient haben.[96]

Er dürfte sich zum hochansehnlichen Rechtsanwalt emporgearbeitet haben, denn wahrscheinlich in Verbindung mit einer seiner Prozesse war ein Rechtsgutachten auch in gedruckter

---

[81] HARHAMMER, *Nation*, z.W., S. 323.

[82] 1. S. *Ladislaus Rex Hungariae, Sub Auspiciis Augustissimi Et Invictissimi Romanorum Imperatoris Leopoldi Hungariae Bohemiaeque Regis Archiducis Austriae &c. In Basilica D. Stephani Proto-Martyris Oratoria dictione celebratus* A Spectabili ac Magnifico Oratore, Alexandro Ignatio Mikulich de Brukonocz L. B. Croata, Logices Auditore, Deferente Nobili, Strenuo, Ac Clarissimo D. **Adamo Ignatio STRELL**, AA. LL. & Phil: Magist: nec non J: U: Doctore. Aulae ac Judiciorum Advocato, & p. t. Nationis Ungaricae Procuratore. Viennae Austriae (1666). - *RMK III/1*., 2323.
2. *Gloria D. Ladislai Regis Vngariae, Duabus innixa columnis Pietatis Et Fortitvdinis. In Basilica Protomartyris Stephani Panegyrica Oratione celebrata*. Deferente Praenobili Clarissimo Et Consultissimo Domino **Adamo Ignatio STRELL**, J. V. Doctore, Aulae & Judiciorum Advocato, Inclytae. Nationis Vngaricae Procuratore. Per Reverendum, Nobilem & Doctissimum Dominum Ioannem Patky, Vngarum, Szakolczensem, AA. LL. & Phil. Magistrum, SS. Theologiae Auditorem, Coll. Pazman. Alumnum. Viennae Austriae Anno 1670. - *RMK III/1*., Nr. 2516.
3. *Hic Vir Hic Est Aeneid. 6. Sive D. Ladislavs Rex Hungariae, Divina & Martiali á Virtute Vir In Basilica D. Proto-Martyris Stephani Panegyricâ Oratione Celebratus*, Jubente Praenobili, Clarissimo Et Consultissimo Domino **Adamo Ignatio STRELL**, Philosophiae nec non J. U. Doctore Aulae ac Judiciorum Advocato, & p. t. Inclytae Nationis Hungaricae Procuratore, Per Nobilem Ac Eruditorum Dominvm Joannaem Georgium, Hungarum Jaurinensem. AA. LL. & Philosophiae Baccalaureum, Viennae Austriae, Anno M. DC. LXXIV. - *RMK III/1*., Nr. 2650.

[83] Sein Adelsbrief, der am 3. Juli 1678 ausgestellt war, ist *„sambt dessen Immatriculations Testimonio in Comitatu Trenchinensi"* (aus 1679) unter seinen Verlassenschaftsakten zu finden. UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasz. 38. 14. Nr. 1.

[84] UAW. NH 2. fol. 64.

[85] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasz. 38/14.: *„Herr Adam Ignat Strell J:U:D: Hof und gerichts Advocat und Fr. Paulina Strellin dessen Eheconsortin ... anno 1679: ab intestato gestorben."*

[86] Das Inventar listet seine Bücher einzeln auf.

[87] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasz. 38/14.

[88] UAW. WUM V. S. 66.: *1672 no. 25. Paulus Josephus Glaz Ung. jur.* Siehe KISSNÉ BOGNÁR, *Bécsi*, z.W., S. 130.

[89] UAW. Jur Fasc. IX. 367.: *1673 - Demum se Matriculae Facultatis inscribi permiserunt* [zusammen mit 8 anderen Studenten] *Paulus Josephus Glaz. J.U.St.*

[90] UAW. Ph22 Promotor fol. 36v.: *Ph Bacc.* (22. 05. 1674) *Paulus Josephus Glatz Ungar. occaviens. J.U. studiosus.*

[91] UAW. Ph22 Promotor fol. 37v.: *Ph Mag*. (19. 07. 1674) *extra ord. D. Josephus Paulus Glatz. Ungarus Oggauiensis J.U. Candidatus.*

[92] UAW. NH 2. fol. 51a.: *1673 Dominus Paulus Josephus Glatz Hungarus Aggauensis, dedit pro inscriptione 15 cruciferos*.

[93] *Divino Plenus Spiritu Divo Ivo Inclytae facultatis Juridica In Divi Stephani Protomartyris basilica, Feria III. Pentacostes Oratoria dictione* Deferente Praenobili ac Clarisssimo Domino Michaele Hager, Juris utriusque Doctore, Inclitae Facultatis Juridica pro tempore Decano spectabili Celebratus ŕ Nobili ac Perdocto Domino **Paulo Josepho GLATZ**, Hungaro Oggauiensis AA.LL & Philosophiae Baccalaureo, Juris Utriusque Studioso. Anno Salutis M.DC.LXXIV Die 15 Maj. Vieannae Austriae, 1674.

[94] LOCHER, *Speculum 2*., z.W., S. 49.: (Dr. juris) *1677 D. Paulus Josephus Glaz*.

[95] UAW. Acta Procuratorum Inclytae Nationis Hungaricae fol. 213a.: *„1680 December – Hoc ipso mense deposuit unum imperialem Clarissimus D. Paulus Josephus Glatz J.U.D. pro inscriptione sui in Matriculam Nationis tanquam Doctoris Facultati inserti, quod se facturum pollicitus est in Circulo Nationis tempore mea electionis…"*

[96] UAW. NH 2. fol. 56b.: *1681 D. Paulus Josephus Glatz J.U.D. Aulae et Judic: Advocatus.* Die Nation hat auf ihn auch später mit Stolz erinnert: UAW. NH 2. fol. 144a.: *„Index Clarissimurum DD: Doctorum Inclytae Nationis Hungariae Membrorum A. 1681 Superstitum, et deinceps accendentium - Ex Facultate Iuridica: D. Paulus Josephus Glatz Hungarus +."*

Form erschienen. Das römische Recht, das kanonische Recht, das göttliche- und Naturrecht als Fundamente genommen, sowie sich auf deutsche kaiserliche Verfügungen berufend, konnte er den Anspruch auf das Herzogtum von Corrigia eines österreischen Herzogs (Don Gybertus ab Austria) gegen den Fürsten von Modena beweisen. In dieser Rechtsstreit, in dem auch schwierige öffentlichrechtliche und lehnrechtliche Fragen analysiert wurden, setzte er all das Wissen und Instrumentarium ein, was seinerzeit nur ein überdurchschnittlich gebildeter und erfahrener Jurist zu tun im Stande war.[97]

Als Mitglied des Doktorenkollegiums und Rat des Marschallischen Gerichts[98] wurde er im akademischen Jahr 1699/1700 zum Dekan der Juristenfakultät gewählt.[99] Glatz muss nicht allzu pedanter Mensch gewesen sein, er konnte nämlich seien Amtszeit als Dekan nicht derart abschließen, dass man nicht irgendetwas an seiner Arbeit auszusetzen hatte. Im Februar 1701 hat er – scheinbar – alle Sachen und das ganze Geld, was er von Amts wegen in Aufbewahrung halten musste, gegen Quittung an seinem Nachfolger herausgegeben.[100] Aber noch nach zwei Jahren gelangten weitere Eingaben beim Rektor und dem *consistorium*, in denen der *quaestor* der Juristenfakultät sich darüber beklagte, dass manche Sachen und etwas Geld bei Glatz verblieben wären.[101]

Im als amtlich geltenden Schematismus wurde er zwei Jahre später als Rat des marschallischen Gerichtes und als eines der 66 Mitglieder des Doktorenkollegiums aufgelistet.[102]

Wie in den Universitätsakten zu lesen steht, hatte er zweimal geheiratet. Seine erste Frau Maria Anna verstarb schon 1684 und bezeichnete vorher als Erben ihren Ehemann. Aus dieser Ehe stammte seine Tochter, Maria Catharina, die der Juristenfakultät später viel Kopfzerbrechen bereitete und sein wahrscheinlich früh verstorbener Sohn, Paulus Adamus.[103] Zum Universalerbe der Ehefrau wurde tatsächlich ihr Ehemann.

Irgendwann hatte er wieder geheiratet, und Anna Euphrosina Wiederauß zur Frau genommen.

Glatz starb ohne Testament relativ jung, im Alter von ca. 50 Jahren im September 1704, und hinterließ mehrere ungeordnete Angelegenheiten.[104] Seine Tochter beantragte beim Rektor und dem *consistorium*, als gesetzlicher Erbe der Hinterlassenschaft anerkannt zu werden.[105]

Im darauf folgenden Jahr wurde dieser Antrag von der zweiten Ehefrau angefochten *„pro restitutione in integrum, contra aditam hereditatem absque beneficio legis et inventarij*." In ihrem Antrag hatte die zweite Frau geltend gemacht, dass ihr Mann viele Gläubiger hatte, und die Erbschaft wider Erwartens gering ausfalle. 6000 Gulden hätte sie an den Gläubiger im Namen ihres Mannes ausbezahlt, und deshalb musste sie den Antrag der Tochter anfechten.[106] In seiner Stellungnahme stellte der Rektor fest, Glatz sei *„für einen Wolhabigen Mann gehalten worden*," aber in seinem Nachlass wären nur 400 Eimer Wein und eine 2700 Gulden werte Bibliothek verblieben. Ebenda berichtete der Rektor darüber, dass Glatz eine Zeit lang *Superintendent* der ungarischen und kroatischen Stiftung gewesen sei. Der *Superintendent* dieser Stiftung, der während der Zeit des Todes von Glatz in Amt war, hatte Forderungen gegen die Erbin – d.h. Glatzens Tochter – angemeldet. Es muss am Anspruch der Stiftung doch etwas Rechtens gewesen sein, da das die Rechtshoheit ausübende *consistorium* die Bitte der Tochter bezüglich der *in integrum restitutio* abgewiesen hatte.[107]

---

[97] *Scriptura deductoria, in qua ex jure civili, canonico, naturali & divino ac constitutionibus sac. Rom. Imp. probatur. Primo: principatum Corrigii cum appertinentiis suis, tum jure majoratus & primogeniturae, tum jure fideicommissi, aut etiam jure feudi (in supposito tamen, quod contra mentem primi instituentis fideicommissum vel majoratum, natura & qualitas fideicommissi in feudum transmutavi possit) ordine successive ad excellentissimum dominum Don Gybertum ab Austria, sacri Romani Imperii principem de Corrigio pertinere. Secundo: dictum principatum per sub- & obreptionem, sinistramque informationem in praejudicium agnatorum, sacri Roman. Imperii principum de Corrigia, in serenissimos duces Mutinensi Iadeoque in alienas manus & extra familiam alienatum & translatum fuisse. Indeque tertio: sententiam de anno 1612. super Joanne Syro, primo principe de Corrigia, a linea comitum de Corrigia excludendo, latam: item suprafati principatus hypothecationem sacrae regiae catholicae majestati sub dato 15. Februarii 1634. constitutam: & ab eadem sacra catholica majestate sub dato 15. Octobris 1635. serenissimi duci Mutinensi cessam, necnon transactionem de dato 4. Septembris 1649. inter Mauritium, sacri Romani Imperii principem de Corrigia ex una & Franciscum, serenissimum turas dictis serenissimis ducibus Mutinensibus super hoc principatu concessas, & denique sententiam de dato 22. Aprilis 1695. contra supramemoratum excellentissimum dominum Don Gybertum ab Austria, sacri Romani Imperii principem de corrigia latam & publicatam, per communia juris remedia nullitatis, aut restitutionis in integrum rescindendas, annullandas ac retractandas. Et tandem quarto: suprafatum principatum cum omnibus suis appertinentiis, fructibus perceptis & percipiendis, ac cum omni causa, praememorato excellentissimo domino Don Gyberto ab Austria, sac. Rom. Imperii principi de Corrigia á serenissimis ducibus Mutinensibus restituendum esse.* Authore et compilatore **Paulo Josepho GLATZ**, juris utriusque doctore, Aulae Caesareae & judiciorum advocato, nec non sac. caesareae regiaeque majestatis Supremi Judicii Aulae Marschallatus assessore. Viennae Austriae … anno Domini 1697. - *Régi Magyar Könyvtár III. Pótlások, kiegészítések, javítások 1-5* [Alte ungarische Bibliothek III Ergänzungen 1-5], Budapest, 1990–1996, Nr. 7878. (weiterhin: *RMK pótlások*)

[98] UAW. Acta Procuratorum Inclytae Nationis Hungaricae fol. 266b.: *1700 Decanus facultatis Juridicae Dominus Glacz Excelsi Aulae Mareschallatus Consiliarius*.

[99] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 11.: *Decanus Facultatis Juridicae: 1699 D. Paulus Glaz.*

[100] UAW. Jur. Dekanat. Personalia Fasc.I. Lit. G. 476.

[101] Ebd. „*… daß Er* (Glatz) *entweder obigo facultet sach alsobaldten restituiren, oder außweißen solle, woselbe Einkommen seindt, so hat doch alles dießes bey ihme H. Doctore Glazen gantz nichts verfangen, wenig der geringste Vollzug gelaißtet werdten wolle. Allbisweilen aber eine Zeithero der Facultet sach, sonderlich dern geldten in die größte confusion gerath, alßo daß nothwendig alles so baldtmöglich zusamen undt in zu ordnung gebracht werdten muss*."

[102] *Schematismus*, 1702. - *Paul Josef Glatz, deß kays. Ober Hof-Marschall Gerichts assessor, log. Säitzerhof.*

[103] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 20/24-25.: *„Paul Joseph Glaz J:U:D: so anno 1704. ab intestato gestorben, und Maria Anna Glazin dessen Eheconsortin so anno 1684. testata gestorben*."

[104] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 454.: *Glaz Paulus Josephus, mort. 2. Septembris 1704*.

[105] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 20/24-25. - Das Mädchen schrieb am 7. November 1704. *„Hab ich mich hiemit simpliciter, et absque beneficio legis et, Inventarij zur Erbin erklären wollen, Mit Bitt diser meiner gethanen Erklärung Prothocollando."*

[106] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 20/24-25.

[107] Ebd.

Nach dem Tod der Stiefmutter[108] wurde Erbin des nicht allzu großen Vermögens auf Grund des Testamentes Glatzens Tochter.[109] Hierdurch wurden ihre materielle Schwierigkeiten natürlich nicht gelöst. Jahrzehntelang überhäufte sie die Juristenfakultät mit Bittschriften/Anträgen. Der Ehre der Fakultät soll zugeschrieben werden, dass sie „*vigore quietantiae*" („*vigore conclusi, et quietantiae*") mit kleineren Geldbeträgen immer das in mehreren Schriftstücken als „Jungfrau" bezeichnete Mädchen (*„Virgini Mariae Catherinae Glazin"*) ausgeholfen hatte.[110]

5. Der Georgius Christophorus Kessler (Kesseler) von adeliger Abstammung kam aus Kismarton (Eisenstadt) nach Wien, wo er sich – zusammen mit dem ebenfalls adeligen Josephus Kesseler – 1676 am selben Tag in die *rhetor*-Klasse[111] immatrikulierte. Über sein Studium weiß man so gut wie nichts. Soviel steht fest, dass er seine Studien mit dem Titel *doctor iuris* abgeschlossen hatte, denn bereits 1692 kann man ihn auf der Liste der Doktoren finden.[112] Ob er philosophische Grade besaß, sowie das Thema seiner Inauguraldissertation (wenn er einen überhaupt hatte) ist nicht bekannt. Was mit ihm nach der Erlangung des Doktortitels passierte, weiß man auch nicht.

Zwanzig Jahre später wurde er – als Regierungsrat von Niederösterreich – zum Dekan der Juristenfakultät gewählt.[113] Der Dekan – wie man sah – kam nicht unbedingt aus den Reihen der Professoren hervor, aber gleichzeitig muss es eine belastende Verpflichtung für Mitglieder des Doktorenkollegiums gewesen sein, das Amt des Leiters der Fakultät innezuhaben. Über sein einjähriges Amtieren wissen wir nur soviel, dass er nach seiner Amtszeit mit regulärer und korrekter Abrechnung abgetreten war.[114] Kurz darauf muss er den Adelstitel verliehen bekommen haben, weil dies bei seinem Tod,[115] im Februar 1717 bereits aus seiner Namensbezeichnung,[116] sowie aus den Siegeln auf den Verlassenschaftsdokumenten seiner Ehefrau (die Kesslers Erbin war) hervorgeht. Im übrigen hatte sie mehr als dreißig Jahre ihren Ehemann überlebt.[117] Mehrere Söhne von den beiden erlebten das Erwachsenenalter und dienten als Beamten in Wien zur Zeit Maria Theresias.[118]

6. Carolus Cischini aus Kismarton (Eisenstadt), um 1673 herum geboren,[119] immatrikulierte sich 1695 in Wien an der Artistenfakultät in der *phisycus*-Klasse.[120] Nach kaum einem Jahr findet man ihn in den Reihen der Studierenden *baccalaurei philosophiae*,[121] aber es gibt kein Hinweis dafür, dass er den *Magister*-Titel auch erreicht hätte. Bereits 1699 hielt er als Jurastudent des dritten Studienjahres die Rede zum Fest des Heiligen Ivo im Namen der Fakultät, was zeigt, dass er eine Familie mit beträchtlichem Vermögen oder ansehnliche Patrone hinter sich gehabt haben muss. Letzteres scheint wahrscheinlich zu machen, dass seine Rede dem kaiserlichen Rat und Pfarrer Franciscus Cischini gewidmet war.[122]

Nach Locher trat er 1700 in die Reihen der Doktoren ein,[123] und ab 1702 wurde er mit großer Wahrscheinlichkeit Mitglied des Doktorenkollegiums.[124] Seine *dissertatio* ist nicht auffindbar, sie war vielleicht nicht einmal in Druckform erschienen. Als Mitglied des Doktorenkollegiums übte er rechtsanwaltliche Praxis aus, und irgendwann erhielt den Adelstitel.

Mehrere Kinder waren aus seiner Ehe mit Elisabeth v. Flamburg geboren. Ein Sohn Franciscus Ernestus (vielleicht aus einer früheren Ehe?) verstarb 1747 34-jährig, als Jurastudent.[125] Ein weiterer von seien vielen Söhnen, Leopold Ludovicus v. Cischini

[108] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 20/26.: *„Frau Anna Euphrosina Glazin geborene Widerausin ... H. J.U: Dris Glaz hinterlassene Wittib so mense fabruario anno 1707 testata gestorben*."

[109] In ihrem Testament vom 14. Januar 1707 ist Maria Catharina als Universalerbe angegeben. Gesamtwert des Inventariums: *1587 R. 3 Xr.* Maria Catharina hat auch diese Erbschaft für sich beansprucht *„cum beneficio legis et inventarij*", und hat die Dahingeschiedene als ihre Stiefmutter genannt.

[110] Besonders in den zwanziger Jahren sind Bittschriften in den Dekanatsakten und Rechnungen in größerer Zahl aufgetaucht. Siehe unter anderem UAW. Jur. Dekanatsakten (Rechnungen: Dekanat, Quaestur) Fasz. I/3 (180/2) I. N. 3/41 (578) - 1724/25; I. N. 3/42 (595) - 1725/26; I. N. 3/45 (607) - 1726/27; I. N 3/46 (617) - 1727/28; I. N. 3/47 (624) - 1728/29; I. N. 3/50 (632) - 1729/30; I. N. 3/52. (644) 1730/31; I. N.3/56 (667) - 1732/33.

[111] UAW. WUM. V. S. 82.: 30. November 1676.: *Christophorus Kesseler Eisenstadiensis nob. Ung. rhet*. Vö. KISSNÉ BOGNÁR, *Bécsi*, z.W., S. 139.

[112] LOCHER, *Speculum 2*., z.W., S. 50.: (Dr. juris – 1692) *D. Georgius Christophorus Kessler.* UAW. NH 2. fol. 144a.: *Index Clarissimurum DD: Doctorum Inclytae Nationis Hungariae Membrorum A. 1681 Superstitum, et deinceps accendentium - Ex Facultate Iuridica: D. Georgius Christophorus Kessler Hungarus.*

[113] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 112.: *Decanus Facultatis Juridicae - 1712 D. Georgius Christophorus Kessler, Excelsi Regiminis Consiliarius.*

[114] UAW. Jur. Dekanatsakten (Rechnungen: Dekanat, Quaestur) Fasc. I/3 (180/1-2) I. N. 3/28. - 1712/13: *Rationes Acceptorum et Expositorum a Me Georgio Christophoro Kessler J:U: Dre Sac: Caesareae Regiaeque Catholicae Majestatis in Excelso Inferioris Austriae Regimine Consiliario actuali et p: t: Inclytae Facultatis Juridicae in Antiquiassima ac Celeberrima Universitate Viennensi a 5:ta Decembris 1712 usque in eadem diem 1713 Decano.*

[115] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 464.: *Kessler Georgius Christophorus, mort. 17. Februarii 1717*.

[116] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 14/27-28. *„H. Georg Christoph v. Kessler J:U:D: und N:O: Regiments Rath die 17 februarij anno 1717: testatus gestorben*."

[117] Frau Maria Gertrud v. Kessler ist 26. Februar 1753. gestorben. Sie hat auch ein Testament hinterlassen. Siehe ebd.

[118] *„Christoph Ferdinand v. Kessler N:Ö: Reprepresentaions und Cammer Rath; Jos: Christoph v. Kessler R.R. Hof Rr. Rath; Franz Leopoldus v. Kessler R:R: Hof Secretarius*." Siehe ebd.

[119] Wiener Stadtbibliothek, Portheimkatalog.

[120] UAW. WUM. VIII. fol. 54r.: *Carolus Cyschini Praenob: Hung: Physicus.* Bei Kissné fehlt dies. Vgl. KISSNÉ BOGNÁR, *Bécsi*, z.W., S. 172.

[121] UAW. Ph22 Promotor fol. 76r.: *Carolus Cischini, Praenobilis Ung: Eisenstadiensis*. UAW. NH 2. II. fol. 64b.; *1696 D. Carolus Cischini Praenob Ungarus Eisenstadiensis.*

[122] *Ignes festivi, quibus divus Ivo virtutibus clarissimus inclytae Facultati Juridicae in basilica d. proto-martyris Stephani pro annua Pentecostes festivitate oratorié propositus est* sub praenobili, clarissimo ac consultissimo domino, Jacobo Greyssing, i.u. doctore, aulae judicorumqué advocato, caesarei fisci adjuncto, reverendissimi ac celsissimi sac. Rom. I. principis, episcopi Viennensis consiliario consistoriali, celeberrimi monasterii Scotensis aulae judice, nec non institut. imperii professore publico & inclytae Facultatis Juridicae p.t. decano spectabili, a praenobili ac doctissimo domino, **Carolo CISCHINI** Hungaro Eisenstadiensi i.u. in tertium annum auditore, anno, qvo regiis sponsis Viennae in Avstriae metropoli spectandi ignes festivi svnt exhibit. Viennae Austriae (1699). - *RMK pótlások*, Nr. 7076.

[123] LOCHER, *Speculum 2*., z.W., S. 51.: *1700 D. Carolus a Cischini.*

[124] *Schematismus* 1702–1748.

[125] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen. Fasc 79/3.: *„Franciscus Ernestus Cischini Studiosus Juris 34. Jahr alt des Herren Carl Cischini J:U:Dris leiblichen Sohn den 13. hujus mit hinterlassung eines Testaments.*"

trat die Beamtenlaufbahn als Hofkanzlist an (*Kayl: geheimer Reichs Hof-Kanzlist*), wurde zum Hof-*registrator* (*Reichs Hof Registrant*). Unter seinen Söhnen findet man noch Soldaten und auch einen Mönch.[126]

Es weist auf seine universitäre Verbindungen hin, dass er außer der obligatorischen Inskription sich 1705 in der Matrikel der *Natio Hungarica* wieder einschreiben ließ,[127] und 1729 das Amt des *Ivonisten* verrichtete.[128] In den dreißiger Jahren (und vielleicht auch Anfang der vierziger Jahre) bekleidete er das Amt des Superintendenten der Molitorische Stiftung.[129] Die am 11. März 1678 errichtete Stiftung hatte ursprünglich den Abkömmlingen des Gründers, und nach deren Aussterben für Studenten aus Elsaß bei ihren Studien in Wien Hilfe geleistet.[130]

Über seine Betätigung als Rechtsanwalt weiß man nicht viel. Im unermesslich reichen Material des Universitäts-*consistorium* sind jedoch mehrere Prozessakten aufzufinden, in denen Cischini, als Porzesspartei aufgeführt ist. Am bedeutendsten von diesen ist ein Prozess gegen Paul Franz Müller in einem Bürgschaftsprozess (*„fidejussio nomine"*), der länger als neunzehn Jahre dauerte.[131]

Er starb am 16. August 1748, und das Nachlassverfahren wurde gemäß Statut durch die Organe der Universität (*syndicus* und *notarius* der Universität) durchgeführt. Aus den Verfahrensakten[132] geht hervor, dass er über ein mittelgroßes Vermögen verfügte (etwa 8000 Gulden), nach Zeugnis des Inventars hinterließ er eine Bibliothek aus 122 Bänden (größtenteils juritische Bücher).[133]

Aus den unzähligen Schriftstücken in den Verfahrensakten wird ersichtlich, dass viele Forderungen gegen die Erben, aber auch zu deren Gunsten vorlagen. Weil das *consistorium* der Universität die Vermögensverwaltung beaufsichtigte, und es deshalb von alles wissen musste, sind in der Akte Cischinis auch eine Unmenge von Schriftstücken in Verbindung mit der Vermögensverwaltung aufzufinden.

Zwischen Dr. Carolus Cischini und Carolus Jacobus de Cischini aus Vimpác, der sich als Jurastudent immatrikulierte und später ebenfalls Doktor des Rechts, sowie *procurator* der ungarischen Nation wurde[134] – konnte man keine verwandschaftliche Beziehung nachweisen.??

7. Nach den Universitäts-Matrikeln aus 1710 und aus den '20-er Jahren betrieb ein Josephus Ignatius Conradus Millner (Miller, Müller, Müllner) aus Komárom stammend zuerst Studium der Philosophie später der Rechtswissenschaft an der Wiener Universität. Er wurde 1715 in die Klasse *grammaticus* inskribiert.[135] Nach länger dauerndem Grundstudium erlangte er 1721 den Grad *baccalaureus* am gleichen Tag wie Ribics (der nachstehend erwähnt werden soll).[136] Im Gegensatz zum Letztgenannten hatte er dieses Ereignis doch nicht verewigt durch Inskribierung in die Matrikel der *Natio Hungarica*.[137] Auf eine Erlangung des Titels *Magister* gibt es kein Hinweis in den Matrikeln.

1723 konnte man ihn bereits als Jurastudent registrieren, denn zusammen mit 26 Kommilitonen mussten sie als Entgelt für die Eintragung in die Juristen-Matrikel jeweils 3 Gulden an die Fakultät zahlen.[138] Nach einem Schreiben des Juristen-Dekans hatte er 1723/24 100 Gulden für die Erlangungung des Titels *baccalaureus*, sowie im Bezug der Verteidigung seiner *disputatio* entrichtet.[139] Gleichzeitig musste der junge *baccalaureus* nach erfolgreicher Verteidigung seiner *disputatio* auch dem Schutzpatron der Juristen, dem Heiligen Ivo „frönen", freilich mit einem viel bescheideneren Betrag, einigen Gulden, was dennoch eine Größe erreichte, die die gründlichst geführten Aufstellungen des Juristen-Dekanats akkurat aufgezeichnet hielten.[140]

Der Tarif von hundert Gulden kommt im übrigen häufig in den Schriftstücken vor (*„in sua Disputatione pro tractatione."*). Ebensoviel hatte eine Erlangung des Titels *doctor juris* gekostet. Es ist wahrscheinlich, dass diesen Betrag auch Millner herbeischaffen musste, denn ein entscheidender Nachweis über den

[126] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen. Fasc 79/1.

[127] Deis wird aus zweis Eintragungen ersichtlich: UAW. NH 2. fol. 69b.: *1705 Perillustris, Carissimus, ac Consultissimus Dominus Carolus Cischini, J.U.D.*; UAW. NH 2. fol. 286b.: *„Dedit Dnus Carolus Cischini J.U.D. prius in Matricula Nationis inscriptus pro inscriptione 1 R. 30 X."*

[128] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 444.: *Cischini Carolus, Ivonista, 1729.*

[129] *Schematismus* 1731, 1739, 1740. Im Jahre 1746 bekleidete er das Amt nicht mehr.

[130] Die Stiftung bestand noch im Jahre 1788. Siehe MAUTNER RITTER VON MARKHOF, Ferdinand Carl – GUGLIA, Eugen, *Die Wiener Stiftungen. Ein Handbuch*, Wien, 1895. passim.

[131] UAW. Konsistorialakten Fasc. III. Lit. C. Nr. 49. Der Prozessgegenstand war 8000 R Gulden Verpflichtung, wovon noch 6000 R dem Kläger Müller bzw. seinen Nachfolger ausgehändigt werden sollte. Im Archiv befinden sich noch mehrere Prozessakten unter Lit. C aus den Jahren 1719., 1735. und 1746-48.

[132] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen. Fasc 79/1.: *„H. Karl v. Cischini J:U:D: Hof- und Gerichts Advocat 16. mense augusto 1748 ab intestato gestorben."*

[133] Die Liste seiner Bücher ist im Inventar zu finden.

[134] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 275.: *Procurator Hungarus: 1769 D. Carolus Jacobus Nobilis de Cichini, J.U.D. Aulae & Judiciorum Advocatus.* UAW. NH 2. fol. 90b.: 1770 *Procuratore Perillustri, ac Consultissimo Domino Carolo Jacobo Nobili de Cichini J.U. Doctore, Aulae Judiciorum Advocato.*

[135] UAW. WUM VIII. fol 275v.: *Josephus Ignatius Müller, Nobilis, Ungarus, Comoro: Gram:*. Siehe KISSNÉ BOGNÁR, *Bécsi*, z.W., S. 212. und Kiss, *Bécsi*, z.W., S. 92., die seine Einschreibung in der Hauptmatrikel nicht erwähnen. Er ist vielleicht mit Josephus Miller, der sich 1719 in Olmütz in die *rhetor*-Klasse immatrikulierte. Siehe VARGA, z.W., S. 211.

[136] UAW. Ph22 Promotor fol. 129v.: *Ph. bacc. Josephus Ignatius Miller Praenobilis Ungarus Commaromiensis.*

[137] In die Matrikel der Nation wurde er nur später – als *doctor iuris* – wahrscheinlich nach 1727 eingeschrieben. Siehe UAW. NH 2. fol 144a.: *Index Clarissimurum DD: Doctorum Inclytae Nationis Hungariae Membrorum A. 1681 Superstitum, et deinceps accendentium - Ex Facultate Iuridica: Josephus Ignatius Millner Hungarus Comaromiensis.*

[138] UAW. Jur. Dekanatsakten Fasc. I/3 (180/1-2) I. N. 3/38, als Anlage: *Extractus De anno 1723 sub Decanatu ... matriculae facultatis incorporatorum: Die 2: Januarij Josephus de Miller Hungarus de Comorromiensis 3 R.*

[139] 1723/24 - Unter den Einnahmen: *„Item a tribus formatis Baccalaureis, DD Miller, ..., quoque loco Tractationis, trecentor. florenor. i.e. 300 R."* Siehe UAW. Jur. Dekanatsakten Fasc. I/3 (180/1-2) I. N. 3/40 (566).

[140] *„Accepta Sacellum Divi tutelaris nostri S. Ivonis Spectantia: A tribus DD. Baccalaureis, Miller ... propter Disputationem pro Baccalaureatu quatuor floreni, triginta cruciferi. i.e. 4R 30Xr."* Vö. Uo.

Abschluss seines Rechtsstudiums ist seine *dissertatio*, die er unter dem *Codex*-Professor Franciscus Adamus Pfann im September 1726 verteidigt hatte.[141] Laut des Titelblattes des Dissertationsheftes, das aus diesem Anlass gedruckt worden war, habe er früher den Grad *magister philosophiae* auch erworben.

Bis dahin sind die Spuren von Millner mit Sicherheit zu verfolgen. Wahrscheinlich hatte er die Aufnahme ins Doktorenkollegium auch beantragt. Und tatsächlich ist ein Doktor der Rechte namens Josephus Ignatius Müller zwischen 1729 und 1739 unter den Mitgliedern des Doktorenkollegium auch registriert.[142] Aber Lochers Doktorenregister rückt mit einer Angabe heraus, die Verwirrung stiften kann: er nimmt nämlich einen Josephus Ignatius Müller mit dem Zusatz „de Mülldorf" als Wiener ausgewiesen in sein Speculum auf, und er gibt sein Todesdatum mit dem Jahr 1739 an.[143] Nach Angaben aus Schematismen soll ein Josephus Ignatius Miller ab 1732 „*Hochfürstl. Passaueischer Consistorial-Rath*," daneben ab 1737 „*Stadt Wien Syndicus*" gewesen sein.[144]

Das Material des Universitäts-Archivs hilft nicht das Dilemma zu lösen, ob der Jurist mit nachweislicher Herkunft aus Komárom mit dem Doktor deutschen Namens und Adeligenzusatzes identisch ist. Einige – nicht streitentscheidende – Daten besitzen wir noch: nach einem Schriftstück des *consistoriums* vom 15. Juni 1731 erteilt der *syndicus* und zugleich Notar der Universität dem *pedellus* die Anweisung, diejenigen 30 Gulden einzutreiben, die Joseph Ignatius Millner „*eben beeder Rechten Doctor*" der Kapelle des Heiligen Ivo als „*Straff geld*" schuldete nach der Eingabe von Johannes Franciscus Widureck J:U:D:, „*Sacelli Sti Ivonis Comissarius*".[145]

Nach den Akten des Nachlassverfahrens verstarb „*Joseph Ignatius Millner Edler von Mildorf J:U:D: Hof: und Ghrts Advocat ohne hinterlassung einer letztwilligen disposition*". Sein Vater, „*Johann Benedict Edler Von Mildorf Ihr Maytt. der Regierenden Kayßerin Hof Secretarius*" bittet die Juristenfakultät ihn zum Erben zu erklären „*proprio, uxoris et filiae nomine*."[146]

Wir wissen es also nicht (und werden es wohl nie erfahren können), ob man den ungarnstämmigen Inhaber des – dank einer schönen *dissertatio* – erlangten Doktortitels wirklich zum Mitglied des Doktorenekollegiums der Wiener Juristenfakultät rechnen kann.

8. Georgius Rudolphus Ribics (Ribicz, Ribitsch) dürfte um 1706 herum geboren sein, und verstarb 1764 in Wien.[147] Der wahrscheinlich aus croatischer Familie entstammende Jüngling mit Herkunft aus Oszlop (Komitat Sopron/Ödenburg) trat nach Zeugnis der Universitätsurkunden zum ertsen Mal 1721 an der Wiener Universität in Erscheinung, als Studierender der *phisycus*-Klasse.[148] Er hatte noch im selben Jahr den Titel *baccalaureus*,[149] ein Jahr darauf den Titel des *magister philosophiae* erworben.[150] Über Einzelheiten seines Jurastudiums kan man wenig erfahren. Feststeht, dass er 1728 in der Matrikel der Juristenfakultät inscribiert war,[151] und im März 1729 mit Hilfe des Pandekten-Professors Joannes Josephus Antonius Renz seine – zum Abschluss des Studiums erforderliche – *dissertatio* fertigschreiben konnte.[152] Ungewiss ist, ob eine Aufzeichnung in den Schriften des Juristen-Dekans, der aus diesem Jahr stammt, sich auf diese Arbeit bezieht.[153] Aber da man eine andere *dissertatio* vom Jurastudenten Ribics nicht kennt, könnte diese Arbeit wohl als Grundlage für seine spätere Doktorweihe dienen, für

---

[141] *Secunda Heredis Institutio Seu Dissertatio Brevis Juridica de Substitutione Vulgari, Ejus natura, et Proprietatibus, Divisionibus, Causis, Objecto, Effectibus atque Contrariis. Quam ex Inst. L. 2. tit 15 & 16 ffiorum l. 28. tit. 6. & Cod. L. 6. tit. 25. & 26. desumptam*. Divinae favente Gratia Authoritate & Consensu Reverendissimorum, Illustrissimorum, Perillustrium, Magnificorum, Clarissimorum, ac Consultissimorum Virorum, Reverendissimi, Persillustris, ac Magnifici Dni Rectoris, Praenobilis, Spectabilis, Clarissimi ac Consultissimi Dni Inclytae Facultatis Juridicae Decani, Dnorum Seniorum, Sac. Caes. Regiaeque Cath. Maj. Consiliarioirum, Referendariorum, & Assessorum &c. Adeoq; totius Amplissimi D.D. Jconsultorum Collegii, In Antiquissima ac Celeberrima Universitate Viennensi, Preside Francisci Adamo Pfann, Utriusque Juris D. & Codicis Professore publico. In Magnifico Sacratissimae themidos Augustali, horis post meridiem consuetis Publicae Ventillationi Submittit **Josephus Ignatius Conradus MILLNER**, Praenobilis Hungarus Comaromiensis, AA. LL. & Phil. Magister, nec non Juris Utriusque Auditor, Anno. M.DCC.XXVI. Mense Septembris…, Viennae Austriae, 1726.

[142] *Schematismus* 1729–1739.

[143] LOCHER, *Speculum 2*., z.W., S. 56.: (Dr. juris - 1727) *D. Josephus Ignatius Müllner de Mülldorf, Aust. Vien.*; LOCHER, *Speculum 2*., z.W., S. 350.: *Müller de Mülldorf, Josephus Ignatius mort. 1739.*

[144] *Schematismus* 1732–1739.

[145] UAW. Konsistorialakten Fasc III. Lit. W. nr. 107.

[146] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen. Fasc. 31/28.

[147] Wiener Stadtarchiv, Portheimkatalog.

[148] UAW. WUM IX. 75.v.; KISSNÉ BOGNÁR, *Bécsi*, z.W., S. 212.; KISS, *Bécsi*, z.W., S. 32.

[149] UAW. Ph22 Promotor fol. 129v. *Ph Bacc.* (1721) *Georgius Rudolphus Ribics Hungarus Oslippensis ex Comitatu Soproniensi Convictor.*

[150] UAW. Ph22 Promotor fol. 132r. *Ph Mag.* (1722) *D: Georgius Rudolphus Ribicz Ungarus Oslippensis ex Con: defendit universam.*

[151] UAW. J6 61.: *1728 dominus Georgius Ribitsch Hungarus ozlipensis.*

[152] *Dissertatio Historico-Juridica de Praerogativis Officio & Privilegiis Pharmacopaeorum* quam Authoritate et Consensu Reverendissimorum, Illustrissimorum, Perillustrium, Magnificorum, Clarissimorum, ac Consultissimorum, Virorum; Perillustris, ac Magnifici Domini Rectoris, Perillustris, ac Spectabilis Domini Decani Inclytae Facultatis Juridicae, Dominorum Seniorum, Sacrae Caesareae Regiaequae Catholicae Majestatis Consiliariorum, Refendariorum, Assessorum, &c. Adeoque totius Amplissimi Dominorum Juris-Consultorum Collegii, In Antiquissima ac Celeberrima Universitate Viennensi, Praeside Praenobili, Clarissimo, ac Consultissimo Domino Joanne Josepho Antonio RENZ, U.J. Doct. Aulae Judiciorum Advocato, Eminentisimi, ac Celsissimi Cardinali S.R.E. Presbitery cardinalis, S.R.I. Principis, & Archi-Episcopi Viennensis Consiliario Consistoriali, nec non Pandectarum Professore Publico & ordinario. Publicae disputationi Ventilendam submittit **Georgius Rudolphus RIBICZ**, Hungarius Oslippensis ex Comitatu Soproniensi, AA. LL. & Phil. Magist. J.U.A. In Publico DD. Juris-Consultorum Auditorio Die… Mensis Martii An. MDCCXXIX. Viennae, 1729.

[153] UAW. Jur. Dekanatsakten Fasc. I/3 (180/1-2) I. N. 3/47 (624): 1728/29. Unter den Einnahmen: „*Ob eandem causam* (pro exercitijs Disputationem Jura) *solvit Dnus Georgius Rudolphus Ribidies 1 R. 30 Xr.*"

die er – bereits als Doktor – eine viel größere Summe (die üblichen 100 Gulden) 1731 zusammen mit seinem Landsmann Wachtl entrichten musste.[154]

Ab 1732 wird er als *doctor juris* erwähnt,[155] und als solcher bis 1763 registriert gehalten.[156] Über seinen Lebenslauf nach der Universität wissen wir wenig. Feststeht, dass er in Wien verblieb und lange Zeit als Anwalt (*Aulae et Judiciorum advocatus – Hof- und Gerichtsadvokat*) sein Brot verdiente.[157] Als Mitglied des Doktorenkollegiums wurde er regelmäßig der Einnahmen der Fakultät („*ex ladula facultatis*") teilhaftig.[158] Aus Protokollen der Fakultätssitzungen hervorgehend war er nachweislich nahezu ständiger Teilnehmer der *Congregationen* der Fakultät[159] und der Prüfungskommissionen.[160]

Seine Bindung an die Universität hatte er auch nicht verloren, denn er war 1745/46 *procurator* [161] der ungarischen Nation. Seinen Namen hatte er im Leben der dahinsiechenden *Natio*[162] dadurch denkwürdig gemacht, dass unter seiner Procuratorschaft Herzog Pál Eszterházy der Nation eine ihrer wichtigsten Reliquien, einen 46 cm großen, mit Eszterházy-Wappen und reicher Rokoko-Ornamentik geschmückten Kelch schenkte.[163] Aus diesem Amt heraus nahm er am traditionellen (um den 27. Juni herum stattfindenden) Fest des Heiligen Ladislaus teil, wo ein junger Batthyány[164] die Festrede hielt.[165] Die Auswahl der Person des Redners war (bei abgedrohter Strafe) eine Aufgabe des *procurator*s, der in erster Linie einen wohlhabenderen Studenten wählte, damit dieser ein Teil der Kosten zu tragen vermag, was häufig der Fall war, wie die Akten der Nation belegen.[166] So könnte es auch bei Ribics der Fall gewesen sein. Die zeitgenössischen Universitätsgepflogenheiten weisen darauf hin, dass Autoren der – später in Druckform erschienenen[167] – Reden die *procoratoren* oder andere Professoren waren, daher kann man diese Rede als ein Werk von Ribics werten.[168]

Wenig später war er bereits als Professor der Juristenfakultät tätig. Die Quellen sind in dieser Hinsicht recht widersprüchlich:[169] es gibt welche, die ihn zwischen 1748 und 1753 als Lehrer der *Pandekten* bezeichnen, andere schreiben ihm für diesen Zeitraum den *Codex*-Lehrstuhl[170] zu. Auf Grund der Disputationen – die in Druckform erhalten geblieben sind und bei denen Ribics als *praeses* mitarbeitete – kann man mutmaßen,

[154] UAW. Jur. Dekanatsakten Fasc. I/3 (180/1-2) I. N. 3/47 (660): 1731/32 unter den Einnahmen: *„a Dominis Doctoribus Wachtl et Ribitz taxam pro binis disputationibus a singulis habitis 200 R."*

[155] LOCHER, *Speculum 2*., z.W., S. 56.: *„1732 D. Georgius Rudolphus Ribicz, Camerae Hungariae Consiliar."*

[156] *Schematismus*, passim.

[157] Laut Szinyei's Werk war er Hof- und Gerichts(staats)anwalt und ordentlicher Rechtsehrer des Instituts von Kardinal Kollonich. Siehe Szinyei József, *Magyar írók élete és munkái*,??

[158] Zum Beispiel: UAW. Jur. Dekanatsakten (Rechnungen: Dekanat, Quaestur) fasc I. Nr. 3/60 (739): 1736 A kiadások között: *„Solutae fuere summae sequentes illis commembris, quae steuram pro Anno 1734. necdum praestiterunt ita, ut quia praedicta taxa importarunt 21: R: deducta steura florenum 10. singulis adhuc undecim floreni soluti fuerint nimirum* [mit fünt Anderen]: *D.Dni Wachtel 11 R - D.Dni Riebitz 11 R."* oder ebd. *„Ex Actu Repetit: Dni Doctoris de Convin* [mit 44 Anderen]: *D: Eyll - D: Wachtel - D: Ribicz"*

[159] UAW. Jur. Fasc. IX. 1020. (vor 1753) - *„Congregatio Decima Tertia: 1mo petitum est Consilium casum mere? practicum concernens atque practice elaborandum. Conclusum ut Denominatis Compillatoribus Doct: et Consultissimis ab Aigner et Ribitsch tardatur, qui Laborem aestiment, ad relationem eorum taxa determinetur."*

[160] UAW. Jur. Fasc. IX. 1061. - *„Congregatio habita die 3tia 8bris 1753: 1mo Ingressus est ad examen more consueto incundum D. Candidatus Sigl, et examinatus est a D. S ac M.D. decano, et DD Ribitsch."* [mit fünf anderen Doktoren].

[161] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 272.: *Procorator Hungarici: 1745 D. Georgius Rudolphus Ribitsch, J.U.D. Aulae & Judiciorum Advocatus.* UAW. NH 2. fol 16v.: *„Anno Domini MDCCDXLVI Procuratore Clarissimo, atque Consultissimo Domino Georgio Rudolpho Ribitsch Jurium Doctore, Aulae et Judciorum Advocato, Albo Nationis Hungaricae insert sunt."*

[162] Siehe BARTA, *Wiener*, z.W., S. 61. Nach Barta hat die *Natio Hungarica* mit der Zurückdrängung der Jesuiten um die Mitte des 18. Jahrhunderts seine Bedeutung eingebüßt. Obwohl infolge der Modernisierung der Universität unter Maria Theresia der Lehranstalt wieder sehr viele Ungarn zu sich zog, verschwand die Nation.

[163] Die Aufschrift des Kelches: *ASPICIS AURATUM MUNUS CUI PONDUS AB ARTE, SED PRETIUM A MAGNO PRINCIPE MAJUS ADEST, ESZTORADE A PAULO TULIT ISTUD NATIO DONUM HUNGARA. NUM PRETIUM; PONDUS ABESSE POTEST. PROCURATORE INCLYTAE NATIONIS HUNGARICAE GEORGIO RIBITSCH, JURIS UTRIUSQUE DOCTORE ANNO MDCCXLVI.* Siehe GALL, *Alma*, z.W., S. 83.

[164] Josephus Joannes de Batthyan erscheint nicht in der Hauptmatrikel der Universität. Sein Name ist im ersten Teil der Matrikel der *Natio Hungarica* zu finden: *„2Vo JosephVs e CoMItIbVs De BottYán In AnnIVersarIa hVIVs ConfraternitatIs PeroraVit."* Siehe UAW. NH 2. fol. 19v.

[165] *Panegyricus Divo Ladislao Regi Hungariae Apostolico dictus*, Coram Antiquissima, ac Celeberrima Universitate Viennensi, cum Inclita Natio Hungarica In Metropolitana Divi Stephani Proto-Martyris Basilica Anniversariam Divi Sui Praestitis memoriam cultu solenni coleret, Deferente Praenobili, Clarissimo, ac Consultissimo Domino **Georgio Rudolpho RIBITSCH**, AA.LL. & Philosophiae, nec non J.U. Doctore, Aulae & Judiciorum Advocato, p.t. Inclytae Nationis Hungaricae Procuratore. Oratore Illustrissimo Josepho Joanno Nepomuceno Comite A Batthyan. Anno, Quo RepULsIs FortIter LigVribVs, SICVLIs, GaLLis, Hispanis Victoriae Caesareo-RegIae TesteM InVIta egIt PlacentIa. Viennae Austriae (1746).

[166] HARHAMMER, *Nation*, z.W., S. 100.

[167] Nach Barta wurden die Reden seit 1631 gedruckt, dagegen Harhammer nimmt als Anfangsdatum 1648 an. Siehe BARTA, *Wiener*, z.W., S. 24. und HARHAMMER, *Nation*, z.W., S. 105. Die Hefte wurden in 3-400 Exemplaren gedruckt.

[168] BARTA, *Wiener*, z.W., S. 28.

[169] Nach meiner Dafürhaltung irrt sich Locher, wenn er Ribics schon im Jahre 1732 als *Codex*-professor bezeichnet. Wahrscheinlich hat er einem Abschreibfehler (1752) zum Opfer gefallen. Vgl. LOCHER, *Speculum 3*., z.W., S. 26.: *Professores Juris - 1732 Georgius Rudolphus Ribitsch, Prof. Codicis*.

[170] *Schematismus*, 1750 és 1752. (*Professor publicus Codicis*); LOCHER, *Speculum 3*., z.W., S. 26.

dass er zuerst (etwa 1750) Inhaber des *Pandekta*-[171], dann des *Codex*-Lehrstuhles[172] gewesen war. Gleichzeitig war er in diesen Jahren, wie aus den Titelblättern der *disputatio* ersichtlich, auch als Rat des Konsistoriums des Wiener Erzbischofs tätig.

Nicht eindeutig ist es, seit wann (möglicherweise von der Gründung an) er Mitglied (*assessor*) des durch Teilung des Universitätssenates errichteten *consistorium a judicialibus* war, von wo er durch einen Erlass der niederösterreichischen Regierung vom 23. März 1754 entlassen wurde.[173]

Von 1753 an war er als *senior* der Juristenfakultät bis hin zu 1755 registriert,[174] obwohl er nach den Reformen Maria Theresias kein Lehramt erhalten hatte.[175] Seine Professorenstelle hatte er Anfang 1754 aufgegeben, seither bezeichneten ihn die Schematismen als Rat, der im Auftrag der ungarischen Kammer in Pozsony (Preßburg) tätig war.[176] Also seine Spur muss man nach Ungarn zurück verfolgen. Seine Ehefrau, Theresia (geb. Jägerbauer) hatte er um diese Zeit im Dezember 1754 verloren.

Und tatsächlich waren die nachfolgenden zehn Jahre in Ungarn voller Taten verlaufen: Maria Theresia hatte ihn am 19. Januar 1754 zum wirklichen Rat bei der Ungarischen Kammer berufen, und beauftragte ihn mit Ordnen und Pflege des Kammerarchivs. Ribics erhielt bereits in seinem ersten Amtsjahr vertrauliche Aufgaben zugeteilt, und am 22. April 1755 hatte man ihm auf Drängen der Königin das gesamte Archivmaterial der Ungarischen Kammer übergeben. Geschah dies ungeachtet dessen, dass um diese Zeit die Instruktion für ihn über die Handhabung des Archivs noch nicht fertiggeschrieben war und auch den Eid von Archivaren er auch nicht geleistet hatte.[177] Als tatsächlicher Leiter des Archivs hatte er nicht nur die Aufgabe, dieses zu organisieren, sondern musste er – später – als mit geheimer Weisung versehener Beauftragter der Königin, die für Zwecke des einigen Jahre zuvor gegründeten Hof- und Staatsarchivs wichtige Urkunden mit öffentlich-rechtlichem Inhalt auch einsammeln, sowie Schriftstücke mit heikler Thematik aus dem Material der Ungarischen Kammer aussortieren.[178] Trotz seines Amtes als Rat wurde er vom Aufsichtsrecht der Kammerpräsidenten und deren Ratsversammlung nicht nur freigestellt, sondern musste er – vermittels seines Patrons, Graf Königsegg – wie etwa ein Spion auch über die „verdächtigen" Maßnahmen dieser Institution Berichte schreiben.[179] Von diesem geheimen Auftrag wusste die Ungarische Kammer bis zum Tode Ribics's 1764 gar nichts, und – einige Monate lang – musste sie sich gefallen lassen, dass Ribics sich häufig den Weisungen der Ratsversammlung der Kammer widersetzte. Ribics hatte im Herbst 1755 eine Ernennung als Archivdirektor und Konservator – mit recht guter Besoldung – erhalten.[180] Die ihm erteilten ausführlichen Weisungen enthielten Verfügungen über das zu archivierende Material, dessen Systematisierung, über die Ausstattung mit Hilfsbüchern und die Handhabung der Materie, die Ribics und der ihm unterstellte Apparat – nach Wertung der Nachwelt zum Glück – doch nicht restlos ausgeführt hatte.[181] Er starb am 9. August 1764 – als treuer, dem Hof nahestehender Beamter – als erster Archivar der ungarischen Kammer, sowie als Direktor der Dreißigstel-Ämter in Ungarn.[182]

9. Der Franciscus Carolus Josephus Eyll, von Geburt aus Győr (Raab) wurde wahrscheinlich um 1705 herum geboren.

[171] *Legum Romanarum de Jure Succedendi ab Intestato cum Austriacis Collatio*. Quam Authoritate et Consensu Reverendissimorum, Illustrissimorum, Perillustrissimorum, Perillustrium, Magnificorum, Spollabiliorum, Praenobilium, Clarissimorum, ac Consultissimorum Virorum, Reverendissimi, Spectabilis, Clarissimi, ac Consultissimi Domini Decani, Inclytae Facultatis juridicae, Dominorum Seniorum, Sacrae Caesareae, Regiaeque Majestatis Consiliariorum, Referendariorum & Assessorum, Adeoque totius Amplissimi DD. Juris-Consultorum Collegii, in Antiquissima, ac Celeberrima Universitate Viennensi Praeside, Praenobili, Clarissimo, ac Consultissimo Viro D. **Georgio Rudolpho RIBICZ**, J.U.D. Aulae, & Judiciorum Advocato, Eminentissimi ac Celsissimi S.R.E. presbyteri Cardinalis de Kolonitz S.R.I. Principis ac Archi-Episcopi Viennensis Consiliario Consistoriali, Pandectarum professore publico Publicae disquisitioni subjicit, Josephus Oppenritter. Perillustris Austriacus Viennensis J.U. Candidatus, In publico DD. Juris Consultorum Auditoris, Die … Mense Julio Anno. M.DCC.L. (Im vorigen Jahr wurde unter seinem Vorsitz eine andere *dissertatio* verteidigt, deren Text mir noch nicht zur verfügung steht: *Analysis quaestionum selectiorum ex Pandectarum fere legibus, ac serie earum collecta*, quas preside **Georgio Rudolpho RIBICS** … publicae disputationi subjecit Theodorus nobilis de L'Eau S.R.I. eques. Viennae 1749. Vgl. *Régi Magyar Könyvtár III/XVIII. század 1.* [Alte ungarische Bibliothek III/18. Jahrhundert 1], Hrsg. DÖRNYEI Sándor, SZÁVULY Mária, Budapest, 2005, Nr. 1328. (weiterhin: *RMK III/18. század 1*.)

[172] *Dissertatio Canonica de Indissolubilitate Matrimonii, Ad Cap. 19. Vers. 6. Matth*. Quam sub Auspiciis S.R.I Principis Josephi e Comitibus de Trauthson, Archi-Episcopi Viennensi, &c.&c. Nec non Authoritate et Consensu Reverendissimorum, Illustrissimorum, Perillustrium, Magnificorum, Clarissimorum, ac Consultissimorum Virorum, Perillustris, ac Magnifici Domini Rectoris, Perillustris Magnifici Domini Decani Inclytae Facultatis Juridicae, Dominorum Seniorum, Sac. Caes. Regiaeque Majest. Consiliariorum, & Referendariorum, adeoque totius Amplissimi DD. Juris-Consultorum Collegii, in Antiquissima, ac Celeberrima Universitate Viennensi Praeside, **Georgio Rudolpho RIBICS**, J.U. Doctore, Aulae Judiciorumque Advocato, Codicis Professore Publico & Ordinario, Celsissimi & Reverendissimi S.R.I. Principis & Archi-Episcopi Viennensi Consiliario Consistoriali. Publicae Disputationi et Ventilationi submittit Reverendus Josephus Mathias Hotz, Ecclesiae Metropolitanae Viennensis ad S. Stephanum Curatus. In Auditorio DD. Juris-Consultorum Die 30. Mensis Oclobris, Anno MDCCLIII. Viennae Austriae, 1753. (Im *RMK III/18. század 1* ist diese nicht aufgelistet.)

[173] UAW. Jur. Fak. Personalia Fasc. I. Lit. A. 1133.: *„bey den allhiesigen* Consistorio Unitatis in Judicialibus *bestellt gewesten* Assessor Doctor *Ribitsch wegen deßen erfolgter weiterer beförderung von gedachten* Consistorio *ausgetretten…"*

[174] In den Sitzungsprotokolle der Juristenfakultät wird er als *senior,* am vordersten Stelle erwähnt.

[175] LOCHER, *Speculum* 1., z.W., S. 170.: *Senior Facultatis Juridicae: 1753 D. Georgius Rudolphus Ribitsch, usque 1755.*

[176] *Schematismus* 1754, 1756, 1758: Als *„Ihro kayserl. Königl. Majestät Ungarischer Hof-Cammer-Rath, abwesend"* wird er unter den Professoren erwähnt. Daneben wird er im Jahre 1760 und 1763 als *„Königl. Hungarischer Archiv-Verwahrer, wie auch dessen und deren gesamten Dreyssigst-Aemtern durch Hungarn Director, abwesend zu Presburg"* aufgelistet.

[177] HERZOG József, A magyar Kamarai Levéltár története [Die Geschichte des Archivs der Ungarischen Kammer]. Levéltári Közlemények 6. (1928), S. 10-11.

[178] Ebd. S. 13-15.

[179] Ebd. S. 15.

[180] *„Regiae camerae Hungarico-aulicae consiliarius, qua simul archivi ejusdem camerae director et conservator…"* Vö. HERZOG: *Kamarai*, z.W., S. 44.

[181] Ebd. 40.

[182] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 468.: *Ribitsch Georgius Rudolphus, mort. 9. Augusti 1764.*

Ende der '10-er Jahre könnte er nach Wien an die philosophische Fakultät gekommen sein und bereits 1723 erlangte er den Titel *baccalaureus philosophiae*,[183] dann folgte die Erlangung des Titels *magister* am 27. Juli 1724.[184] Als Jurastudent ist er zuerst 1728 in Erscheinung getreten, als er sich in die Matrikel der Juristenfakultät immatrikulierte.[185] Nach mehrjährigem Studium tauchte er in Salzburg auf, wo er 1731 an der Juristenfakultät immatrikuliert wurde.[186] Im selben Jahr jedoch bereits in Wien verteidigte er seine Dissertation unter Vorsitz von Professor Adamus Josephus Greneck.[187] Wahrscheinlich entsprechend den örtlichen Gepflogenheiten spendete er dem Heiligen Ivo eine gewisse Summe in Verbindung mit der Promotion.[188] In die Reihen der Doktoren wurde er 1732 feierlich aufgenommen.[189]

Die Schematismen aus 1734 und 1748 erwähnen ihn unter den Mitgliedern des Doktorenkollegiums der Juristenfakultät. Hervorgehend aus den Schriftstücken hatte die Körperschaft beispielsweise 1736 45 Mitglieder (auch Eyll, daneben Wachtl und Ribicz).[190] Zuerst war er als Rechtsanwalt tätig (*Hof und Gerichtsadvokat*), und gleichzeitig hierzu ab 1737 als Rat von Passau (*„Hochfürstl. Passauerischen Consistorial-Rath"*). 1748 kam hierzu der Titel: *„Kays. Königl. Obrist-Hof-Marschallischer Gerichts-Assessor"*.[191] Zwischen 1735 und 1748 war er als *notarius* des *Collegium Rationum* der Juristenfakultät tätig.[192]

Auf seine Universitäts-Verbindung weist ferner hin, dass er 1741 zum *procurator* der Ungarischen Nation wurde.[193] Unter seiner Schirmherrschaft hielt sein Verwandter, oder Namensverwandter Josephus Rudolphus Eyll eine Rede zum Fest des Heiligen Ladislaus.[194] Die philosophische Fakultät könnte ihn zum Adelstitel verholfen haben, wahrscheinlich in den '40-er Jahren.[195]

Über seine Vermögensverhältnisse konnte man wenig erfahren, weil in den Akten des Nachlassverfahrens – nach seinem Tod am 21. Dezember 1749 – kein Inventar zu finden ist.[196] Dass er kein armer Mensch war, beweist das Verlassenschaftsinventar seiner Ehefrau von 1754 (Eyllin Frau Maria Rosalia geborene Grauneckin), dessen Gesamtwert sich auf nahezu Zwanzigtausend Gulden belaufen war.[197] In seinem Testament setzte Eyll seine Gemahlin als Universalerbin ein, die auch zwei minderjährige Töchter hinterließ.

10. Der Christophorus Rudolphus Wachtl (Wachtel, Wachtler) mit Herkunft auch aus Győr (Raab)[198] dürfte um das Jahr 1708 herum geboren sein.[199] Sein Studium hatte er 1724 in Wien in der *logicus*-Klasse aufgenommen.[200] Es gibt keine Hinweise dafür, dass er an der Artistenfakultät die Titel *baccalaureus* und *magister* erlangt hätte. 1727 war er bereits als eingetragener Jurastudent in der Juristen-Matrikel erschienen.[201] Aus dem Eintrag wird auch ersichtlich, dass er in dieser Zeit und noch über Jahre hindurch *alumnus* der Windhag-Stiftung war.[202]

[183] UAW. Ph22 Promotor fol. 133v.: *Ph Bacc. Franc: Eyl Nob: ungarus Jaurinensis.* Der Regeln entsprechend ließ er sich auch in die Matrikel der *Natio Hungarica* einschreiben: *Baccalaurei Phliae D: Franciscus Eyl, Nob: Ungarus Jauriensis.* Siehe UAW. NH 2. fol. 76a.

[184] UAW. Ph22 Promotor fol. 137r.: *Ph Mag. D. Franc: Eyl, Nob: Ung: Jaurinensis, Def: Univ:* Wahrscheinlich ist seine Magisterdissertation mit folgender Arbeit, die sich mit den Ereignissen der Regierung und mit den Kriegen des Kaisers Karl der VI. beschäftigte, identisch: *Decas Augusta seu Lustrum Geminum Imperii Augustissimi Caroli VI. Cum accurata belli Turcici Relatione* Dum Authoritate, & Consensu Perillustris, Consultissimi, & magnifici Domini Universitatis Rectoris; Admodum Reverendi, Clarissimi, ac Spectabilis Patris Decani, totusque Inclytae facultatis Philosophicae In Antiquissima, ac celeberrima Universitate Viennensi Universam Philosophiam Publice propugnaverunt Nobilis, ac Eruditus **D. Franciscus EYL**, Ungarus Jauriensis AA. LL. & Philosophiae Baccalaureus, ejusdemque pro suprema Laurea Candidatus, Praeside R.P. Antonio Vanossi, é Soc. JESU, AA. LL. & Philosophiae Doctore, ejusdemque Professore ordinario p.t. Seniore, & Consistoriali, Viennae Austriae (1724).

[185] UAW. J6 S. 60.: *1728 nobilis dominus Franciscus Carolus Josephus Eyll Hungarus Jaurinensis, et solvit 2.*

[186] VARGA, z.W., S. 151.

[187] Vgl. *RMK III/18. század/1*, Nr. 400.

[188] UAW. Jur. Dekanatsakten (Rechnungen: Dekanat, Quaestur) Fasz. I/3 (180/2) 1590–1740 - I. N. 3/54 (1731/32): *Accepta pro sacello Sti Ivonis: Item in repetitione in disputatione Do: Doctoris Eil, quibus accedunt Jura dono data Sacello a perillustribus et Magnificis Dominis de Mayenberg, et de Soaun parente meo 18 R.*

[189] Dies wird sowohl von der Matrikel der *Natio Hungarica*, als auch vom Verzeichnis von Locher bezeugt: UAW. NH 2. fol.79b: *1732 Consultissimus Dominus Franciscus Carolus Josephus Eyll U.J:Doctor Hungarus*; LOCHER, *Speculum 2*., z.W., S. 56.: (Dr. juris) *1732 D. Franciscus Carolus Josephus Eyll.*

[190] UAW. Jur. Dekanatsakten (Rechnungen: Dekanat, Quaestur) Fasz. I/3 (180/2) 1590–1740 - I. N.3/60 (1736).

[191] *Schematismus* 1734–1748.

[192] Wiener Stadtbibliothek, Portheimkatalog. Es stellt sich auch z.B. aus einer Dekanatsanordnung vom 16. Februar 1742. heraus. UAW. Jur. Dekanatsakten Personalia I. Lit. E. Nr. 21.

[193] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 272.: *Procurator Hungaricus 1741 D. Josephus Eyll, J.U. Doctor, Aulae & Jud. Advocatus.*

[194] *Panegyricus divi Ladislai apostolici regis …* deferente **Francisco Carolo Josepho EYLL** … oratore Josepho Rudolpho Eyll. Viennae Austriae 1742. Vgl. *RMK III/18. század 1*, Nr. 401.

[195] In der aus 19 Namen bestehenden Liste, die 1752 abgeschlossen wurde (*Verzeichnis deren Herrn Doctoren AA.LL. et Philosophiae, welche von einer löbl. Philosophische Fakultät von Anfang des gegenwärtigen Saeculi das Diploma Nobilitatis überkommen*) wird er als 9. gesetzt: *D. Franciscus Eyll, Hungarus Jaurinensis*. Siehe HÖFFLINGER, Heinrich W., Wappen und Adels-Verleihungen seitens der Wiener Universität, *Adler Jahrbuch* NF. 15. 1905, S. 278.

[196] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 62/4.: *Herr Franz Karl Eyll (Joseph) J:U:D: Hof- und gerichts Advocat, so den 21. decembris 1749. testatus gestorben.*

[197] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 62/4.: *Eyllin frau Maria Rosalia geborene Grauneckin .... so den 2. decembris 1754 testata gestorben*.

[198] Steiner hält ihn irrtümlich aus Erfurt gebürtig. Vö. STEINER, *Mitglieder*, z.W., S. 426-427. *„In den adeligen Wissenschaften, Tugenden und Sitten wohl geübt."*

[199] Wiener Stadtbibliothek, Portheimkatalog.

[200] UAW. WUM. IX. fol. 106v. Kissné Bognár und Kiss hat seine Name in der Hauptmatrikel nicht gefunden.

[201] UAW. J6 S. 58. Mit 5 anderen Namen: *1727 Die 4ta Jan. Christophurus Wachtel Hungarus Jaurinensis; omnes Inclyta Fundationis Windhagianae Alumni, et Juris Studiosi dederunt 12.*

[202] Die Windhag'sche Stiftung gewährte Stipendien für Hörer von Wiener Mittel- und Hochschulen. Sie wurde vom kaiserlichen-königlichen und Kammerrat, Johann Joachim Entzmüller, Graf von Windhag in seinem Testament vom 31. Oktober 1670 gestiftet. Siehe MAUTNER RITTER VON MARKHOF, GUGLIA, z.W., S. 748.

Ähnlich wie Ribics verteidigte der unter den Händen von Professor Renz tätige Wachtl 1729 seine Dissertation,[203] aber er wurde erst 1732 Doktor der Rechte.[204] Im akademischen Jahr 1731/32 hatte er gleichzeitig mit Ribics jeweils 200 Gulden für ihre Disputationen an die Kasse der Juristenfakultät eingezahlt.[205] Wachtl immatrikulierte 1733 als *doctor juris* in der Matrikel der Ungarischen Nation.[206] Nach Zeugnis der Schematismen lebte er sein Leben lang in Wien, und bewahrte seine Mitgliedschaft in der Doktoren-Körperschaft der Juristenfakultät.

Über seine Juristenlaufbahn weiß man nicht viel. Zuerst könnte er vielleicht bei Herzog Eszterházy Hof-Rat gewesen sein.[207] Am 29. Juni 1737 wurde ihm der Titel eines Reichsadeligen verliehen.[208] In den Jahren 1749/50 trat er als *procurator* der Ungarischen Nation in Erscheinung, unter seiner Aufsicht hielt Antonius Grassalkovich die Festrede anlässlich des Festes des Heiligen Ladislaus.[209] Als Hof- und Gerichtsanwalt könnte er eine gut laufende Anwaltskanzlei betrieben haben,[210] worauf auch sein erworbenes Vermögen hinweist, wodurch er in die Reihen der mittelmäßig vermögenden Bürger emporgestiegen ist.[211] In den Jahren 1752 und 1754 war er in der Funktion des *assessor*s des *Collegium Rationum* tätig.[212] Als Mitglied des Doktorenkollegiums bezog er zusammen mit seinen Doktorengenossen ständige Einnahmen aus den für Disputationen und Repetitionen eingezahlten Geldern, ohne dass er irgendeine Rolle bei der Abwicklung der Verfahren gespielt haben sollte.[213]

Wie jeder Rechtsanwalt hatte er ab und zu auch mit seinen Klienten zu prozessieren. Nach einer Prozessakte bezichtigte ihn 1759 ein Mandant mit *„crassissima negligentia"* in Verbindung mit der Besorgung seiner Geschäfte.[214] Als Rechtsanwalt erwarb er sich relativ großes Vermögen, wozu freilich auch seine Ehen beigetragen haben sollen.[215] Er heiratete insgesamt dreimal, aus der ersten Ehe kamen insgesamt sechs Kinder hervor.[216] Sein jüngstes Kind, Franz (1751), studierte ebenfalls Jura in Wien. Dr. Wachtl hatte ein Haus mit Weingarten in Perchtoldsdorf. Am Hohen Markt besaß er die Hälfte eines Hauses, die er von seiner zweiten Ehefrau geerbt hatte, die ihn mit fünf Kindern beschenkte.[217]

Auf seine ständige Verbindung zu der Universität weist hin, dass er als Mitglied des Doktorenkollegiums 1769 das Amt des *Ivonista* innehatte. Am 5. März 1770 wurde er zum *senior* der Juristenfakultät gewählt, er konnte jedoch dieses Amt kaum ein halbes Jahr lang bekleiden, da er am 16. September 1770 in Wien verstarb.[218]

Wegen seines großen Vermögens stritten sich die Erben lange Zeit. Noch 1777 entstanden weitere Schriftsätze betreffend

---

[203] *Dissertatio Theorico-Practica, de Exceptionibus* quam Authoritate & Consensu Reverendissimorum, Illustrissimorum, Perillustrium, Magnificorum, Clarissimorum, ac Consultissimorum, Virorum; Perillustris, ac Magnifici Domini Rectoris, Perillustris, ac Spectabilis Domini Decani Inclytae Facultatis Juridicae, Dominorum Seniorum, Sacrae Caesareae Regiaequae Catholicae Majestatis Consiliariorum, Refendariorum, Assessorum, &c. Adeoque totius Amplissimi Dominorum Juris-Consultorum Collegii, In Antiquissima ac Celeberrima Universitate Viennensi, Praeside Praenobili, Clarissimo, ac Consultissimo Domino Joanne Josepho Antonio Renz, U.J. Doctore Aulae & Judiciorum Advocato, Eminentisimi, ac Celsissimi S.R.E. Presbitery Cardinalis, S.R.I. Principis, & Archi-Episcopi Viennensis Consiliario Consistoriali, nec non Pandectarum Professore Publico & ordinario. Publicae disputationi Ventilendam submittit **Christophorus Rudolphus WACHTL**, Praenobilis Hungarus Jauriensis J.U.A. Illustrissim ae fundationis Windhagianae Alumnus. In publico DD. Juris-Consultorum Auditorio die 21. Mensis Octobris. 1729. (Im *RMK III/18. század 1* ist nicht aufgelistet!)

[204] LOCHER, *Speculum 2*., z.W., S. 56.: *1732 D. Christophorus Rudolphus Wachtl.*

[205] UAW. Jur. Dekanatsakten (Rechnungen: Dekanat, Quaestur) Fasz. I/3 (180/2) 1590–1740 - I. N. 3/54 (1731/32.): *… a Dominis Doctoribus Wachtl et Ribitz taxam pro binis disputationibus a singulis habitis 200 R*.

[206] UAW. NH 2. fol. 80a: *1733 Consultissimus Dnus Christophorus Wachtl J.U.D. Jaurinensis.*

[207] STEINER, *Mitglieder*, z.W., S. 426.: *„Als Hofrat beim Estoras von Galanta in Diensten*."

[208] Wiener Stadtbibliothek, Portheimkatalog: *„fürstl. Eszterhazy'schen Hofrat, geadelt 1737*." (Adler NF 27/28. Bd. S.367.)

[209] *Panegyricus Divo Ladislao Hungariae regi …* dictus dum … inclyta natio Hungarica ejusdem tutelaris sui anniversariam memoriam … celebraret, deferente … **Christophoro Rudolpho WACHTL** … oratore Antonio Grassalkovich. (Viennae) 1750. Siehe *RMK III/18. század* 1, Nr. 482.

[210] Unter seinen Verlassenschaftsakten befinden sich Rechnungen bezüglich etwa 50 Prozessen, besonders aus seiner letzten Lebensjahren. Er sollte auch noch in seinem Sterbejahr 1770 sehr viel gearbeitet haben. Siehe UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 87/2 a: *„Expens-Specification*."

[211] Wachtl musste für seine Wohnung mit sieben Zimmern jährlich *406 fl 40 x* bezahlen. In Niederösterreich besaß er einen Kohlenkux, aber im Vergleich zu anderen Wiener Juristen seiner Zeit hatte er ziemlich wenige Wertpapiere (nur 1 % seines Vermögens). Seine Wohlhabenheit zeigt die Tatsache, dass er sogar einen Elfenbeinaltar sowie eine *„Perpendiceluhr*" mit Seltenheitswert – die man monatlich nur einmal aufziehen musste – besaß. Vgl. STEINER, *Mitglieder*, z.W., passim. Steiner setzt dr. Wachtl in die vierte Klasse seiner Vermögensordnung ein, also er sollte zusammen mit seiner Frau ein Vermögen im Wert von etwa zwischen 5 und 10 tausend Gulden haben. Siehe ebd. 440.

[212] Wiener Stadtbibliothek, Portheimkatalog.

[213] In den Dekanatsakten kommt sein Name – zusammen mit Cischini, Ribics und Eyll, dann später mit Clemenschiz – unter den aus den Einnahmen Betiligten sehr häufig und wiederkehrend vor. Siehe UAW. Jur. Dekanatsakten (Rechnungen: Dekanat, Quaestur) Fasz. I/3 (180/2) 1590–1740 - I. N. 3/54; I. N.3/60.

[214] UAW. Konsistrialakaten Fasc. III. Lit. W. Nr. 177.

[215] Anlässlich seiner zweiten Ehe, haben Wachtl und seine Braut, Catharina Pernatschko einen Heiratsvertrag geschlossen. Laut dieses Vertrages wurde ein mit Pedanterie umgeschriebenes und ungewohnt großes *„Heiratsgut*" (etwa 2000 Gulden) dem Doktor ausgehändigt. Im Falle des Todes des Mannes musste dieses Vermögen an die Frau zurückerstattet werden. Vom Rechtswegen musste aber auch der Mann eine Summe in dieser Größe *„widerlegen*". Nach dem Tod des Mannes hatte die Witwe bezüglich dieser Summe ein nichtprivilegiertes Pfandrecht. Ein privilegiertes Pfandrecht bestand dagegen hinsichtlich des *„Heiratsgut*s." Siehe STEINER, *Mitglieder*, z.W., S. 49.

[216] STEINER, *Mitglieder*, z.W., S. 426.

[217] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 87/1.

[218] UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 87/2 a: *„Herrn Christoph Rudolph Wachtl J:U:D: Hof- und gerichts Advocat Inclyta Facultatis Juridica Senior, welcher den 16: Septembris 1770: ab intestato gestorben. … Iclyta Facultatis Juridica p:t: Senior Consistorialis den 16: diß Monats Septembris in dessen in den Dorotheae-hof anderten Stocks ingehabten Wohnung das zeitliche ab intestato gesegnet …*"

der Befriedigung der Erben.[219] Laut Nachlassinventar vom 22. September 1770 betrug sein Vermögen: *9235 R 30 Xr*. Ein Bruchteil dieses Vermögens bildeten seine Bücher, denn seine Privatbibliothek war – verglichen mit denen von Wiener Juristen seiner Zeit – eher bescheiden und ihr 20% stellten im übrigen theologische Werke dar. Die Versteigerung seines Hauses in Perchtoldsdorf – zu dem Stall, zwei Pferde, Winzerwohnung und zwei Weinkeller gehörten – musste auch zweimal aufgeboten werden,[220] während sein Haus am Hohen Markt in Wien konnte von dem *Gerhab*, der namens der minderjährigen Erben gehandelt hatte, wahrscheinlich sofort verkauft werden.[221]

11. Als Ribics's „Landsmann" stammte aus dem kroatischen Dorf Oszlop (Oslip) im Komitat Sopron, jener Martinus Klemenschitz (Klemenczicz, Clemenschitz), der vielleicht einige Jahre nach Ribics, jedoch noch in den '20-er Jahren sein Studium in Wien aufnahm.[222] Er wurde zusammen mit 67 Kommilitonen am 27. April 1728 als *baccalaureus*,[223] später am 19. Juli 1729 zusammen mit mehr als 50 anderen Studenten unter den *magistri* eingeschrieben.[224] Zusammen mit 14 *baccalaureus*-Kollegen machten sie die Erlangung des ersten akademischen Grades dadurch erinnernswert, dass er seinen Namen im Matrikelbuch der Ungarischen Nation ebenfalls verewigen ließ.[225] Zwei Jahre später hatte er sich in der Matrikel der Juristenfakultät schon als Student der Jus einschreiben lassen.[226] Sein Jusstudium hatte sich ziemlich in die Länge gezogen, denn eine Kosteneinzahlung in Verbindung mit der Erlangung des Titels *baccalaureus* des Rechts ist nur aus dem Jahr 1739 belegt,[227] während die Verfahrensgebühr für seine Dissertation (damals noch 50 Gulden) nur 1740 in den Rechnungen des Juristen-Dekans angeführt wurde.[228]

Den Umstand, dass er in diesen Jahren – angefangen ab 1729 – tatsächlich Recht studiert hatte, beweist seine Ansprache zum Heiligen Ladislaus, die von ihm 1735 gehalten wurde, deren gedruckte Version Klemenschitz als Jurastudenten im sechsten Studienjahr ausweist.[229]

Aus den Akten geht auch hervor, dass es nicht an ihm gelegen war, den Titel erst so spät erlangt zu haben. Im Herbst 1735 verlangte er mindestens zweimal die Zulassung zur Promotion. Zuerst verlangte das Doktorenkollegium von ihm, nachzuweisen, dass er mindestens drei Jahre lang Recht studierte,[230] nach weiteren zwei Monaten hatte man den Antragsteller darum gebeten, sich weitere drei Jahre zu gedulden.[231] Letztendlich hatte er den Doktortitel erlangt und 1740 wurde er unter den Fakultätsmitgliedern erwähnt.[232] Ein Jahr darauf ließ er seinen Namen erneut in die Matrikel der *Natio Hungarica* eintragen.[233]

Sein Brot könnte er als Rechtsanwalt verdient haben, obwohl er ab 1763 in der Kommission für rechtliche Angelegenheiten des *consistorium*s der Universität auch eine Aufgabe als ewiger Berater („*Consistorii Univers. In Judicial. Consil. Perpetuus*") erhielt.[234] Ähnlich wie der anderen Mitgliedern der Fakultät wurden ihm Zuwendungen aus den Einnahmen der Fakultät zuteil, er nahm aktiv an den Sitzungen des Kollegiums teil.[235] In den '50-er Jahren war er eine Zeit lang sogar *Superintendent* zweier Stiftungen teilweise zur gleichen Zeit: nämlich in der Olaischen Stiftung (gewährte Stipendien an drei Universitätsbesuchern aus Ungarn) bzw. in der Maitzischen Stiftung (einer an zwei südslawische Studierende Stipendien gewährende Stiftung).[236] Etwas früher im Jahr 1771 hatte er das Amt des *Ivonista* inne.[237]

---

[219] Dies wird auch von den zwei Faszikel bezüglich seines Nachlassverfahrens erwiesen, die etwa 20 bzw. 10 cm stark sind. Siehe UAW. Verlassenschaftsabhandlungen Fasc. 87/2 a és b.

[220] Nachtrag zu dem Wienerischen Diarium 1771. Nr. 31. (17. April), Nr. 56. (13. Juli).

[221] Nachtrag zu dem Wienerischen Diarium 1771. Nr. 39. (15. Mai).

[222] Wiener Stadtbibliothek, Portheimkatalog. Nach diesem wurde er um 1705 geboren, was ich für zu früh halte. In diesem Fall sollte er beim Geburt seines ersten Kindes etwa 45 Jahre alt gewesen sein.

[223] UAW. Ph22 Promotor fol. 144r.: *Martinus Klemencicz Hungarus Oslipensis*. Vö. KISSNÉ BOGNÁR, *Bécsi*, z.W., S. 222. und KISS, *Bécsi*, z.W., S. 37.

[224] UAW. Ph22 Promotor fol. 147r.: *Dominus Martinus Klemencicz Hungarus Oslipensis*.

[225] UAW. NH 2. fol. 78b.: *Baccalaurei Phliae: Martinus Klemencicz Hung: Oslipensis*.

[226] UAW. J6 S. 67.: Anno 1731 et 1732 - *D. Martinus Klemenchiz. Ung: Oslipensis: J:U:A: in cujus fidem.*

[227] UAW. Jur. Dekanatsakten (Rechnungen: Dekanat, Quaestur) Fasz. I/3 (180/2) 1590–1740 - I. N.3/64.: 1739 *Primo exsoluti sunt a Domino Clemenschitz J.U. Baccalaureo Formeto loco tractationis vigore conclusi Inclytae Facultatis ad aerarium pertinentes quinquaginta floreni. id est 50 f.*

[228] UAW. Jur. Dekanatsakten (Rechnungen: Dekanat, Quaestur) Fasz. I/3 (180/2) 1590–1740 - I. N. 3/67.: *1740 A quatuor Dominis modo Clarissimis Doctoribus* ...[3 genannte Personen] ... *et Clemenschitz, quia pro supprema laurea disputarunt, tractationis loco accepi a quolibet quinquaginta florenos, facit totaliter 200 R.*

[229] *Panagyricus Divo Ivonis dictus coram Antiquissima ac Celeberrima Universitate Viennensi cum In Metropolitana D. Stephani Proto-Martyris Basilica Inclyta Facultatis Juridica ejusdem Divi Patroni sui Feria tertia Pentacostes annuam memoriam Solenni Ritu instaurarent*, Deferente Praenobili, Clarissimo, ac Consultissimo Domini Francisco Carolo Heisler, U.J. Doctore Inclytae Facultatis Juridicae Decano spectabili Oratore **Martino Josepho KLEMENSCHIZ** Hungaro Oslipensi, AA.LL. Philosophiae Magistro, Utriusque Juris in sextum annum Auditore. Viennae Austriae, 1735.

[230] UAW. Jur. Fasc. IX. 1587–1791 - IX. 716: *Congregatio 7ma 29na Aug. 1735 celebrata. Demissime preces. - Martini Josephi Klemenchiz AA.LL. et Phliae Magistri J.U. Studiosi Pro gratissima ad missione atque adsignatione Cap: de Reg: Juris in 6to.*
R: restituatur Dno supplicanti, et si Is sufficientia testimonia a DD: Professoribus publicis de exacto studio triennali juridico produxerit, sequetur ulterior competens decretav.

[231] *Congregatio 9na Die 3tia Xbris 1735 celebrata. Demissimae preces - Martini Josephi Klemenschiz A:A: L:L: et Phliae Magistri Juris utriusque studiosi Pro gratiosissima admissione, atque adsignatione cap: de Reg: Juris in 6to.*
R: Dnus supplicans ob nimium numerum Baccalaureorum ad triennalem patientiam remittitur.

[232] LOCHER, *Speculum 2*., z.W., S. 57.: (Dr. juris) *1740 D. Martinus Clemenchiz, Hungarus Oslipens. ex Comitatus Sopron.*

[233] UAW. NH 2. fol. 82b: *1741 Praenobilis Clarissimus ac Consultissimus Dnus Martinus Josephus Clemenchitz U:J:D: Ungarus Oslippensis ex Comitatu Soproniensi.*

[234] *Schematismus* 1763–1781.

[235] Im Jahre 1744 haben 25 Personen aus der Disputationen *„pro primo laurea"* (also für den Titel *baccalaureus juris*) Geld bekommen, unter ihnen *„D. D. Clemenschiz 13 R. 38 xr."* UAW. Jur. Dekanatsakten (Rechnungen: Dekanat, Quaestur) Fasc I. N/3. (821).

[236] *Schematismus* 1752–54.

[237] LOCHER, *Speculum 1*., z.W., S. 444.: *Clemenchitz Martinus Josephus, Hungarus Oslipensis, ex Comitatu Soproniensi, Consistorii Univers. In Judicial. Consil. perpetuus, Ivonista, 1771.*

Von seiner Ehegattin Barbara, die um vieles jünger als er war, wurden ihm drei Kinder in den ’50-er Jahren geboren, die alle jung noch vor dem Tod ihres Vaters am 5. April 1785 verstarben.[238]

12. Ähnlich wie bei Millner bewegt man sich auf unsicherem Grund, wenn man die Spuren eines Doktors der Rechte, namens Hugo Ignatius (?) Fihrer (Führer) weiter zu verfolgen versucht.

Es steht fest, dass im Matrikelbuch der *Natio Hungarica* 1731 eine Person mit Herkunft aus Szegedin unter diesem Namen – als Doktor beider Rechte – eingetragen ist.[239]

Gleichzeitig ist in Lochers Register ein Jahr später unter den Doktoren der Rechte – ohne Bezeichnung von Nationalität und Herkunftsort – ein Jurist namens Hugo Josephus Führer[240] aufgeführt.

Die Richtigkeit der Angabe von Locher belegt auch ein zeitgenössisches Personal- und Adressverzeichnis, welches zwischen 1732 und 1776 unter den Mitgliedern des Doktorenkollegiums einen gleichnamigen Doktor[241] erwähnt. Im Schematismus ist nach 1746 jedoch ständig der Eintrag *„abwesend”* zu finden.

Die derzeit bekannten Quellen bringen keine Gewissheit darüber, ob die beiden Juristen unter gleichem Namen als identische Personen angesehen werden können oder nicht.

[238] Wiener Stadtbibliothek, Portheimkatalog. Die Namen seiner Kinder: Antonia, Josephus, Martinus.

[239] UAW. NH 2. fol. 79b.: *1731 Clarissimus ac Consultissimus dnus Hugo Ignatius Fihrer J:U:Doctor Szegedinensis*. KISSNÉ BOGNÁR, *Bécsi*, z.W., S. 226. und KISS, *Bécsi*, z.W., S. 39.

[240] LOCHER, *Speculum 2.*, z.W., S. 56.: (Dr. juris) *1732 D. Hugo Josephus Führer.*

[241] *Schematismus* 1732–1776. Als sein Wohnort für lange Zeit ist angegeben: *Log. In der Wallnerstraßen wo der Wolff den Gänsen prädigt.*

Mitbürgschaft im römischen Recht (Co-Sureties in Roman Law)

*Emese Újvári**

Abstract

If in Roman law the same primal obligation was insured by more surety, the creditor could originally demand the settlement of the whole amount from one surety. But in time certain legal instruments were created to protect the sureties' interests. The sponsores and fidepromissores were protected by various acts, in turn the fideiussores could reach the division of the claim among the solvent sureties with the beneficium divisionis. But in absence of it they could enforce their claim for compensation against their joint sureties with the help of the derivative regress on the basis of beneficium cedendarum actionum.

***Key words**: Roman law; co-sureties; fideiussio; beneficium divisionis; beneficium cedendarum actionum.*

Einführung

Bei den Römern kam es oft vor, dass eine Hauptobligation gleichzeitig mit mehreren Bürgschaften gesichert wurde. Da die Mitbürgen ursprünglich Gesamtschuldner waren, hatte der Gläubiger das Recht, von einem der Mitbürgen die Tilgung des gesamten Schuldbetrages zu verlangen. Während die Situation der *sponsores* und der *fidepromissores* durch einige Gesetze relativ früh verbessert wurde, hafteten die *fideiussores* weiterhin als Gesamtschuldner. So ergibt sich die Frage, ob der leistende Bürge ein Regressrecht gegenüber den anderen Mitbürgen hatte, wenn er allein die ganze Schuld dem Gläubiger beglichen hat, oder er die bezahlte Summe nur von dem Hauptschuldner zurückverlangen konnte. Anhand eins Überblicks über die Rechtsverhältnisse unter den Mitbürgen versucht dieser Aufsatz diese Frage zu beantworten.

1. Sponsio und fidepromissio

Die *sponsores* und *fidepromissores* als Mitbürgen hafteten ursprünglich *in solidum*.[1] Gaius berichtet von einer *lex Apuleia de sponsu,*[2] wodurch die Mitbürgen zu einer quasi Gesellschaft zusammengefasst wurden *(quaedam societas)*.[3] Aufgrund des Gesetzes hafteten die Mitbürgen gegenüber dem Gläubiger weiterhin *in solidum,* aber für den zahlenden Bürgen entstand ein Regressrecht gegenüber seinen Mitbürgen: Er konnte verlangen, dass die anderen ihm die auf sie entfallenden Teile der bezahlten Summe rückerstatten.[4]

Eine später erlassene, für *sponsores* und *fidepromissores* geltende *lex Furia de sponsu*[5] beschränkte einerseits die Haftung des Bürgen auf zwei Jahre, andererseits verordnete sie bei mehreren Bürgen die Aufteilung der Gesamtschuld nach Kopfquoten gegenüber dem Gläubiger.[6] So durfte der Gläubiger von jedem

* Emese Újvári, wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Debrecen, Ungarn.

1 Darauf kann besonders aus den folgenden Stellen gefolgert werden: Gai. 3,121a und Gai 3,122. Dazu vgl. SCHMIEDER, Philipp: *Duo rei, Gesamtobligationen im römischen Recht,* Berlin, 2007, S. 254-255.

2 Gai. 3,122; Es ist umstritten, wann das Gesetz erlassen wurde. Die Datierungen reichen von 390 v. Chr. bis 103 v. Chr. (ELSTER, Marianne: *Die Gesetze der mittleren römischen Republik, Text und Kommentar,* Darmstadt, 2003, S. 162-163); SCHMIEDER: *Duo rei,* S. 259; Levys Meinung nach sei das Gesetz zwischen dem ersten und dem zweiten Punischen Krieg erlassen worden. (LEVY, Ernst: *Sponsio, fidepromissio, fideiussio, Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftrecht,* Berlin, 1907, S. 63-66.)

3 Das heißt nicht, dass vor diesem Gesetz keine Gesamtschuldnerschaft unter den Mitbürgen bestand, die *„quasi societas"* weist einzig und allein auf die bestehenden inneren Verhältnisse zwischen den Mitbürgen hin. Vgl.: Levy: *Sponsio…,* 68-69.

4 Gai.3,122; ELSTER: *Die Gesetze…,* S. 162-163; KASER, Max: *Das römische Privatrecht, I.Bd.,* München, 1971, S. 662; KASER, Max: *Römisches Privatrecht,* 14. Aufl., München, 1986, S. 253; HAUSMANINGER, Herbert – SELB, Walter: *Römisches Privatrecht,* 3. Aufl., Wien, Köln, 1985, S. 348.

5 Gai. 3,121; Gai. 3,122; Die Datierung auch dieses Gesetzes ist umstritten, nur soviel ist sicher, dass das Gesetz erst nach der *lex Apuleia* erlassen wurde. (ELSTER: *Die Gesetze…,* S. 469; LEVY: *Sponsio…,* S. 62-63.)

6 MEIER, Sonja: *Erlass und Regressgefährdung bei Bürgschaft und Gesamtschuld*, in: HARKE, Jan Dirk (Hrsg.): *Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, Drittbeteiligung am Schuldverhältnis,* Berlin, Heidelberg, 2010, S. 35-71, S. 45; HAUSMANINGER – SELB: *Römisches Privatrecht,* S. 348.

einzelnen Bürgen nur den auf ihn entfallenden Anteil fordern. Die endgültige Höhe dieser Kopfquote war nur bei der Fälligkeit der Forderung feststellbar,[7] da nur die noch lebenden Bürgen hafteten, ihre Erben nicht. Wenn der Gläubiger von einem Mitbürgen mehr als den auf ihn entfallenden Anteil eingetrieben hatte, konnte der betroffene Mitbürge gegen den Gläubiger auch ohne Urteil ein Vollstreckungsverfahren *(legis actio per manus iniectionem)* einleiten, um den seinen Anteil überschreitenden Betrag zurückzuverlangen.[8]

Um die auf den einzelnen Mitbürgen entfallenden Anteile leichter feststellbar zu machen, schrieb eine *lex Cicereia de sponsu*[9] dem Gläubiger vor, öffentlich (also vor Zeugen) bekanntzugeben, welche Hauptobligation er mit Bürgen sichern wollte, und wie viele s*ponsores* und *fidepromissores* er dafür annehmen wollte.[10] Wenn der Gläubiger dies unterließ, konnten die Bürgen innerhalb von 30 Tagen einen *praeiudicium*[11] beantragen, um feststellen zu lassen, ob der Gläubiger die auf die Bürgschaft bezogenen Daten gesetzmäßig verkündet hatte, oder nicht. Wenn im *praeiudicium* festgestellt wurde, dass der Gläubiger es versäumt hatte,[12] wurden die Bürgen von der Obligation befreit.[13]

Die *lex Furia* galt aber nur in Italien, so blieben die s*ponsores und fideipromissores* außerhalb von Italien weiterhin Gesamtschuldner. Aber im Sinne der *lex Apuleia* hatten sie einen Regressanspruch gegen die Mitbürgen, wenn sie mehr bezahlten, als die auf sie entfallenden Kopfquoten.[14]

2. Fideiussio

Für die *fideiussio* galt – im Gegensatz zu der *sponsio* und der *fidepromissio* – weder die *lex Furia,* noch die *lex Apuleia.* Sicherten also mehrere *fideiussores* die Hauptobligation, dann hafteten sie weiterhin als Gesamtschuldner,[15] und dem leistenden *fideiussor* stand aus der *lex Apuleia* keine Klage zu.[16]

Wenn also mehrere *fideiussores* für dieselbe Hauptobligation gestellt wurden, hatten sie keine Klage aufgrund des Gesetzes für ihre Regressansprüche gegen die Mitbürgen. Wenn sie aber die Bürgschaftsleistung miteinander vereinbart hatten, konnten sie aufgrund ihres Innenverhältnisses gegen einander einen Ausgleichsanspruch haben. Ohne ein solches Innenverhältnis hatte einer der Bürgen aber keine Klage gegen die anderen.[17] Stattdessen hatten sie zwei andere Möglichkeiten. Eine war die Aufteilung des Anspruches unter den zahlungs-

---

[7] Vom Zeitpunkt der Fälligkeit an haftete der Bürge nur mit seinem Anteil. Wenn einer von den Mitbürgen nach dem Fälligkeitszeitpunkt verstarb, oder zahlungsunfähig wurde, trug deren Risiko der Gläubiger. (LEVY: *Sponsio…,* S. 74.)

[8] Gai.4.22; KASER: *Das römische Privatrecht, I.Bd.,* S. 662; ELSTER: *Die Gesetze…,*S. 467-468; KASER: *Römisches Privatrecht,* S. 253; Diese, in Gai.4,22 erwähnte *actio* betätigte man praktisch nur im Falle, wenn der Mitbürge außergerichtlich bezahlte, oder wenn der *iudex* im Prozess die *plus petitio* aus irgendeinem Grund nicht berücksichtigte. (Zum Beispiel, weil er sich darin geirrt hat, ob ein Mitbürge noch im Leben war.) (LEVY: *Sponsio…,* S. 71.)

[9] Gai.3,123; Die genaue Entstehungszeit auch dieses Gesetzes ist unsicher. Nur soviel ist sicher feststellbar, dass von den erwähnten drei Gesetzen dieses das jüngste ist. (ELSTER: *Die Gesetze…,* S. 471.) Levy hält es aber für sehr wahrscheinlich, dass das Gesetz 173 v. Chr. erlassen wurde. (LEVY: *Sponsio…,* S. 64.)

[10] Das Gesetz galt ursprünglich nur für die *sponsores* und für die *fidepromissores.* Gaius weist selber darauf hin, dass die Tatsache, dass später auch die *fideiussores* die aus dem Gesetz herleitbaren Vorteile genossen, ein Ergebnis der späteren Rechtsentwicklung gewesen sei. (Gai.1,123; ELSTER: *Die Gesetze…,* S. 471.); STEINER, Anja: *Die römischen Solidarobligationen, Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten,* München, 2009, S. 181-182.

[11] Ein Feststellungsurteil dieser Art wird nirgendwo erwähnt, höchstwahrscheinlich deswegen, weil die Gläubiger lieber gesetzmäßig handelten, um nicht wegen ihres Versäumnisses die Sicherungen zu verlieren. (ELSTER: *Die Gesetze…,* S. 471.)

[12] Levys Meinung nach war die eigentliche Funktion dieses *praeiudicium* nicht die Feststellung der Tatsache, ob der Gläubiger verkündete, wie viele Bürgen er für die Hauptobligation in Anspruch nehmen wollte, sondern viel mehr das Vergewissern, wer von den *sponsores* als Hauptschuldner, und wer als Bürge stipulierte. (LEVI: *Sponsio…,* S. 79-87.) Levy vertritt nämlich den Standpunkt, dass der Hauptschuldner und der Bürge (beide als *sponsores*) das s*ponsion*-Versprechen gleichzeitig gemacht hätten, um die Novation der Hauptobligation zu vermeiden, was zur Folge gehabt hätte, dass zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen formell ein *correalitas* entsteht. (LEVY: *Sponsio…,* S. 29-44.) Dieser Annahme scheint aber die Tatsache zu widersprechen, dass die Verpflichtungen von mehreren s*ponsores,* als Hauptschuldner von der Verpflichtung des Hauptschuldners und der des *sponsor,* als Bürge formell unterscheidbar sind: wenn es nämlich um mehrere Hauptschuldner, als Gesamtschuldner geht, sprechen sie bei der *sponsio* das Wort *„spondeo"* oder *„spondemo"* als Antwort auf die Frage der Gläubiger gleichzeitig aus, während bei der Bürgschaft zuerst der Hauptschuldner stipuliert *(„spondeo"),* und erst dann der Gläubiger den Bürgen fragt *(„idem dari spondesne"),* und der Bürge erst danach antwortet *(„spondeo").* (KASER: *Römisches Privatrecht,* S. 253.) Auch Wengers Meinung nach gab es nichts, was eine nicht novierende nachträgliche Stipulation des Bürgen ausgeschlossen hätte. So war der Zweck der *praedictio* nicht die Identifikation des Hauptschuldners und den Bürgen, sondern die Benachrichtigung des Bürgen davon, wie groß seine Kopfquote sein wird. (WENGER, Leopold: *Dr. Ernst Levy, Sponsio, fidepromissio, fideiussio, Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte. VI und 226 S. Berlin 1907*., (lit.), in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (im Weiteren: *SZ.) 28.,* 1907, S. 487-495, hier S. 490-492.) Im Gegensatz zu Levys Annahme (LEVY: *Sponsio…,* S. 87.), war es auch kein Problem, wenn die Hauptobligation nachträglich von noch anderen Bürgen gesichert wurde, da die Funktion der *praedictio* darin bestand, die *sponsores,* die die Bürgschaft übernommen haben, davon zu informieren, wie groß die Anteile der Hauptforderung waren, die sie bezahlen mussten. Wenn die Hauptobligation später durch noch einen zusätzlichen Bürgen gesichert wurde, war das nur von Vorteil für die *sponsores,* die schon früher die Bürgschaft übernommen haben, da auf diese Weise ihre Anteile verringert wurden. Wenn aber aus irgendeinem Grund doch nicht so viele s*ponsores* die Bürgschaft übernahmen, wie in der *praedictio* vom Gläubiger verkündet worden war, hafteten die Bürgschaft leistenden *sponsores* wahrscheinlich nur für die Anteile, die auf Grund des *praedictio* auf sie entfielen. (WENGER: *SZ. 28.,* S. 492.)

[13] KASER: *Das römische Privatrecht, I.Bd.,* S. 662; ELSTER: *Die Gesetze…,* S. 469-470; KASER: *Römisches Privatrecht,* S. 253.

[14] KASER: *Das römische Privatrecht, I.Bd.,* S. 662; ELSTER: *Die Gesetze…,* S. 467-468.

[15] Gai.3,121; Inst.3,20,40; D.46,1,39; C.8,40(41),3; C.8,40(41),16; C.8,40(41),21; SCHMOECKEL, Mathias – RÜCKERT, Joachim – ZIMMERMANN, Reinhard (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II., Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432, 2. Teilband: §§ 305-432,* 2007, S. 2476; FÖLDI András – HAMZA, Gábor: *A római jog története és institúciói,* Budapest, 13. Aufl., 2008, S. 441; MOLNÁR Imre – JAKAB Éva: *Római jog,* 5. Kiadás, Szeged, 2008, S. 353; Wenn aber die *fideiussores* nur einen Teil der Hauptobligation gesichert haben, hafteten sie von Anfang an nur für diesen Teilbetrag. (D.46,1,51pr; MEIER: *Erlass..,* S. 45.)

[16] KASER: *Römisches Privatrecht,* S. 253.

[17] Gai.3,122; Inst.3,20,4; D.46,1,39; C.8,40(41),11; MEIER: *Erlass..,* S. 45; DIECKMANN, Johann Andreas: *Der Derivativregreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner im englischen und deutschen Recht, Eine rechtsvergleichend-historische Untersuchung,* Berlin, 2003, S. 43.

fähigen Mitbürgen, was durch die sog. *epistula divi Hadriani* ermöglicht wurde. Wenn aber der beklagte *fideiussor* aus irgendeinem Grund dieses *beneficium* nicht in Anspruch nehmen konnte, konnte er vom Gläubiger die Zession sowohl seiner Klage gegen den Hauptschuldner als auch seiner Klagen gegen die Mitbürgen verlangen, mit Hilfe welcher der *fideiussor* eine nachträgliche Zahlung des auf die Mitbürgen entfallenden Anteils erreichen konnte.[18]

2.1 Beneficium divisionis

Die *epistula divi Hadriani* verbesserte einigermaßen die Situation der *fideiussores,* denn durch die *epistula* konnte der verklagte *fideiussor* mit prätorischer Hilfe erreichen, dass er nur einen Teil der Schulden bezahlen musste. Wenn er beweisen konnte, dass seine Mitbürgen in dem gegebenen Zeitpunkt zahlungsfähig waren, musste der Gläubiger seine Klage gegen ihn auf den auf ihn entfallenden Anteil der Forderung begrenzen. Diese Begünstigung war das sog. *beneficium divisionis.*[19]

In diesem Fall wurde meistens selbst die Klage unter den Mitbürgen in der *in iure* Phase des – gegen einen der Mitbürgen angestrengten – Prozesses nach der Aufklärung der Voraussetzungen aufgeteilt.[20] Wenn es nicht eindeutig war, ob die Mitbürgen zahlungsfähig waren, musste der belangte Bürge dafür Sicherheit leisten, dass der Gläubiger seinen Mitbürgen auf das Risiko des Bürgen mit den Teilklagen anklagte,[21] oder die *actio* gegen den belangten Mitbürgen enthielt die folgende *exceptio: „si non et illi solvendo sint".*[22] Während vor der *litis contestatio* das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Mitbürgen den eingeklagten Bürgen belastete, war nach der *litis contestatio* ihre Zahlungsunfähigkeit schon das Risiko des Gläubigers,[23] es konnte aber durch die von den belangten Bürgen geleistete Sicherung vermindert werden.

Es ist jedoch nicht ganz eindeutig, welche Voraussetzungen genau erfüllt werden mussten, um das *beneficium divisionis* vom *praetor* beantragen zu können. Die erste Voraussetzung war, dass die Bürgen die ganze Summe der Hauptforderung und

---

[18] MEIER: *Erlass..,* S. 45-46.

[19] Gai.3,121; Gai.3,121a; Inst.3,20,4; D.46,1,26; D.46,1,27; D.46,1,28; D.46,1,51; C.8,40(41),3; C.8,40(41),10,1; KASER: *Römisches Privatrecht,* S. 254; MEIER: *Erlass..,* S. 46; HAUSMANINGER – SELB: *Römisches Privatrecht,* S; GIRTANNER, Wilhelm: *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Historisch-dogmatisch dargestellt, II. Dogmatische Abteilung. Das geltende gemeine Recht,* Jena, 1851, S. 457; Die *fideiussores,* die von dem Vormund gestellt wurden, konnten aber das *beneficium divisionis* nicht in Anspruch nehmen. (D.46,6,12; MEIER: *Erlass..,* S. 46.)

[20] SOKOLOWSKI, Paul: *Zur sog. exceptio divisionis*, in: *SZ. 11.,* 1890, S. 278-301, hier S. 285-286; In den Quellen geht es auch meistens um die Aufteilung der *„actio"*: Inst.3,20,4; D.46,1,10,1; D.46,1,51pr., D.46,1,51,4; D.46,1,51,5; D.46,6,12; C.8,40(41),10,1; C.8,40(41),16; Gai.3,121; Gai.3,122. Manchmal findet man aber in den Quellen in diesem Zusammenhang die Aufteilung der *„obligatio"*: D.46,1,24,4; P.S.1,20; C.8,40(41),3 (SOKOLOWSKI: *SZ. 11.,* S. 286.); Sokolowskis Meinung nach hat der *praetor* in diesem Fall die Klage so aufgeteilt, dass er durch die entsprechende Zusammensetzung der Formel vermeiden konnte, dass die Prozeßbegründung *(litis contestatio)* hinsichtlich eines *fideiussor* auch die a*ctiones* gegen die anderen *fideiussores* automatisch konsumierte. Wenn die *actio* eine *certa* war, hatte der *praetor* in der *intentio* nur die auf den beklagten Bürgen entfallende Summe angegeben, denn der *praetor* hatte schon die Anzahl der in Frage kommenden Mitbürgen, und so die Quote *in iure* aufgeklärt. Wenn die Forderung eine *incerta* war, hatte die *intentio* auf jedem Fall genauer bestimmt werden müssen, weil in diesem Fall in der *intentio* nur so viel geschrieben wurde: *„quidquid ob eam rem dare facere oportet".* So musste in der Formel angegeben werden (in der *demonstratio* oder in der *praescriptio),* wie viele *fideiussores* bei der *litis contestatio* greifbar und zahlungsfähig waren, damit der *iudex* die Summe der *condemnatio* bestimmen konnte. Da so der tatsächliche Inhalt der *intentio* auf den Anteil begrenzt wurde, den der beklagte Bürge bezahlen musste, sind die Klagen gegen den Mitbürgen nicht konsumiert worden. (SOKOLOWSI: *SZ. 11.,* S. 285-290.)

[21] Das war nur unter der Voraussetzung möglich, dass die Mitbürgen, für die der belangte Bürge Sicherheit leistete, erreichbar waren. (D.46,1,10pr.; SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.,* S. 2476.); Sokolowski ist der Meinung, dass mit dieser Sicherheit nicht die Vermeidung der Klagenkonsumptionswirkung der *litis contestatio*, sondern die Erleichterung der Situation des belangte Bürgen bezweckt worden sei, weil er (der Beklagte) dadurch mindestens vorübergehend die Vorteile des *beneficium divisionis* genießen konnte. (SOKOLOWSKI: *SZ. 11.,* S. 293-294.)

[22] D.46,1,28; KASER: *Das römische Privatrecht, I.Bd.,*S. 665; EMUNDS, Christian: *Solvendo quisque pro alio liberat eum, Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht,* Berlin, 2007, S. 218; GIRTANNER, *Wilhelm: Ist das auxilium divisionis unabhängig von gleichzeitiger und gemeinsamer Eingehung der Mitbürgschaft?*, in: *Archiv für die Civilistische Praxis, (AcP), Bd. 43.,* Heidelberg, 1860, S. 275-299, hier S. 283-284; Diese sog. *exceptio divisionis* wurde entgegen der Teilung der Klage in der *in iure* Phase nur ausnahmsweise angewendet. Sokolowskis Meinung nach habe man mit der entsprechenden Zusammenstellung der Formel auch in diesem Fall vermeiden können, dass durch die Prozeßbegründung bezüglich eines von den Bürgen auch die Klagen gegen die anderen Mitbürgen konsumiert wurden. (SOKOLOWSKI: *SZ. 11.,* S. 294-298.)

[23] D.46,1,51,4; D.46,1,52,1; C.8,40,16; SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.,* S. 2476; SOKOLOWSKI: *SZ. 11.,* S. 290; Sokolowski vertritt den Standpunkt, dass es nicht darauf zurückzuführen sei, dass die *litis contestatio* im Prozeß gegenüber einem von den Mitbürgen auch die Klagen gegen den anderen Mitbürgen konsumiert hätte, denn die *litis contestatio* habe nur die, gegenüber dem jeweiligen Bürgen erhobene Teilklage konsumiert, die Teilklagen gegenüber den übrigen Mitbürgen nicht. Seiner Meinung nach sei es teilweise darauf zurückzuführen, dass die Aufteilung der *actio* endgültig war, und zugleich auch darauf, dass die Zahlungsunfähigkeit eines der Mitbürgen nur dann zu Lasten der anderen Mitbürgen fiel, wenn der Mitbürge schon vor der *litis contestatio* zahlungsunfähig war. (D.46,1,26) Infolgedessen habe der Gläubiger den Bürgen – den er einmal schon verklagt hat – nicht mehr einklagen können. (SOKOLOWSKI *SZ. 11.,* S. 291-292.); Meiner Meinung nach erfolgt aber der Konsumption der – gegen einen der Mitbürgen gehobenen Teilklage – hinsichtlich der eingeklagten Teilsumme auch bezüglich der anderen Mitbürgen, also man konnte auch von den anderen nur die übrig gebliebene Teilsumme verlangen, da die Klage hinsichtlich der einmal eingeklagten Teilsumme schon konsumiert wurde. Unabhängig davon, ob die Konsumptionswirkung der *litis contestatio* die Ursache davon war, dass im klassischen Recht nach der Prozeßbegründung bezüglich eines von dem Mitbürgen, die Risiko der Zahlungsunfähigkeit eines anderen Mitbürgen vom Gläubiger getragen wurde, oder nicht, veränderte Iustinianus eindeutig diese Lage. Er verordnete nämlich (C.8,40(41),28), dass die Bürgen, wenn neben dem Hauptschuldner auch mehrere *fideiussores* die Obligation sicherten, solange von der Obligation nicht befreit wurden, bis der Gläubiger die ganze Summe erhielt.

nicht nur einen Teil davon sichern sollten. Es reichte weiterhin nicht aus, dass die Bürgen dieselbe Forderung gesichert haben, sie mussten sich weiterhin für denselben Hauptschuldner[24] bei demselben Gläubiger verbürgt haben.[25]

Die wichtigste Frage ist aber, ob es nötig war, dass die Mitbürgen gemeinsam und gleichzeitig *„uno actu"* die Bürgschaft übernahmen, oder reichte es aus, wenn sich alle für die Hauptobligation von demselben Hauptschuldner bei demselben Gläubiger verbürgten. Die meisten von den Pandektisten vertreten den Standpunkt, dass die gleichzeitige Bürgschaftsleistung nicht notwendig war, um das *beneficium divisionis* bekommen zu können.[26] Levy aber ist– sich diesem Standpunkt entgegensetzend – eindeutig der Meinung, dass nur solche *fideiussores* als *confideiussores* betrachtet werden können, und so das *beneficium divisionis* beantragen können, die die Bürgschaft *„uno actu",* also gemeinsam und gleichzeitig geleistet haben.[27] In der modernen Literatur ist aber eher die – auch meiner Ansicht nach richtige – Meinung verbreitet, dass es keine solche zusätzliche Bedingung gab, sondern es reichte, wenn sich die *fideiussores* für dieselbe Schuld desselben Hauptschuldners bei demselben Gläubiger verbürgt haben.[28]

Der Ausdruck *confideiussores* kommt in neun Digestenstellen[29] vor, in den anderen Fragmenten geht es nur um *(plures) fideiussores.*[30] Levys Feststellung, dass das Unterscheidungsmerkmal der *confideiussores* aus dem *„unitas actus"* stamme, gründet sich teilweise genau auf die verhältnismäßige Seltenheit des Ausdruckes *confideiussores.*[31] Von den Fragmenten ist aber das D.46,1,43[32] das einzige, in dem der Ausdruck *confideiussores* als *terminus technikus* angewendet wird. Auf Grund der Quellen kann weiterhin auch kein Unterschied der rechtlichen Lage zwischen den *fideiussores*, die die Bürgschaft *„uno actu",* und denen, die sie getrennt übernommen haben, bewiesen werden.[33]

---

[24] *„(Papinianus 3 resp.) Duo rei promittendi separatim fideiussores dederunt: invitus creditor inter omnes fideiussores actiones dividere non cogitur, sed inter eos dumtaxat, qui pro singulis intervenerunt. plane si velit actionem suam inter omnes dividere, non erit prohibendus, non magis quam si duos reos pro partibus conveniret."* (D.46,1,51,2) Im Papinianfragment gibt es zwei Gesamtschuldner, und beide stellen getrennt je einen *fideiussor* für die Sicherung der Hauptforderung. Nach Papinians Meinung könnten die *fideiussores* in diesem Fall die Teilung der Klage nicht verlangen. Das könnten nur die Bürgen verlangen, die die Bürgschaft für jeden einzelnen Schuldner geleistet haben. Wenn aber der Gläubiger selber die Klage teilen möchte, stehe dem nichts entgegen. (VON MOISY, Feodor: *Steht das beneficium divisionis auch solchen Bürgen zu, welche die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernommen haben?,* Diss., Greifswald, 1897, S. 15; STEINER: *Die römischen Solidarobligationen,* S. 184.) Ähnlich: *„(Pomponius 7 ex var. lect.) Si a Titio stipulatus fideiussorem te acceperim, deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus alium fideiussorem accipiam, confideiussores non erunt, quia diversarum stipulationum fideiussores sunt."* (D.46,1,43) Auch in diesem Fragment geht es darum, dass zwei Bürgen bei *stipulationes* von zwei verschiedenen Schuldnern die Bürgschaft übernahmen. In diesem Fall wurden nach der Meinung von Pomponius die Bürgen zu keinen *confideiussores,* da sie sich für zwei verschiedene Schuldner bei zwei verschiedenen Stipulationen verbürgt haben. Also grundsätzlich war nicht der zeitliche Unterschied der Bürgschaftsleistungen, sondern die Verschiedenheit der Hauptschuldner die Ursache dafür, dass die Bürgen das *beneficium* nicht bekamen. (MOISY: *Steht das beneficium divisionis…,* S. 15; GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis…,* S. 296.) Aufgrund der obigen Behauptung ist es vielleicht berechtigt anzunehmen, dass die Bürgen auch dann zu Mitbürgen wurden, wenn jeder von ihnen sich für alle Gesamtschuldner verbürgt hat, und so konnten sie auch das *beneficium divisionis* beanspruchen. (STEINER: *Die römischen Solidarobligationen,* S. 182-185.) Zwar leisteten sie in diesem Fall für mehrere Schuldner Bürgschaft, wenn sich aber jeder von ihnen für jeden Schuldner verbürgt hat, dann sind sie alle als die Bürgen von denselben – mehreren – Hauptschuldner zu betrachten. Schließlich ist auch festzustellen, dass der Gläubiger seine Klage auch dann nicht aufzuteilen braucht, wenn ein Bürge für einen anderen Bürgen die Bürgschaft übernommen hat, da sie in diesem Fall sich nicht für denselben Schuldner verbürgt haben. Vom Standpunkt des Nachbürgens aus ist nämlich der Bürge in der Position des Schuldners, für den er die Bürgschaft leistet: *„(Ulpianus 22 ad ed.) Si fideiussor fuerit principalis et fideiussor fideiussoris, non poterit desiderare fideiussor, ut inter se et eum fideiussorem, pro quo fideiussit, dividatur obligatio: ille enim loco rei est nec potest reus desiderare, ut inter se et fideiussorem dividatur obligatio. proinde si ex duobus alter fideiussorem dederit, adversus eum quidem non dividitur obligatio, pro quo intervenit: adversus confideiussorem magis est ut dividatur."* (D.46,1,27,4) (MOISY: *Steht das beneficium divisionis…,* S. 15-16.)

[25] MOISY: *Steht das beneficium divisionis…,* S. 14-16.

[26] So besonders: HASENBALG, H.: *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, Eine civilistische Studie,* Düsseldorf, 1870, S. 469-485; WINDSCHEID, Bernhard: *Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd. 1. Abt.,* 1865, S. 384, §479; GIRTANNER: *Die Bürgschaft…,* S. 466; GIRTANNER: Ist das auxilium divisionis…, S. 275-299; MOISY: *Steht das beneficium divisionis…,* S. 14-36; DERNBURG, Heinrich: *Pandekten Band II*., 1. Aufl., Berlin, 1906, S. 221; Weitere, teilweise auch ältere Literatur bei: MEIER: *Erlass..,* S. 47; Im Gegensatz dazu nehmen die folgenden Autoren die Notwendigkeit der gleichzeitigen gemeinsamen Bürgschaftsleistung an: KRITZ, Paul Ludolph: *Das Pandektenrecht aus dem Rechtsbüchern Justinians nach dem Erfordernissen einer zweckmässigen Gesetzgebung dargestellt und mit vergleichenden Hinweisungen auf das Französische, Oesterreichische und Preussische Recht hergeleitet, Bd. 1.,* Meissen, 1835, S. 178-182; SEUFFERT, Johann Adam: *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts II.,* Würzburg, 1825, S. 340; SEUFFERT, Johann Adam: *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 6.*, München, 1853, S. 58.

[27] LEVY: *Sponsio…,* S. 139-164, S. 175-185; Auch Wesener vertitt diesen Standpunkt. (WESENER, Gunter: Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht, in: *LABEO 11.,* 1965, S. 341-361, S. 348-349.)

[28] SCHMIEDER: *Duo rei,* S. 254; STEINER: *Die römischen Solidarobligationen,* 182-184; Wenger: *SZ. 28.,* S. 494; Wahrscheinlich auch MEIER: *Erlass..,* S. 45-46.

[29] D.2,14,23; D.2,14,26; D.46,1,10pr.; D.46,1,21,1; D.46,1,27,4; D.46,1,39; D.46,1,43; D.46,1,48,1; D.46,1,59; (STEINER: *Die römischen Solidarobligationen,* S. 182; SCHMIEDER: *Duo rei,* S. 253.)

[30] Nach Steiners Feststellung kommt der Ausdruck *fideiussores* im Plural in Rund 238 Digestenstellen vor (STEINER: *Die römischen Solidarobligationen,* S. 184), während Levy sich auf den Berliner Digestenindex berufend 769 Stellen erwähnt. (LEVY: *Sponsio…,* S. 158.)

[31] LEVY: *Sponsio…,* S. 158-159; Ähnlicher Weise setzt auch Wesener die Notwendigkeit des *unitas actus* voraus. (WESENER: *LABEO 11.,* S. 348-349); Weiterhin ist dieser Standpunkt auch im Heumann – Seckel's Handlexikon zu finden. (SECKEL, E: *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts,* 9. Aufl., Jena, 1926, S. 91.)

[32] Auf Grund des D. 46,1,48,1 scheint es eher so, dass der Jurist die zwei Ausdrücke viel mehr als Synonyme anwendet, da Papinian den früheren Bürgen als *confideiussor* des späteren Bürgen erwähnt. (GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis…,* S. 296.) Auch bei Ulpian erscheinen die Ausdrücke *fideiussores* und *confideiussores* im D.46,1,10,pr.-1 als Synonym. (MOISY: *Steht das beneficium divisionis…,* S. 33.)

[33] SCHMIEDER: *Duo rei,* S. 254; STEINER: *Die römischen Solidarobligationen,* S. 183-184; Wenger ist der Meinung, dass die *fideiussores* sich nicht unbedingt *uno actu* verbürgen mussten, um zu *confideiussores* zu werden, sondern auch der *fideiussor,* der die Bürgschaft später übernahm, als *confideiussor* der sich früher verbürgenden *fideiussores* zu betrachten wäre. (WENGER: *SZ. 28.,* S. 494.)

So schweigen zum Beispiel sowohl Gaius (Gai.3,122), als auch Iustinian (Iust.Inst.3,20,40) darüber, dass die *epistula Hadriani* nur auf solche Bürgen anwendbar gewesen wäre, die die Bürgschaft gemeinsam und gleichzeitig übernommen haben. Keine von diesen Quellen erwähnt, dass es – außer der Tatsache, dass mehrere zahlungsfähige Bürgen die Hauptforderung sichern sollten –, noch eine andere Bedingung für die Anwendbarkeit der *beneficium divisionis* gäbe.[34] Es ist aber unwahrscheinlich, dass sie eine solche wichtige Voraussetzung verschwiegen hätten.[35]

Der Standpunkt, dass die *fideiussores* die Bürgschaft nicht unbedingt gemeinsam und gleichzeitig übernehmen mussten, um das *beneficium divisionis* erhalten zu können, wird besonders durch folgendes Fragment unterstützt:

> *"Papinianus 10 quaest.*
>
> *Huic similis et illa quaestio videri potest, ob aetatem si restituatur in integrum unus fideiussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat. sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut fideiubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confideiussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari."* (D.46,1,48,1)

Papinian[36] beantwortet hier die Frage, ob einer der zwei *fideiussores* die ganze Last der Leistung allein tragen muss, wenn der andere *fideiussor* wegen seines Alters die *in integrum restitutio* erhalten hat. Der Jurist ist der Meinung, dass – hinsichtlich der Unsicherheit, die wegen des Alters des *minor* entsteht, und auch der Unsicherheit der Beantragung und Erhaltung der *in integrum restitutio* – der Bürge nur in dem Falle die Last der Leistung allein tragen müsse, wenn der *minor* erst nach ihm die Bürgschaft übernahm. Wenn aber gerade der Gläubiger derjenige war, der den *minor* arglistig zur Bürgschaftsleistung veranlasst hat, könne der Gläubiger gegenüber dem Mitbürgen des *minor* nicht bevorzugt werden. Die Hauptfrage des Fragments ist also, welche Wirkung es auf den Mitbürgen ausübt, wenn der andere Mitbürge wegen seines Alters von der Obligation befreit wird. Die Antwort lautet: Wenn der *minor* die Bürgschaft mit dem anderen Bürgen gleichzeitig (oder eventuell vor ihm) übernahm, müsse der andere Bürge ausschließlich nur den auf ihn entfallenden Anteil bezahlen. Wahrscheinlich deshalb, weil er in diesem Fall auf die Anwendbarkeit des *beneficium divisionis* vertrauen konnte, so muss sein Interesse gegenüber dem des Gläubigers bevorzugt werden. Wenn aber der *minor* erst nach der Bürgschaftsleistung des anderen Bürgen stipulierte, musste der andere Bürge bei seiner eigenen Stipulation ursprünglich mit der Erfüllung der ganzen Forderung rechnen, die nachträgliche Bürgschaftsleistung des *minor* hätte diese Last nur nachträglich erleichtert, so ist das Interesse des Bürgen gegenüber dem des Gläubigers wohl nicht zu beschützen. Wenn aber der Gläubiger davon wusste, dass der andere Bürge ein *minor* war, oder gerade er ihn zur Bürgschaftsleistung veranlasste, muss der andere Bürge auch in dem Falle nur seinen Anteil bezahlen, wenn der *minor* sich erst nach ihm verbürgte, weil in diesem Fall das Interesse des Gläubigers nicht dem Interesse des Bürgen gegenüber bevorzugt werden kann.[37]

Aus dem oben Erörterten kann man folgern, dass der Sachverhalt, nach dem der *minor* sich erst nachträglich verbürgt hat, in der Stelle nicht getrennt behandelt gewesen wäre, wenn die gemeinsame und gleichzeitige Bürgschaftsleistung eine Voraussetzung des *beneficium divisionis* gewesen wäre, weil in diesem Fall die Erteilung des *beneficium* unabhängig vom Alter des *minor* sowieso zu verweigern gewesen wäre. Der Jurist hätte also bei der Behandlung des Falles nicht ausdrücklich auch darauf zu reden kommen müssen.[38]

Es ist weiterhin auch zu erkennen, dass der andere Bürge nicht nur deswegen das *beneficium divisionis* in Anspruch nehmen konnte, weil der Gläubiger selbst den *minor* arglistig zur Bürgschaftsleistung veranlasst hat, also weil der Gläubiger arglistig gehandelt hat. Die Teilung des Anspruches hätte ja allein auf diese Tatsache nicht gegründet werden können. In diesem Fall ging es vielmehr um eine Ausnahme von der Ausnahme wegen der Arglist des Gläubigers. Der Bürge konnte auch dann das *beneficium divisionis* erhalten, wenn sein Mitbürge die Bürgschaft nicht gleichzeitig, sondern erst später übernahm (Hauptregel), außer wenn sein Mitbürge wegen seines Alters von der Obligation befreit wurde (Ausnahme); er konnte aber trotzdem das – ihn eigentlich grundsätzlich zustehende – *beneficium* erhalten, wenn der Mitbürge wegen der Arglist des Gläubigers von der Obligation befreit wurde (Ausnahme von der Ausnahme).[39]

Papinian hat also die Anwendbarkeit des *beneficium divisionis* nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Mitbürge die Bürgschaft später leistete, sondern weil er wegen seines Alters eine *in integrum restitutio* erhielt, und dies auch nur mit der weiteren Bedingung, dass der *minor* nicht durch die Arglist des Gläubigers zu Bürgschaftsleistung veranlasst wurde. Es ist auch zu bemerken, dass Papinian den früheren Bürgen als *confideiussor* des späteren Bürgen erwähnt.[40]

Scheinbar wird ein entgegengesetzter Standpunkt durch die folgende Verordnung unterstützt:

---

[34] SCHMIEDER: *Duo rei,* S. 254; STEINER: *Die römischen Solidarobligationen,* S. 183; MOISY: *Steht das beneficium divisionis…,* S. 23.

[35] HASENBALG: *Die Bürgschaft…,* S. 481-482; MOISY: *Steht das beneficium divisionis…,* S. 31-31; Weiterhin wird auch in den folgenden Fragmenten nur betont, dass sich mehrere (zahlungsfähige) Bürgen für dieselbe Obligation von demselben Schuldner verbürgen sollen. Es geht also nicht darum, dass sie die Bürgschaft gleichzeitig hätten übernehmen müssen: D.46,1,10 pr., D.46,1,10,1; D.46,1,26; D.46,1,27, D.46,1,28. (MOISY: *Steht das beneficium divisionis…,* S. 32-33.)

[36] Levy – auf Girtanner hinweisend – meint, dass die Stelle interpoliert sei, und es im originellen Text um mehreren *sponsores* gegangen sei. (LEVY: *Sponsio…,* S. 140, S. 97-113; GIRTANNER: *Die Bürgschaft…,*S. 462-465.) Girtanner weist aber in seinem jüngeren Artikel darauf hin, dass das Fragment auch original sein könne, und es müsse eher als solches betrachtet werden. (GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis…,* S. 286.)

[37] GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis…,* S. 289-292.

[38] GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis…,* S. 291.

[39] GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis…,* S. 291-292.

[40] GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis…,* S. 295-296.

"Imperator Alexander Severus

Ut autem is, qui cum altero fideiussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet." (C.8,40(41),10,1)

Im Sinne der *constitutio* kann der angeklagte Bürge noch vor seiner Verurteilung begründet verlangen, nicht allein auf die ganze Summe verurteilt zu werden, sondern dass die Klage zwischen ihm und denen – mit denen er sich zusammen verbürgt hatte – geteilt werden sollte, wenn die anderen Bürgen auch zahlungsfähig sind.

Es geht hier wahrscheinlich tatsächlich um eine gemeinsame Bürgschaftsleistung, obwohl auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Ausdruck *„cum altero"* nur darauf hinweist, dass es zwei Bürgen gab, die die Obligation sicherten. Aber auch wenn angenommen wird, dass es in der Quelle um eine gleichzeitige Bürgschaftsleistung geht, dürfte man keinesfalls außer Acht lassen, dass die behandelte Quelle ein kaiserliches *rescriptum* ist, in dem ein konkreter Fall entschieden wurde. Aber allein die Tatsache, dass es im konkreten Fall um eine gemeinsame Bürgschaftsleistung geht, bedeutet noch lange nicht, dass das *rescriptum* die Gemeinsamkeit der Bürgschaftsleistung als eine allgemeine Voraussetzung der Anwendbarkeit des *beneficium divisionis* vorschreiben würde.[41]

Obwohl die nächste *constitutio* überzeugender zu sein scheint, beweist sie auch nicht stichhaltig die Notwendigkeit der gemeinsamen Bürgschaftsleistung:

„Imperator Justinianus

Divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere et in his qui pecunias pro aliis simul constituunt necessarium est: aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet." (C.4,18,3)

In dieser Verordnung erstreckt Iustinian die Anwendbarkeit des *beneficium divisionis,* der sich ursprünglich für die *fideiussores* und für die *mandatores* galt, auch auf die Bürgen, die durch das *constitutum debiti alieni* die Bürgschaft gemeinsam übernommen haben. Das Wort *„simul"* kann wirklich auf die gemeinsame, gleichzeitige Bürgschaftsleistung hinweisen, es muss aber nicht notwendigerweise darauf hindeuten. Es kann auch bedeuten, dass neben einander mehrere Bürgen die Sicherung derselben fremden Obligation versprochen haben.[42] Die *constitutio* verordnet die sich auf die *fideiussores* und *mandatores* beziehende Regelung gleichermaßen auf die Schuldner der *constitutum* als anwendbar. So angenommen, dass bei den ersten beiden die Gleichzeitigkeit keine Voraussetzung ist,[43] können wir sie auch im Falle des *constitutum* trotzt des Wortlautes nicht als Voraussetzung betrachten. In der Verordnung wird der Akzent nämlich nicht auf die konkreten Voraussetzungen des *beneficium divisionis* gelegt, sondern auf die Gleichheit der Regelungen, die sich auf die drei Bürgschaftsarten beziehen.[44]

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass aus den nicht ganz widerspruchslosen Quellen auf folgendes zu schließen ist: Das *beneficium divisionis* wurde nur dann erteilt, wenn mehrere *fideiussores* sich für dieselbe Obligation von demselben Hauptschuldner bei demselben Gläubiger verbürgten, und – im Zeitpunkt der *litis contestatio* im Prozess gegenüber einem von den Bürgen – auch die anderen Bürgen zahlungsfähig und erreichbar waren.[45] Weiterhin durfte belangte der Bürge seine Bürgschaftsschuld nicht abstreiten.[46] Die Gleichzeitigkeit und Gemeinsamkeit der Bürgschaftsleistung als Voraussetzung sind aber auf Grund der Quellen nicht eindeutig belegbar. Die behandelten Stellen begründen viel mehr den gegnerischen Standpunkt. Die Quellen machen nämlich keinen Unterschied zwischen den *fideiussores,* die sich gemeinsam verbürgt haben, und zwischen denen, die unabhängig von einander die Bürgschaft übernommen haben.[47]

Auch die Frage ist nicht einfacher zu beantworten, welche Voraussetzungen erfüllt werden mussten, um das andere Rechtsmittel, das *beneficium cedendarum actionum* – mit dem der Bürge sowohl von dem Hauptschuldner, als auch von seinem Mitbürgen Regress verlangen konnte – erhalten zu können. Dieses Problem wird im Folgenden erörtert.

2.2 *Beneficium cedendarum actionum*

Im Gegensatz zu den *sponsores* und *fidepromissores* – für die auch die *lex Apuleia* galt – hatten die *fideiussores* keine eigene Klage, mit der sie gegen ihre Mitbürgen ihr Regressrecht erwirken konnten, nachdem sie die ganze Schuld beglichen hatten.[48] Der leistende *fideiussor* hatte keine eigene Klage, so hatte er auch kein eigenes – von einem Innenverhältnis unabhängige – Regressrecht gegenüber seinen Mitbürgen. Wenn die Mitbürgen keinen Auftragsvertag[49] miteinander geschlossen haben – was nur relativ selten vorkam –, hatte der leistende *fideiussor* keinen Regressanspruch gegen seinen Mitbürgen, da er sich gegen sie weder auf *negotium gestio,* noch auf ungerechtfertigte Bereicherung berufen konnte, und zugleich auch eine Rechtsgrundlage des selbständigen Regressrechts fehlte.[50]

---

[41] MOISY: *Steht das beneficium divisionis…,* S. 26; GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis…,* S. 278; LEVY: *Sponsio…,* S. 145.

[42] HASENBALG: *Die Bürgschaft…,* S. 785; WENGER: *SZ. 28.,* S. 494; Dagegen: LEVY: *Sponsio…,* S. 154-155.

[43] Das konnte auf Grund der obigen Stellen, besonders auf Grund der D.46,1,48,1 nachgewiesen werden.

[44] GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis…,* S. 280-281; HASENBALG: *Die Bürgschaft…,* S. 784-785; Levy vertritt aber einen anderen Standpunkt, als die Ausführungen oben. (LEVY: *Sponsio…,* S. 146-155.)

[45] D.46,1,10 pr.

[46] D.46,1,10,1

[47] SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.,* S. 2479.

[48] Gai.3,122; Iust.Inst.3,20,4; D.46,1,39; C.8,40(41),11pr.; MEIER: *Erlass..,* S. 45; MEIER, Sonja: *Gesamtschulden, Entsehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive,* Tübingen, 2010, S. 263; SCHMIEDER: *Duo rei,* S. 259; EMUNDS: *Solvendo…,* S. 70; GIRTANNER: *Die Bürgschaft…,* S. 95; DIECKMANN: *Der Derivativregreß…,* S. 43; ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition,* Oxford, 1990, 1996, S. 131-132.

[49] In diesem Fall war der Auftragsvertrag nur dann gültig, wenn die Mitbürgen ihn ausdrücklich geschlossen haben, eine stillschweigende Genehmigung reichte nicht aus. (GIRTANNER: *Die Bürgschaft…,* S. 95.)

[50] DIECKMANN: *Der Derivativregreß…,* S. 43; GIRTANNER: *Die Bürgschaft…,* S. 95.

Wenn also der *fideiussor* aus irgendeinem Grund das *beneficium divisionis* nicht in Anspruch nehmen konnte, und es auch kein Innenverhältnis (z.B. *mandatum*) mit seinem Mitbürgen gab, hatte er nur eine Möglichkeit, um von seinen Mitbürgen bezüglich der seinen Anteil überschreitenden Summe Regress zu verlangen. Diese Möglichkeit war, die Klagen des zufriedengestellten Gläubigers sowohl gegen den Hauptschuldner, als auch gegen die Mitbürgen zu erhalten. Durch die zedierten Klagen konnte der leistende Bürge sogar von dem sog. Derivativregress Gebrauch machen. Dies war besonders dann nützlich für den Bürgen, wenn der Hauptschuldner zahlungsunfähig war, und deshalb der leistende Bürge nur hoffen konnte, dass die Mitbürgen nachträglich einen Teil der von ihm bezahlten Summe ersetzen.[51]

Die Klagenzession konnte einerseits so erfolgen, dass der Bürge bereit war zu bezahlen, und der Gläubiger – auf Grund eines Übereinkommens zwischen ihm und dem Bürgen – seine Klagen gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen, eventuell auch mit weiteren Sicherheiten auf den Bürgen zedierte. Andererseits zwang der *praetor* den Gläubiger, wenn er den Bürgen einklagte, im Prozess seine Klagen auf den Bürgen zu zedieren. In dem letzteren Fall handelt es sich um das sog. *beneficium cedendarum actionum.*

Es ist unbestritten, dass der Gläubiger – mit der Hilfe einer, von den Juristen ausgearbeiteten Konstruktion der sog. Klagenkauffiktion – neben seinen Klagen gegen den Hauptschuldner auch die Klagen gegen die Mitbürgen freiwillig auf den leistenden Bürgen zedieren konnte. Das konnte wegen der Klagenkonsumptionswirkung der Leistung nur mit der Hilfe einer Fiktion erreicht werden, in deren Sinne der zahlende Bürge nicht seine eigene Bürgschaftsobligation erfüllte, sondern indem er vielmehr die Klagen des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner und den Mitbürgen kaufte, und er dafür den Kaufpreis bezahlte.[52]

Die Frage aber, ob selbst der Prätor den Gläubiger im Prozess gegen den Bürgen zur Abtretung seiner Klagen gegen die Mitbürgen zwingen konnte, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, ist schon viel umstrittener.[53]

Die Antwort auf diese Fragen ist mittels der einschlägigen Stellen zu finden:

„Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit. nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo, quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit. quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur. unde quaeritur, an post legem Furiam adhuc legis Apuleiae beneficium supersit; et utique extra Italiam superest. nam lex quidem Furia tantum in Italia valet, Apuleia vero etiam in ceteris provinciis. sed an etiam in Italia beneficium legis Apuleiae supersit, valde quaeritur. ad fideiussores autem lex Apuleia non pertinet. itaque sicreditor ab uno totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, scilicet si is pro quo fideiussit, soluendo non sit. sed ut ex supra dictis apparet, is a quo creditor totum petit, poterit ex epistula divi Hadriani desiderare, ut pro parte in se detur actio." (Gai.3,122)

Gaius beschreibt das Verhältnis der Mitbürgen. Er behandelt zuerst die Frage, ob die *lex Apuleia* auch nach dem Inkrafttreten der *lex Furia* für die *sponsores* und *fidepromissores* anwendbar war. Nach seiner Meinung ist die *lex Apuleia* nur dann anwendbar gewesen, wenn die *lex Furia* unanwendbar war, weil zum Beispiel die *sponsio* nicht in Italien geschah. Anschließend stellt er fest, dass für die *fideiussores* weder die *lex Furia,* noch die *lex Apuleia* gegolten habe, und letztere nachwievor Gesamtschuldner gewesen seien, sie hätten aber das *beneficium* aus der *epistula divi Hadriani* erhalten können, nach dem der belangte Bürge die Teilung der Forderung unter den Mitbürgen vom Gläubiger hätte verlangen können. Wenn aber der *fideiussor* dieses *beneficium* nicht in Anspruch nahm, sei es zu seinem Schaden geworden, wenn der Hauptschuldner zahlungsunfähig geworden ist, da er es sich selbst habe zuschreiben müssen, dass er das *beneficium divisionis* nicht in Anspruch genommen hat.

Ähnlich lautet auch der diesbezügliche Text der *Institutiones* von *Iustinian:*

„Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. itaque liberum est creditori, a quo velit solidum petere. sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis qui modo solvendo sint litis contestatae tempore partes petere. ideoque si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. sed et si ab uno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is pro quo fideiussit solvendo non sit : et sibi imputare debet, cum potuerit adiuvari ex epistula divi Hadriani, et desiderare ut pro parte in se detur actio." (Inst.3,20,4)

---

[51] DIECKMANN: *Der Derivativregreß…,* S. 43-44; MEIER: *Erlass..,* S. 46.

[52] GIRTANNER: *Die Bürgschaft…,* S. 95-97.

[53] Die Mehrzahl der Pandektisten haben die Möglichkeit des *beneficium cedendarum actionum* auch hinsichtlich der Klagen gegen die Mitbürgen anerkannt: GIRTANNER: *Die Bürgschaft…,* S. 95-98; HASENBALG: *Die Bürgschaft…,* S. 428-443; WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd.,* S. 132-133, 294.§, 389; 481.§ Punkt 3.; MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich: *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte,* 3. Aufl., Stuttgart, 1836, S. 412-413; PUCHTA, Georg Friedrich: *Lehrbuch der Pandekten,* Leipzig, 1838, S. 405, 365. §; Weitere, teilweise ältere Literatur siehe bei: MEIER: *Erlass…,* S. 48.o.; Allein Savigny war der Meinung, dass der Gläubiger nicht habe gezwungen werden können, seine Klagen gegen die Mitbürgen abzutreten. (VON SAVIGNY, Friedrich Carl: *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, 1. Band,* Berlin, 1851, S. 273-286.); In der neueren Literatur anerkennt Levy nur begrenzt die Möglichkeit der Anwendung des *beneficium cedendarum actionum*. Er spricht nämlich darüber, dass der *praetor* dieses *beneficium* nur dann ermöglicht habe, wenn das *beneficium divisionis* nicht möglich war. So schließt er es bei den *confideiussores,* also bei den sich *uno actu* verbürgenden *fideiussores* aus, und er meint auch, dass es auch bei den übrigen Bürgen nur von der Entscheidung des *praetor* abhängig gewesen sei, ob sie das *beneficium* erhalten haben, oder nicht. Einen garantierten Anspruch darauf hätten sie aber nicht gehabt. (LEVY: *Sponsio…,* S. 164-206.); Auch Wesener ist mit Levys Meinung einverstanden. (WESENER: *LABEO 11.,* S. 348-349.); Andere anerkennen zwar, dass die Anwendung des *beneficium cedendarum actionum* nur dann nötig gewesen sei, wenn das *beneficium divisionis* unanwendbar war, sie machen aber keinen Unterschied zwischen den *fideiussores,* die die Bürgschaft gemeinsam übernahmen, und zwischen denen, die sich unabhängig von einander verbürgten. (SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.,* S. 2479; EMUNDS: *Solvendo…,*S. 69-72; SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 259-261; DIECKMANN: *Der Derivativregreß…,* S. 43-44; MEIER: *Gesamtschulden…,* S. 263-264; MEIER: *Erlass…,* S. 46; WENGER: *SZ. 28.,* S. 494-495.)

Iustinian erwähnt nur noch die *fideiussio,* da *die sponsio* und die *fidepromissio* in seiner Zeit nicht mehr angewendet wurden. Er erörtert auch, dass die *fideiussores* Gesamtschuldner seien, und der Gläubiger frei entscheiden könne, von wem er die ganze Summe verlangen möchte. Die *epistula divi Hadriani* ermögliche aber dem Bürgen, den Gläubiger zur Teilung der Forderung zwischen den Mitbürgen, die während der *litis contestatio* noch zahlungsfähig sind, zu zwingen. Anschließend – die Zeilen von Gaius beinahe wörtlich zitierend – schreibt auch er, dass es der Schaden des Bürgen sei, wenn der Hauptschuldner zahlungsunfähig ist, da der Bürge sich selbst zuzuschreiben habe, wenn er das *beneficium divisionis* nicht in Anspruch genommen hat.

Sowohl Savigny, als auch Levy vertreten den Standpunkt, dass die zwei zitierten Quellen eindeutig bestätigten, dass der *fideiussor* das *beneficium cedendarum actionum* gegenüber seinen Mitbürgen nicht in Anspruch nehmen kann. Savigny versucht dessen Ursache auch von den Quellen zu entnehmen, nämlich dass den *fideiussores* ein anderes *beneficium*, das *beneficium divisionis* zur Verfügung stehe.[54] Levy versucht ein präziseres Bild zu verschaffen. Nach seiner Meinung sei nämlich aus den Stellen eindeutig die Unvereinbarkeit der zwei *beneficia* zu entnehmen: Wenn jemand den viel wirkungsvolleren *beneficium divisionis* nicht in Anspruch nehmen möchte, könne er das andere *beneficium* nicht erhalten. Levy vertritt wieter den Standpunkt, dass das *beneficium divisionis* nur den *confideiussores,* also den sich *uno actu* verbürgenden Bürgen zustehe. Diese könnten aber das *beneficium cedendarum actionum* nur dann erhalten, wenn für sie die Inanspruchnahme des *beneficium divisionis* aus irgendeinem Grund ausgeschlossen ist. Wenn aber die *fideiussores* sich getrennt verbürgten, stehe ihnen das *beneficium divisionis* nicht zur Verfügung, es könne ihnen also nur so geholfen werden, dass unter bestimmten Umständen der *praetor* den Gläubiger zwingen könne, seine Klagen gegenüber dem Hauptschuldner und gegenüber den Mitbürgen dem leistenden Bürgen abzutreten.[55]

Hasenbalg vertritt demgegenüber den plausiblen Standpunkt, dass die zwei Fragmente nicht das *beneficium cedendarum actionum* in den Mittelpunkt setzten, und wenn man die Inst.3,20,4 interpretiert, dürfe es nicht außer Acht gelassen werden, dass Iustinian die sich auf den *fideiussor* beziehenden Zeilen von Gaius fast wortwörtlich übernahm. Gaius habe aber grundsätzlich die Frage beantworten wollen, ob die *lex Apuleia* auf die *fideiussores* anwendbar war. Nachdem er ihre Geltung für die *sponsores* und *fidepromissores* festgestellt hatte (wenn die Bürgschaftsleistung außerhalb von Italien passierte), behauptete er, dass sie auf die *fideiussores* nicht anwendbar gewesen sei. So habe Gaius wahrscheinlich nur betonen wollen, dass der *fideiussor,* wenn er das *beneficium divisionis* nicht beanspruchte, und gegebenen falls mehr bezahlte, als sein Anteil war – im Gegensatz zu den *sponsores* und den *fidepromissores* – die Regressklage aus der *lex Apuleia* gegen seine Mitbürgen nicht in Anspruch nehmen konnte, sondern das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners selber tragen musste. Also das Ziel von Gaius sei nur die Gegenüberstellung der drei Stipulationsbürgschaftsarten hinsichtlich der eigenständigen Regressklage aus der *lex Apuleia* gewesen, und er habe nur von dem Mangel dieser Klage im Falle der *fideiussio* berichtet. Deswegen sei es unwahrscheinlich, dass er bezweckt hätte, die Regressmöglichkeit des *fideiussor* durch die Klagenzession auszuschließen. Zwar kommen bei Iustinian weder die zwei anderen Stipulationsbürgschaftsformen, noch die *lex Apuleia* vor, aber da er die Zeilen wörtlich von Gaius übernahm, wollte er höchstwahrscheinlich auch nicht die Anwendbarkeit des *beneficium cedendarum actionum* ausschließen, sondern er hate genau so, wie Gaius auch nur den eigenständigen Regressanspruch des leistenden *fideiussor* geleugnet.[56]

Ähnlicherweise handelt es sich in dem folgenden Fragment um den Mangel einer eigenständigen Regressklage:

> *„Modestinus 2 reg.*
>
> *Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est. ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis cum alter electus a creditore totum exsolvit nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore nec a confideiussore convenietur."* (D.46,1,39)

Modestin hat das Gutachten erteilt, dass dem *fideiussor* keine Klage zu erteilen sei, um die *confideiussores* zu verklagen. So wenn zwei *fideiussores* sich für dieselbe Summe verbürgt haben, und einer von den beiden, den der Gläubiger ausgewählt hat, die gesamte Summe bezahlte, könne der andere, wenn die Klagen nicht zediert wurden, weder vom Gläubiger, noch von dem *confideiussor* verklagt werden.

Nach Savignys Interpretation werde in diesem Fragment ausgesprochen, dass der *fideiussor* gegen seinen Mitbürgen kein Regressrecht habe. Savigny leugnet aber nicht, dass der Gläubiger das Recht hatte, seine Klage gegen den Mitbürgen auf den leistenden Bürgen zu zedieren. Das sei aber Savignys Meinung nach allein von der Willkür des Gläubigers abhängig gewesen, der Bürge habe darauf keinen rechtlichen Anspruch gehabt.[57] Auch Levy schreibt, dass im ersten Teil der Stelle die Tatsache bestätigt sei, dass der *fideiussor* die Abtretung der Klage gegen den Mitbürgen nicht habe verlangen können. Die andere Hälfte des Fragments hält er für interpoliert.[58]

---

[54] SAVIGNY: *Das Obligationenrecht…,* S. 274-275.

[55] LEVY: *Sponsio…,* S. 168-176; Wenger ist mit Levy darin einverstanden, dass die zwei *beneficia* miteinander unvereinbar gewesen seien, er weist aber richtigerweise darauf hin, dass die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der zwei *beneficia* – nach den, von Levy bestimmten Gesichtspunkten – nicht passend sei. Das *beneficium divisionis* habe nämlich nicht nur den sich *uno actu* verbürgenden *fideiussores* zugestanden, sondern jedem *fideiussor,* dessen Mitbürgen während der *litis contestatio* zahlungsfähig waren. Wenn also der *fideiussor* das *beneficium divisionis* beanspruchen konnte, dies aber versäumte, wäre es sein Schaden gewesen, und dann habe er die Abtretung der Klagen nicht verlangen können. Wenn aber das *beneficium divisionis* deswegen außer Acht gelassen wurde, weil sein Mitbürge zahlungsunfähig war, habe er das *beneficium cedendarum actionum* erhalten können. (WENGER: *SZ. 28.,* S. 494-495.)

[56] HASENBALG: *Die Bürgschaft…,* S. 434-437; SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 260-261; Schmieders Meinung nach dürfe auch die Tatsache nicht außer Acht gelassen werden, dass das Verhältnis der *lex Furia* und der *lex Apuleia* in einem Lehrbuch für Jurastudenten am Anfang ihres Studiums behandelt wurde, so könne mit Recht vorausgesetzt werden, dass Gaius den sowieso nicht einfachen Lehrstoff mit dem Problem des Regressrechts der *fideiussores* – was hinsichtlich der *leges* nur eine untergeordnete Rolle spielte – nicht noch schwerer machen wollte. (SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 260-261.)

[57] SAVIGNY: *Das Obligationenrecht…,* S. 275.

[58] LEVY: *Sponsio…,* S. 179-184.

Modestin sagt aber nur soviel, dass der *fideiussor* kein eigenes Recht auf eine Klage gegen seine Mitbürgen hatte. So konnte er keinen Regress nehmen, wenn der Gläubiger seine Klagen nicht auf ihn zedierte.[59] Dies bedeutet aber nicht notwendigerweise, dass die Abtretung nicht hätte erzwungen werden können. Die Zession konnte zum Beispiel auch deswegen unterbleiben, weil der Bürge im Prozess versäumt hat, den *praetor* bezüglich der Abtretung um Hilfe zu bitten. Es ist aber eindeutig, dass dem Gläubiger nichts verbietet, seine Klagen gegen die Mitbürgen auf den leistenden Bürgen zu zedieren. Zwar handelt es sich im Fragment nicht darum, dass diese Abtretung erzwingbar wäre, es gibt aber auch nichts, wodurch diese Erzwingung ausgeschlossen wäre.[60]

Auch die nächste Stelle ist in ähnlicher Weise zu interpretieren:

"Imperator Alexander Severus

Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit.

Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. quod et in privatis debitis observandum est." (C.8,40(41),11)

Im Reskript von Alexander Severus (229 n. Chr.) steht, dass der *fideiussor* keine Klage gegen den anderen, sich mit ihm zusammen verbürgenden *fideiussor* habe, wenn er die ganze Summe bezahlte. Wenn er aber dem *fiscus* zahlt, könne er verlangen, dass das Pfandrecht, das dem *fiscus* zusteht, auf ihn übertragen wird, und wenn es nötig ist, könne er die abgetretenen Klagen betätigen. Dasselbe sei auch bei den Privatschulden anzunehmen.

Savigny betrachtet auch diese Stelle als Beweis dafür, dass eine Regressklage gegen den Mitbürgen auf jeden Fall abgelehnt worden sei. Seiner Meinung nach ermögliche das Reskript nur die Abtretung der Klage gegen den Hauptschuldner und die Zession des Pfandrechts.[61]

Levy geht aber davon aus, dass in der Stelle die *„una"* akzentuiert sei. Es ginge also darum, dass der Kaiser die Abtretung der Klage an den leistenden Bürgen nur dann verweigert, wenn es um *confideiussores* geht, also um solche Bürgen, die sich gemeinsam und gleichzeitig verbürgt haben. Aus der Stelle sei – nach Levy – aber *a contrario* darauf zu schließen, dass die Abtretung der Klage gegen den anderen Bürgen nur dann ermöglicht werden könne, wenn die Bürgen die Bürgschaft nicht gleichzeitig geleistet haben.[62]

Als Gegenargument kann aber erwähnt werden, dass der Unterschied zwischen den sich *„uno actu"* und „nicht *uno actu"* verbürgenden *fideiussores* – dessen Existenz Levy zu beweisen versuchte –auf Grund der Quellen nicht überzeugend zu belegen ist. Die Quellen zeugen viel mehr davon, dass der Ausdruck *confideiussores* nur sehr selten als *terminus technicus* angewendet wurde, und die gemeinsame Bürgschaftsleistung der *fideiussores* keine beweisbare Voraussetzung der Erteilung des *beneficium divisionis* war – was Levys Meinung nach das *beneficium cedendarum actionum* ausgeschlossen habe.[63]

Sowohl Hasenbalg als auch Girtanner meinen, dass der Kaiser auch in dieser Stelle nur die Existenz einer eigenen Regressklage verneine, er wolle aber nicht die Möglichkeit der Abtretung ausschließen. Sie meinen sogar, dass es im zweiten Teil des Reskriptstextes um die Zession des von den Mitbürgen geleisteten Pfandes gehe. Sie halten es nämlich für unwahrscheinlich, dass der Kaiser – der sich am Anfang des Reskripts mit dem Regressrecht gegenüber den Mitbürgen beschäftigte – ganz ohne Übergang plötzlich anfangen würde, sich im zweiten Teil des Reskripts mit dem Verhältnis zwischen den Bürgen und den Hauptschuldner zu beschäftigen.[64]

So geht es im Reskript aller Wahrscheinlichkeit nach nur darum, dass die *fideiussores* keine eigenen Klagen gegen ihre Mitbürgen hatten.[65]

Das nächste Fragment beweist, dass der leistende Bürge durch nichts daran gehindert wurde, die Klagen des Gläubigers gegen die Mitbürgen durch Abtretung zu erhalten.

"Paulus 14 ad Plaut.

Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actions." (D.46,1,36)

In der Paulusstelle geht es darum, dass ein Gläubiger neben dem Hauptschuldner auch mehrere *fideiussores* hatte. Einer von den Bürgen bezahlte die ganze Summe, dann trat der Gläubiger dem Bürgen seine Klagen gegen den Hauptschuldner und die Mitbürgen ab. Die Klagen seien nicht konsumiert worden, weil es in diesem Fall so betrachtet sei, dass der Gläubiger das Geld nicht an Zahlungsstatt, sondern gewissermaßen als Kaufpreis für seine Klagen erhalten habe. So habe der Gläubiger seine Klagen deswegen auch nach der Leistung des Bürgen immer noch aufrecht erhalten, weil er sie dem Bürgen abzutreten habe.

Da Paulus von der Abtretung der *actiones* im Plural schreibt, und ausdrücklich darauf hinweist, dass mehrere *fideiussores* die Hauptobligation gesichert haben, ist es eindeutig, dass nicht nur die Klagen gegen den Hauptschuldner, sondern auch die Klagen gegen die Mitbürgen abgetreten werden konnten.[66]

---

[59] HASENBALG: *Die Bürgschaft…,* S. 432; Emunds und Schmieder sind der Meinung, dass es in der Stelle um eine freiwillige Abtretung geht. (EMUNDS: *Solvendo…,* S. 69; SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 259.); Girtanner meint auch, dass Modestin nur die Möglichkeit einer selbständigen Regressklage, z.B. einer a*ctio negotiorum gestorum contraria* gegenüber den Mitbürgen ausschließt. (GIRTANNER: *Die Bürgschaft…,* S. 538-539.)

[60] SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 259-260.

[61] SAVIGNY: *Das Obligationenrecht…,* S. 276-277.

[62] LEVY: *Sponsio…,* S. 175-177; Ähnlich auch Wesener. (WESENER: *LABEO 11.,* S. 348.)

[63] Zur Verifizierung dieser Feststellung siehe im Kapitel über das *beneficium divisionis.*

[64] HASENBALG: *Die Bürgschaft…,* S. 432-434; GIRTANNER: *Die Bürgschaft…,* S. 538-539.

[65] SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 259.

[66] Savigny ist aber der Meinung, dass es nicht unbedingt um die Abtretung der Klagen gegen die Mitbürgen gehe, sondern Paulus auch an die *actio* gegen den Hauptschuldner und an die *actio hypothecaria* habe denken können, als er von *actiones* sprach. (SAVIGNY: *Das Obligationenrecht…,* S. 277.) Aber im Fragment spricht nichts dagegen, dass der Gläubiger auch seine Klagen gegen die Mitbürgen dem Bürgen abtreten konnte. (HASENBALG: *Die Bürgschaft…,* S. 431-432.)

In diesem Fragment geht es aber nur um die rechtliche Möglichkeit der Zession, unabhängig davon, ob es freiwillig,[67] oder unfreiwillig passierte.[68]

Im Gegensatz zu den früheren Stellen, in denen es nur um die Möglichkeit der Abtretung der Klagen gegen die Mitbürgen ging, bezeugen die folgenden Fragmente schon die Tatsache, dass der Gläubiger gegebenen falls auch vom Prätor gezwungen werden konnte, seine Klagen dem leistenden Bürgen abzutreten.

„Iulianus 89 Dig.

Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina." (D.46,1,17)

Iulian berichtet davon, dass den *fideiussores* gewöhnlich so geholfen wurde, indem der Gläubiger gezwungen wurde, seine Klagen gegen die Anderen dem Bürgen abzutreten, wenn der Bürge bereit war, die ganze Summe zu bezahlen.

Aus dem Ausdruck *„succurri solet"* kann darauf geschlossen werden, dass der Abtretungszwang zwar von der Entscheidung des Prätors abhängig war, aber dieser Zwang von dem Prätor so oft angewendet wurde, dass es zur Gewohnheit wurde.[69]

Es ist bekannt, dass sowohl die Leistung des Bürgen, als auch die *litis contestatio* im Prozess gegen den Bürgen auch die Klagen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner konsumierten.

---

[67] Levys Meinung nach handele es in dieser Stelle nur von einer freiwilligen Zession. (LEVY: *Sponsio…,* S. 199.); Während Levy noch in seinem Buch *„Sponsio, fidepromissio, fideiussio"* den größten Teil des Fragments für interpoliert hielt, (Siehe: LEVY: *Sponsio…,* S. 199-205), in seinem jüngeren Buch *„Die Klagenkonkurrenz…"* anerkannte er, dass der größte Teil der Stelle klassisch ist. (Siehe: LEVY, Ernst: *Die Klagenkonkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, 1. Bd.,* Berlin, 1918, S. 229.); Medicus hält das Fragment grundsätzlich auch für klassisch, aber er schließt nicht aus, dass die Ende *(et ideo…")* interpoliert ist. (MEDICUS Dieter: Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregress, In: *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag,* München, 1976, S. 391-406, hier S. 393.); Im Gegensatz zu Levy und Medicus, bezweifelt Emunds nicht, dass die ganze Stelle original ist. (EMUNDS: *Solvendo…,* S. 71.)

[68] SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 260.

[69] SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 259-260; HASENBALG: *Die Bürgschaft…,* S. 430-431; SOKOLOWSKI: *SZ. 11.,* S. 298; LEVY: *Sponsio…,* S. 185-186; Savigny versucht den Widerspruch zwischen dem Fragment und seinem Theorie mit der Annahme aufzuheben, dass Iulian nur von der, auf der richterlichen Billigkeit ruhenden Hilfe schreibe, nicht von einem bestimmten Recht des Bürgen. (SAVIGNY: *Das Obligationenrecht…,* S. 277.o.); Obwohl Levy selbst feststellt, dass es im Fragment stehe, dass es zur Gewohnheit geworden sei, den Gläubiger dazu zu zwingen, seine Klagen dem leistenden Bürgen zu „verkaufen", hält er das Ergebnis mit den Schlussfolgerungen, die er aus anderen Quellen gezogen hat, für unvereinbar. So kommt er schließlich auf dem Standpunkt, dass die Stelle interpoliert sei, und es ursprünglich sich dabei von *sponsores* und nicht *fideiussores* gehandelt habe. Er begründet diese Annahme hauptsächlich damit, dass Iulian ganz ohne weiteres von den Verkauf der Klagen *(„vendere")* spreche, und er darauf nicht hinweise, dass es hier nur um einen fingierten Kauf der Klagen gehen könne, obwohl der Verkauf der Klagen des Gläubigers an den leistenden *fideiussor* immer nur fingiert sein könne. Eine Erklärung dafür versucht er mit der Annahme zu finden, dass eigentlich der *sponsor,* der auf Grund der *lex Furia* nur noch einen Teil der Forderung zu bezahlen hat, bezahle auch den, auf seinen Mitbürgen fallenden Anteil, so – da er dazu nicht hätte gezwungen sein können – handele es sich von einem tatsächlichen Kauf der Klage gegen den anderen Mitbürgen, und nicht bloß von einem fingierten Kauf.
(LEVY: *Sponsio…,* S. 185-195.); Auch Wesener hält die Interpretation von Levy für wahrscheinlich. (WESENER: *LABEO 11.,* S. 349.); Die Gegenargumente von Medicus gegen Levys Standpunkt sind aber überzeugend: Nach seinem Argument wäre es gar nicht nötig, dem Bürgen bei der Kauf der Klage des Gläubigers gegen die anderen Mitbürgen zu helfen, wenn es in der Stelle tatsächlich um *sponsores* ginge. Denn die *sponsores* hätten im Sinne der *lex Furia ipso iure* nur je eine Kopfquote bezahlen müssen. In diesem Fall wäre also der *sponsor* nicht verpflichtet, mehr, als seinen Anteil dem Gläubiger zu bezahlen. Wenn er aber freiwillig um die Klagen gegen seinen Mitbürgen mehr bezahlen möchte, reiche es aus, einfach mit dem Gläubiger zu vereinbaren, dass der *sponsor* die ganze Summe nur dann bezahlt, wenn der Gläubiger dafür ihm die Klagen verkauft. So brauche er die Hilfe des Prätors gar nicht, um die Klagen erhalten zu können. Weiterhin wenn es wirklich um den tatsächlichen Kauf der Klagen ginge, müsste der Gläubiger nicht zum Kauf gezwungen werden. Im Fragment weise dagegen der Ausdruck *„compellatur"* ausdrücklich darauf hin, dass der Gläubiger zu diesem „Kauf" gewöhnlicher weise gezwungen wurde. Schließlich dient als weiteres Gegenargument die Anwendbarkeit der *lex Apuleia* für die *sponsores.* Wenn dem *sponsor,* der mehr als seinen Anteil bezahlt hat im Sinne der *lex Apuleia* eine eigene Regressklage gegen die Mitbürgen zusteht, warum bräuchte er auch noch die Klagen des Gläubigers? Levy versucht es damit zu erklären, dass in Italien, wo die *lex Furia* galt, die *lex Apuleia* nicht in Kraft geblieben sei. Das kann man aber auf Grund der Gai.3,122 nicht mit Sicherheit annehmen. Nach der Meinung von Medicus könne auf Grund der oben Gesagten viel mehr festgestellt werden, dass der Bürge für die ganze Summe aufzukommen habe, so er auf die Hilfe des Prätors angewiesen sei, der den Gläubiger zur Abtretung der Klagen gegen die übrigen Mitbürgen zwingen könne. Dies habe schon in Iulians Zeit mit der Hilfe einer Kauffiktion verwirklicht werden können. So gehe es in der Stelle nach der Meinung von Medicus auf jeden Fall um solche Mitbürgen, die Gesamtschuldner seien. Es könne also sich sowohl von *fideiussores* noch vor der *epistula divi Hadriani* handeln, als auch von solchen *sponsores,* für die die *lex Furia* nicht gilt, da sie sich außerhalb von Italien verbürgten. (MEDICUS: Der fingierte Klagenkauf…, S. 395-396.); Meier vertritt den Standpunkt, dass der Ausdruck *„paratus est"* nicht darauf hinweist, dass der Bürge freiwillig gezahlt hat, denn er entweder als *sponsor,* unter Obhut der *lex Furia* nur einen Teil der Forderung hätte bezahlen müssen, oder er hätte als *fideiussor* das *beneficium divisionis* in Anspruch nehmen können. (MEIER: Erlass…, S. 46.); Schmieder findet die Annahme von Medicus und Meier, dass es im Fragment um einen *fideiussor* gehen könnte, der noch vor der *epistula divi Hadriani* sich verbürgt hat, insoweit richtig, dass der Bürge die Hilfe der Prätor für die Erzwingung der Zession tatsächlich vor der Entstehung des *beneficium divisionis* gebraucht habe. Schmieder meint aber richtigerweise so, dass der Zessionregress auch nach der *epistula* weiterhin möglich geblieben sei. So habe es zwei Rechtsmittel (das *beneficium divisionis* und das *beneficium cedendarum actionum*) gegeben, wodurch den *fideiussores* geholfen werden konnte, obwohl das Verhältnis von den zwei Rechtsmitteln nicht ganz klar sei. (SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 261); Es scheint aber so, dass auch nach der Erlassung der *epistula Hadriani* die Anwendbarkeit des *beneficium cedendarum actionum* gegen die Mitbürgen begründet ist, wenn der Bürge auf Druck des Gläubigers vom *beneficium divisionis* schon im Voraus verzichten musste (SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.,* S. 2500.), oder er aus irgendeinem anderen Grund dieses *beneficium* nicht in Anspruch nehmen konnte. Das war dem Gläubiger günstiger, weil er die Bürgen nicht einzeln verklagen musste. Seine Situation wurde dadurch auch nicht schlechter, wenn er dem Bürgen, der die ganze Summe bezahlt hatte die Klagen abtrat, die für ihn schon sowieso unbrauchbar wurden, aber für den *fideiussor* noch von großem Nutzen sein konnten. Sie waren besonders dann von größerer Bedeutung, wenn der Hauptschuldner zahlungsunfähig geworden ist, weil in diesem Fall der Zessionregress die einzige Möglichkeit für den *fideiussor* geblieben ist, seinen Verlust dadurch zu vermindern, dass er von seinen Mitbürgen die Rückerstattung der auf sie fallenden Anteile verlangen konnte. (DIECKMANN: *Der Derivativregreß…,* S. 43-44; WENGER: *SZ. 28.,* S. 494-495.); Schmieder – im Gegensatz zu Medicus – schließt richtigerweise die Möglichkeit aus, dass es sich im Fragment von solchen *sponsores* ginge, die sich außerhalb von Italien verbürgten, da in diesem Fall die *lex Apuleia* für sie gelte, und die Erzwingung der Klagenzession nicht mehr nötig wäre, da sie eine eigene Regressklage gegen die Mitbürgen hätten. Schmieder macht aber auch darauf aufmerksam, dass Levys systematische Argument doch noch gültig bleibe, nach dessen Iulian die *fideiussio* im 53. Buch der *Palingenesia* vollständig erörterte, im 89. Buch (D.46,1,17) gehe es aber um die *lex Furia* und die *lex Apuleia*, die für die *sponsores* galten. (LEVY: *Sponsio…,* S. 188-189; SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 261.)

Um die Klagenkonsumptionswirkung der Leistung zu vermeiden, haben die Juristen die sog. Kauffiktion entwickelt, in deren Sinne der Bürge nicht seine eigene Pflicht aus der Bürgschaftsobligation erfüllt, wenn er dem Gläubiger zahlt, sondern er einen Kaufpreis für die Klagen des Gläubigers bezahlt. Diese Fiktion wurde nicht nur dann angewendet, wenn der Bürge nach einer Vereinbarung freiwillig leistete, und dafür der Gläubiger die Klagen freiwillig abtrat, sondern sie wurde auch bei dem *beneficium cedendarum actionum* angewendet. Der Unterschied bestand nur darin, dass im letzteren Fall der Gläubiger gezwungen wurde, seine Klagen abzutreten, bzw. zu „verkaufen". Er konnte den Prozess gegen den Bürgen nur dann gewinnen, wenn er bereit war, seine Klagen gegen den Hauptschuldner und die Mitbürgen abzutreten. Auch in der eben erörterten Stelle wird die Existenz dieses prätorischen Zwanges bestätigt.[70]

Auch im nächsten Fragment geht es darum, dass der Bürge nur dann verpflichtet ist, die Obligation zu erfüllen, wenn der Gläubiger seine Klagen gegen die Mitbürgen auf ihn zediert.

> *"Papinianus 12 quaest.*
>
> *Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur. (…)"* (D.46,6,12)

Papinian berichtet davon, dass ein Vormund mehrere *fideiussores* als Sicherung für die Forderungen des Mündels bestellte. Nach Papinians Meinung sei die Forderung nicht zu teilen, sondern könne der Gläubiger einen von den Bürgen auf die Ganze verklagen, aber nur dann, wenn er seine Klagen gegen die übrigen Mitbürgen dem beklagten Bürgen abtrete.

Diese Stelle zeugt davon, dass der Prätor *in iure* mit der Bedrohung der Klagenverweigerung den Gläubiger zur Klagenabtretung zwingen konnte. Darauf weist der Ausdruck *„ita ut"* („nur dann, wenn") im Fragment hin.[71]

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass der *fideiussor,* wenn er freiwillig die ganze Summe der Forderung bezahlt hat, mit dem Gläubiger vereinbaren konnte, dass letztere neben seiner Klage gegen den Hauptschuldner auch die Klagen gegen die Mitbürgen auf ihn zedieren soll. Das dogmatische Hindernis dieser Zession konnte mit der Kauffiktion überwunden werden.

Die Quellen zeugen auch davon, dass in bestimmten Fällen der Prätor selbst den Gläubiger gezwungen hat, seine Klagen dem Bürgen abzutreten.[72] Auch bei diesem prätorischen Zwang hat die Kauffiktion es ermöglicht, die Klagenkonsumptionswirkung der Leistung des Bürgen hinsichtlich des Hauptschuldners und der Mitbürgen zu überwinden.[73] Obgleich die Erzwingung dieser Zession grundsätzlich von dem Ermessen des Prätors abhing,[74] scheint es aber trotzdem so, dass den Bürgen in dieser Weise oft geholfen wurde. Es ist auch logisch, dass der Bürge nur in dem Falle das *beneficium cedendarum actionum* (hinsichtlich der Klagen gegen die Mitbürgen) vom Prätor verlangen konnte, wenn er aus irgendeinem Grund das *beneficium divisionis* nicht in Anspruch nehmen konnte. So kam es zum Beispiel oft vor, dass der Gläubiger nur dann dem Hauptschuldner Geld geliehen hat, wenn die Mitbürgen bereit waren, sich auf das *beneficium divisionis* zu verzichten.[75] Es konnte weiterhin auch vorkommen, dass der Bürge aus irgendeinem Grund versäumt hat, im Prozess das *beneficium divisionis* zu verlangen, zum Beispiel weil er nicht davon wusste, dass es außer ihm noch anderen Bürgen gab, die die Forderung sicherten,[76] oder weil die Mitbürgen in dem gegebenen Zeitpunkt nicht zahlungsfähig, oder erreichbar waren. Aber auf Grund der Quellen kann weder bezeugt werden, dass das *beneficium divisionis* nur den sich *„uno actu",* also den gemeinsam und gleichzeitig verbürgenden *fideiussores* zugestanden hätte, noch das, dass deswegen die Anwendung des *beneficium cedendarum actionum* für sie von vorherein ausgeschlossen gewesen wäre.[77]

3. Mandatum qualificatum

Genau, wie beim *fideiussio,* kam es auch bei der Bürgschaft in der Form vom *mandatum qualificatum* oft vor, dass mehrere Personen als Kreditauftraggeber den Gläubiger beauftragten, dem Hauptschuldner Geld zu leihen. So ergibt sich die Frage, wie bei der sog. Mandatsbürgschaft das Verhältnis von mehreren Auftraggebern (als Mitbürgen) aussah, ob der Gläubiger die Forderung auch unter ihnen teilen musste, und ob auch sie verlangen konnten, dass der Gläubiger im Prozess zur Klagenabtretung gezwungen sein sollte?

3.1 Beneficium divisionis

Was das *beneficium divisionis* betrifft, gibt es zwei Stellen, die beweisen, dass ähnlich, wie die *fideiussores,* auch die Kreditauftraggeber dieses *beneficium* in Anspruch nehmen konnten.[78]

---

70 EMUNDS: *Solvendo…,* S. 71.

71 SCHULZ, Fritz: Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht, in: *SZ 27.,* 1906, S. 82-150, S. 146; Levy verdächtigt teilweise auch diese Stelle mit Interpolation, er meint aber, dass die Stelle seinen Standpunkt unterstütze, nach dem die Erzwingung der Abtretung der Klagen gegen die Mitbürgen nur dann möglich sei, wenn das *beneficium divisionis* nicht anwendbar sei. (LEVY: *Sponsio…,* S. 173-175; WESENER: *LABEO 11.,* S. 349-350.); Levys Meinung nach könne das Fragment einen Beweis dafür liefern, dass Papinian den Startschuß der Entwicklung in Richtung eines allgemeinen *beneficium cedendarum actionum* ausgelöst habe. (LEVY: *Sponsio…,* S. 173.); Schmieder vertritt aber den Standpunkt, dass es nicht außer Acht gelassen werden dürfe, dass ein Bürge, der sich für einen Vormund verbürgt hat, rechtlich anders als die üblichen Bürgen behandelt worden sei. (SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 261.); Auch Liebs weist darauf hin, dass für die von Vormunden gestellten Bürgen andere Regeln gegolten hätten. (LIEBS, Detlef: *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe,* Göttingen, 1972, S. 187.

72 SCHMIEDER: *Duo rei…,* S. 261.

73 EMUNDS: *Solvendo…,* S. 69-71.

74 LEVY: *Sponsio…,* S. 165; WENGER: *SZ. 28.,* S. 495.

75 SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.,* S. 2500; KREMER, Heinrich: *Die Mitbürgschaft, Mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld,* Strassburg, 1902, S. 161.

76 DIECKMANN: *Der Derivativregreß…,* S. 43-44.

77 WENGER: *SZ. 28.,* S. 494-495.

78 LEVY: *Sposio…,* S. 209; STEINER: *Die römischen…,* S. 257-258; Kaser hält aber das Fragment für interpoliert, und ist der Meinung, dass mehrere Kreditauftraggeber die Teilung der Klage auf Grund der *epistula divi Hadriani* nicht hätten verlangen können. (KASER: *Das römische Privatrecht, I.Bd.,* S. 666.)

"Papinianus 3 resp.

Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur: nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?" (D.27,7,7)

Im Fragment vergleicht Papinian die Situation von mehreren Kreditauftraggebern mit einem Spezialfall, in dem es um *fideiussores* geht, die sich für denselben Vormund verbürgten. Die *fideiussores,* die für die Forderung des Mündels die Bürgschaft übernommen hatten, baten das mittlerweile mündig gewordene Mündel darum, dass es zuerst den Vormund verklagen sollte. Dafür haben sie in einer Stipulation versprochen, dass sie dem Mündel die Summe bezahlen werden, die es von dem Vormund nicht erhalten konnte. Papinian behandelt es als eine allgemein anerkannte Tatsache, dass die Klage, mit der die Summe, die das Mündel von dem Vormund nicht erhalten konnte, eingetrieben werden konnte, unter den zahlungsfähigen *fideiussores* geteilt werden musste, da sie so betrachtet werden, als wenn sie sich dazu verpflichtet hätten, wie im Allgemeinen die *fideiussores.* Nachher stellt Papinian fest, dass die Klagenteilung auch in dem Falle gerecht sei, wenn das Gelddarlehen auf Auftrag von mehreren Kreditauftraggebern gewährt wurde. Wenn nämlich Mehrere für einen anderen Zahlen, könne die Teilung der Klage nicht von der Art der Klage abhängen.

Für unser Thema ist der zweite Teil des Textes wichtig, aus dem sich eindeutig herausstellt, dass das *beneficium divisionis* auch für die Kreditauftraggeber zur Verfügung stand. Diese Tatsache wurde sogar bei Papinian Grundlage einer Analogie.[79]

Dieselbe wird auch im oben zitierten C.4,18,3[80] bestätigt, in dem Iustinian die Anwendbarkeit des *beneficium divisionis* neben der *fideiussores* und *mandatores* auch auf jene Verpflichteten aus dem *constitutum debiti alieni* ausgedehnt hat, die die Verpflichtung für einen Anderen zusammen übernahmen. Also in dieser Verordnung behandelt Iustinian es schon als Tatsache, dass das *beneficium divisionis* außer den *fideiussores* auch die Kreditauftraggeber in Anspruch nehmen konnten.

Schließlich finden wir auch in der nächsten Stelle weitere interessante Informationen.

"Paulus 4 resp.

Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato: post condemnationem autem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere." (D.17,1,59,3)

Paulus bestätigt die Tatsache, dass ein Gesamtschuldverhältnis zwischen den Kreditauftraggebern bestehe, wenn es mehrere *mandatores pecuniae credendae* gibt, und so der Gläubiger ohne Weiteres die ganze Summe von jedwelchem Auftraggeber verlangen könne. Er habe weiterhin auch die Möglichkeit, beide Auftraggeber gemeinsam in einem Prozess zu verklagen. In diesem Fall aber, wenn beide verurteilt werden, könnten oder müssten beide mit der a*ctio iudicati* notwendigerweise für die Hälfte der im Urteil festgestellten Summe verklagt werden. Also in diesem Fall wurde die *epistula Hadriani* durch die Teilung der a*ctio iudicati* angewendet.[81]

3.2 Beneficium cedendarum actionum

Eine ähnliche Parallele kann auch hinsichtlich der Anwendung des *beneficium cedendarum actionum* beobachtet werden. Das wird auch durch folgende Stelle bestätigt:

"Modestinus 13 resp.

Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum iudicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur." (D.46,1,41,1)

Im Sinne des Fragments kann, wenn einer von den Auftraggebern zur Bezahlung der ganzen Summe verurteilt wurde, und er nachher mit der *actio iudicati* verklagt wird, diese es verlangen, dass der Gläubiger seine Klagen gegen den, mit dem verurteilten Auftraggeber im selben Auftrag beteiligten Bürgen, dem Verurteilten abtreten soll.

Da das Fragment in den Digesten unter dem Titel *„De fideiussoribus et mandatoribus"* zu finden ist, ist es eindeutig, dass es an der Stelle um den Kreditauftrag geht. Einerseits stellt sich aus dem Fragment mittelbar heraus, dass mehrere Auftraggeber, falls sie dieselbe Hauptobligation sichern, als Gesamtschuldner haften.[82] Man kann weiterhin auch

[79] STEINER: *Die römische…,* S. 257-258.
[80] STEINER: *Die römische…,* S. 257.
[81] STEINER: *Die römische…,* S. 260-261.
[82] Levy nimmt an, dass für dieses Gesamtschuldverhältnis, welches dann entstand, wenn die Auftraggeber den Auftrag gemeinsam erteilt haben – was in diesem Fall in einem weiten Sinn auszulegen sei, und es ausreiche, wenn die Auftraggeber von einander wissend mit einer gemeinsamen Wille vorgingen – die Correalität charakteristisch sei: Also die *litis contestatio* des gegen einen von ihnen eingeleiteten Prozesses gleichzeitig auch die Klagen gegen den anderen konsumiere. Wenn sie aber den Auftrag getrennt erteilt haben (also unabhängig von einander, bzw. nicht wissend von einander), sei für ihr Verhältnis Levys Meinung nach die Solidarität charakteristisch, also der Prozess gegen einen von ihnen, konsumiere die Klage gegen den anderen nicht. Levy vertritt sogar den Standpunkt, dass im letzteren Fall durch die Leistung des einen Auftraggebers die Klagen gegen den anderen Auftraggeber nicht *ipso iure* konsumiert würden, sondern nur *per exceptionem.* (LEVY: *Sponsio…,* S. 212-219.)
Levys wichtigste Argument lautet, dass es nichts abzutreten gäbe, wenn die Klage *ipso iure* konsumiert wäre, ist sich auf die Kauffiktion berufend leicht zu entkräften, da diese Fiktion gerade den Zweck hatte, mit ihrer Hilfe im Interesse der Abtretbarkeit der Klage, von der Konsumptionswirkung der Leistung absehen zu können. Nach dem Gutachten von Papinian würden, falls mehrere den Auftrag zum Darlehen einem bestimmten, und demselben Dritten gegeben haben, und einer von ihnen verklagt wird, dadurch die anderen nicht von der Obligation befreit, nicht einmal dann, wenn der Beklagte freigesprochen wird. Falls aber die gegebene Summe bezahlt wird, würden alle frei: *„Papinianus 11 resp. Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta. "* (D.46,1,52,3) Steiners Meinung nach sei es bei diesem Fragment anzunehmen, dass die Klage, um die es geht, früher durch die Anwendung des *beneficium divisionis* geteilt worden sei. (STEINER: *Die römischen…,* S. 258.) Darauf gibt es aber im Text keinen Hinweis.

erfahren, dass im Prozess einer von den Kreditauftraggebern zur Zahlung der ganzen Summe verurteilt wurde, er demnach aus irgendeinem Grund das *beneficium divisionis* nicht in Anspruch nehmen konnte.[83] Er kann aber das *beneficium cedendarum actionum* vom Prätor *in iure* bei der *actio iudicati* erhalten.[84] Es ist aus der Stelle nicht zu entnehmen, warum der Kreditauftraggeber die Anwendung sowohl des *beneficium divisionis,* als auch des *beneficium cedendarum actionum* während des *iudicium mandati* versäumt hat. Etwas wird aber durch das Fragment mit Sicherheit bestätigt: Auch wenn der Kreditauftraggeber es im Prozess versäumt hat, die Abtretung der Klagen zu verlangen, konnte er es ohne Weiteres während des mit der a*ctio iudicati* eingeleiteten Vollstreckungsverfahrens nachholen.[85]

Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Situation der *sponsores* und der *fidepromissores* in dem Fall viel günstiger war, wenn mehrere die Bürgschaft für die Schuld von demselben Hauptschuldner leisteten, als die Situation der *fideiussores.* Es gab nämlich solche Gesetze (die *lex Furia* und die *lex Apuleia*), die sowohl für die *sponsores* als auch für die *fidepromissores* galten, für die *fideiussores* aber nicht. Die in Italien geltende *lex Furia* verteilte die Schuld *ipso iure* unter den Bürgen, und aus der außerhalb von Italien geltenden *lex Apuleia* entstand eine eigenständige Regressklage gegen die Mitbürgen.

Bei der *fideiussio* steht der Schutz des Interesses des Gläubigers im Vordergrund. Mehrere *fideiussores* hafteten für die Hauptobligation als Gesamtschuldner. Der Gläubiger war nur in dem Falle verpflichtet, seine Forderung unter ihnen aufzuteilen, wenn der belangte Bürge es garantieren konnte, dass die anderen auch anwesend und zahlungsfähig sind. Wenn der *fideiussor* aus irgendeinem Grund das *beneficium divisionis* nicht in Anspruch nehmen konnte, hatte er keine eigenständige Klage, womit er Ersatz für die auf den anderen Mitbürgen entfallenden Anteile hätte verlangen können. Er hatte in diesem Fall nur eine Möglichkeit, Regress zu nehmen: Wenn er in irgendeiner Weise erreichen konnte, dass der Gläubiger seine Klagen gegen seinen Mitbürgen auf ihn zedierte. Entweder konnte er es mit der Gläubiger abmachen (wenn er bereit war, die ganze Schuld freiwillig zu begleichen), oder – wenn es zum Prozess kam (und er das *beneficium divisionis* nicht in Anspruch nehmen konnte) – konnte er den Prätor um Hilfe bitten, der den Gläubiger zwingen konnte, seine Klagen abzutreten. Die Möglichkeit dieses *beneficium cedendarum actionum* hing nämlich von der Entscheidung des Prätors ab, es wurde aber aus Billigkeitsgründen trotzdem oft angewendet. Später wurden beide *beneficia* sowohl beim *mandatum qualificatum,* als auch beim *constitutum debiti alieni* anwendbar.

[83] Levys Meinung nach ist es deshalb so, weil die Kreditauftraggeber unabhängig von einander das Mandat erteilt haben, so die Anwendung des *beneficium divisionis* in ihrem Fall von Anfang an ausgeschlossen gewesen sei. Er nimmt aber auch selbst an, dass es nicht mit absoluter Sicherheit festgestellt werden könne, denn im Text gebe es dafür keinen eindeutigen Anhaltspunkt. (LEVY: *Sponsio…,* S. 212-219.)

[84] Levy betrachtet es als Beweis dafür, dass im Fragment es ausschließlich um den Auftrag von einander unabhängigen Kreditmandatoren gehen könne, sonnst wäre schon wegen der Correalität durch die *litis contestatio* im Grundprozess auch die Klage gegen den anderen Mandant konsumiert, so gäbe es im Vollstreckungsverfahren nichts mehr abzutreten. (LEVY: *Sponsio…,* S. 215-217.) Diese Feststellung wird aber indirekt gerade von Levy in seinem jüngeren Werk widergelegt, als er feststellt, dass in solchen Gesamtschuldverhältnissen, die auf *„eadem res"* gerichtet waren (z.B. der Fall der *contutores*) die Abtretung der Klagen in der *in iure* Phase der *actio iudicati* erzwungen worden sei. Dabei habe der Prätor wahrscheinlich von der Klagenkonsumptionswirkung der *litis contestatio* im Grundprozess mit der Anwendung einer *in integrum restitutio* abgesehen, oder genauer gesagt, mit diesem Rechtsmittel habe er die konsumierte Klage wieder hergestellt, damit habe sie abgetreten werden können. (LEVY: *Die Konkurrenz…,* S. 224-234.)

[85] LEVY: *Sponsio…,* S. 220.

Frustration and Unexpected Circumstances in the Irish and English Law in the XXth and XXIst Century - the Survival of Principle *„Clausula Rebus Sic Stantibus"*[*]

Lukács Nikolett[**]

Abstract

The doctrine of clausula rebus sic stantibus was used the problem of unexpected changes by the contracts. The doctrine is revived the appearing of the frustration in the english and irish law in the XXth and XXIst century too. The study presents the legislation and the precendents too. The publication analyzes the reasons to which referred the identifying the frustration, for example war, inflation, illness, death and any other unexpected circumstances.

Key words: *frustration; clausula rebus sic stantibus; European Private Law; Irish Law; contracts; English Law; 1943 Law Reform Act; Roman Law; precedents.*

Introduction

The doctrine of *clausula rebus sic stantibus* is one of the most interesting principles is the European civil law. The principle used the problem of unexpected changes by the contracts. Irish contract law is based on the Common law tradition. After 1922 Australia, New Zeland and Canada have also been followed by Irish Courts.[1] But the Irish law not legislated the *frustration* (which is the new form of the clausula), the problem was resolved by with the 1943 Law Reform Act, which was current in England too. Next to the legislation the precendents formed the legislation for the frustration. The publication analyzes the reasons to which referred the identifying the frustration, for example war, inflation, illness, death and any other unexpected circumstances.

In my study I present the survival of the principal "*clausula rebus sic stantibus*" and the "*frustration*" in Ireland and in England in the XXth and XXIst century. I show some interesting and important cases in common law, which defined the application circle of the frustration. The study contains the important laws for the frustration in England and Ireland too.

1. Clausula Rebus Sic Stantibus and Frustration

The principle "clausula rebus sic stantibus" is one of the most ancient principles in European private law. The doctrine can be found by the romans too, for example Cicero.[2] Tribonianus took it in the part of the Corpus Iuris Civilis (528-534 a.d.), not for general clause, but it can used, when the circumstances changed.[3] Then Seneca, Thomas Aquinas and the late Scholastics mentiones the clausula too.[4] Hugo Grotius. In the XIXth century the principle revived by famous german jurists.[5]

In England the roman law wasn't received, but already in the XIXth century emerged the claim to the application of the clausula. The first famous case was the *Taylor vs. Caldwell* in 1863, which in the theory was that the frustration (the new presence form of the clausula) was the real intention of the parties because the ending of the contract. Then this theory became a fiction during the twentieth century in England.

In the early XXth century we can meet frustration (clausula rebus sic stantibus) cases in Ireland and England too, unlike Hungary. By us the principle appeared in the tenth and twenties years, after the First World War, about the war and the

[*] The work/publication is supported by the TÁMOP-4.2.2/B-10/1-2010-0024 project. The project is co-financed by the European Union and the European Social Fund.

[**] Nikolett Lukács, Department of the History of Law, Faculty of Law, University of Debrecen, Hungary.

[1] HONDIUS, Ewoud, *Unexpected circumstances in European Contract Law,* The Common Core of European Private Law, Cambridge University Press, 2011. p. 164.

[2] Cicero mentiones the parties obligationes fot each other in *De officiis* 1, 23 and 1, 31.

[3] KÖBLER, Ralf, *Die „clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1991, p. 24.

[4] SCHERMAIER, Martin Josef, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, In: ZIMMERMANN, Reinhard- WHITTAKER, Simon, *Good Faith in European Contract Law*, Cambrigdeg Studies in International and Comparative Law, The Common Core of European Private Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 90.

[5] We can meet with the clausula rebus sic stantibus doctrine by Bernard Windscheid (*Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850) and Paul Oertmann *(Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff,* Leipzig, 1921) too.

inflation. The doctrine of clausula rebus sic stantibus can be apply befalling war, storm, revolution or rampant inflation.[6] The criterions are serious like Hungary. The most important is that the basis of the contract will be destroy. In Hungary the name of frustration was „economical frustration" in the XXth century, today is „contractmodification by jury". By us the doctrine is the part of the old and new Civil Code too (1959th IV. Law and 2013th V. Law), but in the common law there are only precedents, like Hungary in the XXth century.

In Ireland *the Sale of Goods Act* in 1893 was the fund of the irish sale law. We can come across with the problem through interesting and important cases and laws in one part of this study.

2. Problem of Frustration and Solutions in the English Law

In England we can meet some events in the beginning of the century, because the industrical revolution. It can be declare, that the problem of frustration was emerged by not only war, inflation, but illness, death, delay, imprisonment too. In this part of my study I show only the most important cases and law regulation to typify the frustration in english private law.

In the case of *Nicholl and Knight v Ashton, Eldridge & Co* in 1901 the problem was that the parties agreed a cargo of cotton seed was to be shipped by from Egypt to England a ship named „Orlando". The contract specified the ship. In a storm the ship became damaged and was in for repairs when the contract was due to be performed. By naming the exact ship which was to carry the cargo, the contract was frustrated as it was impossible for this ship to carry the cargo within the contractually agreed period.[7]

In another case later, *Krell v Henry* (2 KB 74), in 1903, the problem was that the defendant agreed to hire from the plaintiff a flat in Pall Mall for 75£, for June 26 and 27, on which days it had been announced that King Edward VII's coronation celebrations processions would take place and pass along Pall Mall. The contract contained no express reference to the coronation processions, or to any other purpose for which the flat was taken. A deposit of 25£, was paid when the contract was entered into. As the processions did not take place on the days originally fixed, the defendant declined to pay the balance of the agreed rentThe serious illness of the King, there had been a total failure of consideration for the contract entered into by him.[8] The contract was frustrated as cancellation of the procession deprived it of its commercial purpose. The claimant's action for breach of contract was unsuccessful. The real question was in this case, that how can the Common Law adopt a Roman Law principle? On many English decisions can we see this application.[9]

The same year the Herne Bay Steam Boat v Hutton ([1903] 2 KB 683) case was another coronation instance. In contrast the *Krell v Henry,* in this instance which involved the same frustrating event, this contract not frustrated because the jury determined, that the coronation wasn't the basis of this contract.[10] This case was cited in another great case many years after. In 1942, the *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v Imperial Smelting Corp Ltd ([1942] AC 1541)* case a ship travelled from Australia to Europe with a cargo of ores. Because an auxiliary boiler the contract frustrated.[11] In the years of the second world war were lots of frustration cases *too.* The solution of the problem made the *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943* which will analyze in the part of irish law.

In the seventies, eighties and nineties emerged some incapacity or death cases by labor- contracts, for example in *Condor v The Baron Knights*,[12] and in the *Notcutt v Universal Equipment Co*[13] cases. In this the employee had a heart attack at the age of 63, and was unlikely ever to work again. The Court of Appeal uttered, that the contract was frustrated so Mr Notcutt was not allowed to pursue sick pay under the Employment Protection (Consolidation) Act 1978.

In the seventies years came up another new „dimensions" of the frustration. I've mention the importance of informal understandings in the english law. Cumulation of frustration cases the lawyers will be rely the informal unerdastandings beetween the parties.[14] In the case *Evans & Son (Portsmouth) Ltd. v. Andrea Merzario Ltd.* ([1976] 2 All ER 930, Court of Appeal) the defendants shipped goods from Italy to England. Andrea gave

---

6 MULCAHY, Linda- TILLOTSON, John P., *Contract Law in Perspective 4/e,* Fourth Edition, CAVENDISH Publishing, Great Britain, 2004, pp. 128-129.

7 http://www.e-lawresources.co.uk/Nicholl-and-Knight-v-Ashton%2C-Eldridge--and--Co.php(download: 2012.11.10.).

8 http://www.lawandsea.net/List_of_Cases/K/Krell_v_Henry_1903_2_KB740.html (download: 2012.11.10.).

9 SWAN, John – REITER, Barry J., *Contracts: Cases, Notes and Materials*, 4th edition, Edmond Montgomery Publications, Toronto, Canada, 1991, p. 570.

10 MULCAHY, Linda- TILLOTSON, John P., *Contract Law in Perspective 4/e,* Fourth Edition, CAVENDISH Publishing, Great Britain, 2004, pp. 130-131.

11 The appellants, contend that, once the frustrating event is proved, the onus is on the respondents to establish such default on the part of the appellants as would deprive the latter of their right to rely upon it: "*The* doctrine *of discharge from liability by frustration has been explained in various ways - sometimes by speaking of the disappearance of a foundation which the parties assumed to be at the basis of their contract, sometimes as deduced from a rule arising from impossibility of performance, and sometimes as flowing from the inference of an implied term. Whichever way it is put, the legal consequence is the same. The most satisfactory basis, I think, on which the doctrine can be put is that it depends on an implied term in the contract of the parties. … It has the advantage of bringing out the distinction that there can be no discharge by supervening impossibility if the express terms of the contract bind the parties to performance notwithstanding that the supervening event may occur. Discharge by supervening impossibility is not a common law rule of general application, like discharge by supervening illegality; whether the contract is terminated or not depends on its terms and the surrounding circumstances in each case. Moreover, it seems to me that the explanation of supervening impossibility is at once too broad and too narrow. Some kinds of impossibility may in some circumstances not discharge the contract at all. On the other hand, impossibility is too stiff a test in other cases - for example, if the coronation cases, such as* Krell v Henry*, are to be regarded as rightly decided on their facts, the explanation of such contracts coming to an end is not to be classed as due to impossibility, for the seats let remained available and the actions in those cases were brought for the payment or return of* money*. Every case in this branch of the law can be stated as turning on the question whether from the express terms of the particular contract a further term should be implied which, when its conditions are fulfilled, puts an end to the contract."* In: http://www.lawandsea.net/List_of_Cases/J/Joseph_Constantine_v_Imperial_Smelting_1942_AC154.html (download: 2013.01.10.).

12 [1966] 1 WLR 87.

13 [1986] 3 All E.R. 582, [1986] 1 W.L.R. 641, [1986] I.C.R. 414, [1986] I.R.L.R. 641, noted (1986) N.L.J. 393.

14 COLLINS, Hugh, *The Law of Contract,* Fourth Edition, Lexis Nexis Butterworths, UK- USA, 2003, 225.

Evans an oral assurance that the containers would be so shipped. A container containing Evans' goods was wrongly shipped on deck. During the voyage the container was lost overboard.[15] In this case the informal understanding became a collateral contract and could interpreted into the contract.

In 1979 England agreed the *Sale of Goods Act 1979*. In the section 7 the Act provides:

„Where there is an agreement to sell specific goods and subsequently the goods, without any fault on the part of the seller or buyer, perish before the risk passes to the buyer, the agreement is avoided."[16]

Good instance for the delay is the *Pioneer Shipping Ltd v BTP Tioxide Ltd (The Nema)([1982] AC 724)* case. The question was that an unexpected delay or event could cause frustration. Lord Roskill pronounced: *„Whether or not the delay is such as to bring about frustration must be a question to be determined by an informed judgment based upon all the evidence of what has occurred and what is likely thereafter to occur. Often it will be a question of degree whether effect of delay suffered, and likely to be suffered, will be such as to bring about frustration of the particular adventure in question."*[17]

Nowadays the most frequents are the illness or incapacity causes, for example in the *R. v. Derby City Council (2003 EWHC 2008)* case.[18]

3. Role of the Frustration in the Irish Law - Cases and Laws

In 1893 *the Sale of Goods Act* was the fund of the irish sale law. According to the act the buyer must accepting short delivery what he gets.[19] In 1922 Ireland became an *Irish Free State (Saorstát Éireann*) with *the Consequential Provisions Act* from 1922 to 1937. This period the Irish Law has not legislated the frustration.

But in the years of the Second World War the inflation became a serious problem. Lot of contracts turned into frustrated and the government had to make some solution. The Law Reform (Frustrated Contracts) Act in 1943 defined the rights and liabilities of parties to frustrated contracts. According to the Law Reform: *„if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred."*[20] The law was a good beginning, but didn't answer fully the problem.

In the fifties and sixties the rules of the frustration were serious too. In the *Condor v Baron Knights ([1966] 1 WLR 87)* case a 16 year old agreed by contract to play the drums for the defendant band for 7 nights per week for 5 years. The claimant suffered a mental breakdown and was told by his doctor that he shouldn't perform more than 4 nights per week. The band dismissed him, and he brought a claim for wrongful dismissal. The jury determined, that the claimant's action was unsuccessful as his medical condition made it impossible for him to perform his contractual obligations and the contract was thus frustrated.[21]

It can be declare, that the jury didn't identified the frustration, when the contract was more difficult or expensive to perform, the simple impossibility of performance was the fault of either of the parties, where there was a *force majeure* clause, or where the frustrating event could be foreseen.[22] In *Davis Contractors v Fareham Urban DC [1956] UKHL 3 (19 April 1956)* the jury didn't see the possibility of frustration because the contract becomes more difficult or expensive to perform.[23]

In *1975 Law Reform Commission Act*[24] changed the irish law system basicly. This reform followed in 2002, 2003 two anothers, and some *Statue Law Revision Acts* in 2005, 2007 and 2009. With this legislation the irish legal system became codificated, consolidated and revisioned.[25] The irish law still didn't contain the doctrinal answer to the inflation and the frustration and that's resulted many questions in lots of cases.

In the nineties the Neville & Sons Ltd v Guardian Builders Ltd [1990] the Irish Supreme Court held that the mere fact that a contract was more onerous to perform than was originally contemplated did not mean it was frustrated.[26] According to the facts on 21 March 1987 the plaintiff and the defendant entered into a written agreement the essence of which was that Guardian gave Neville a licence to enter on a plot of land, owned by Guardian, known as 'The Gables' situate in Stillorgan, Co. Dublin, for the purpose of building houses on it. The agreement was subject to planning permission being obtained for the erection of 44 houses on the plot and it contained the normal provision that on Guardian executing assignments of houses to purchasers Neville would pay specified site fines. On the signing of the licence agreement Neville paid a deposit of £87,550. Then there were delays in buying the adjoining land, and after waiting the plaintiff argued, that the contract was frustrated.[27] The Supreme Court stated that frustration be

[15] http://www.legalmax.info/members2/conbook/acknowle.htm#evans_so.htm (download: 2013.02.21.).
[16] YOUNGS, Raymond, *English, French and German Comparative Law,* Cavendish Publishing Limited, London- Sydney, 1998, p. 427.
[17] CHITTY, Joseph, *Chitty on Contracts, Volume 1, General Principles,* Sweet and Maxwell, London, 2004, 1654. (Afterwards: CHITTY, *cit.*)
[18] CHITTY, *cit.* 1657.
[19] TETTENBORN, A. M., *Law of Restitution In England & Ireland 3/e,* Cavendish Publishing Limited, London, 2002, p. 149.
[20] *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 19431943 CHAPTER 40 6 and 7 Geo 6, 1(2).* In: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40 (2012. 10.01.).
[21] http://www.e-lawresources.co.uk/Condor-v-Baron-Knights.php (download: 2013.03.18.).
[22] http://www.e-lawresources.co.uk/Frustrated-contracts.php (download: 2013.03.18.).
[23] http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html (download: 2013.03.18.).
[24] Full text can be reach: http://www.irishstatutebook.ie/1975/en/act/pub/0003/print.html#sec2 (download: 2013. 02 24.).
[25] OECD- *Better Regulation in Europe, Ireland, 2010*, OECD Publishing, 2010, p. 121.
[26] CLARK, Robert- KELLY, Cliona, *Hard Core Cases on Unexpected Circumstanses Irish Report,* p. 5. In: http://www.google.hu/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unexpected-circumstances.org%2FIrishreport.doc&ei=UUpIUeLGHs3KsgbzrYCgCQ&usg=AFQjCNEvIdI0Ql669nb2-MJmr6hVqStyrA&sig2=fKYcrv5v2Y2aoOYO6XmpYg&bvm=bv.43828540,d.ZWU (download: 2013.03.15.).
[27] WHITE, Fidelma, *Commerical and Economic Law in Ireland,* Law& Business, Wolters Kluwer, UK-USA- The Netherlands, 2011, p. 167.

realized, when any party are fault and the contract cannot continue anymore.[28] Because the contract became more heavy, not impossible, it wasn't furstrated.

The argument refers a case in 1981. In *National Carriers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd* (*[1981] AC 675)* event was determined: *"Frustration of a contract takes places when there supervenes an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient provision) which so significantly changes the nature (not merely the expense or onerousness) of the outstanding contractual rights and / or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances; in such case the law declares both parties to be discharged from further performance."*

In *The Williams v. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd. (1990)* the parties Roffey and Williams made a contract On 21 January 1986, whereby Williams confessed provide carpentry work to 27 flats for a total price of £20,000. By 9 April 1986 Williams had completed the work to the roof. By the end of March 1986 Williams was in financial difficulty because the agreed price of £20,000 was too low. Roffey was anxiety, that Williams would not complete his work on time, but Williams and his men continued work on the flats until the end of May 1986. By that date Roffey, after their promise on 9 April 1986, had made only one further payment of £1,500. At the end of May Williams ceased work on the flats. Roffey therefore hired other carpenters to complete the work, but in the result incurred one week's time penalty in their contract with the building owners. Williams sued for the extra money that had been promised to him.[29] In the case the plaintiff underrated his service the original contract, and also failed to overlooke his workmen correctly.[30]

In the XXIst century was made the third great law reform in Ireland. *The Law Reform Comission Consultation Paper on General Law of Landlord and Tennant (LRC CP 28 – 2003)* first published in december 2003. The background was established on 20 October 1975, pursuant to section 3 of the Law Reform Commission Act 1975. The Commission's Second Programme for Law Reform, prepared in consultation with the Attorney General, was approved by the Government and copies were laid before both Houses of the Oireachtas in December 2000. The Commission also works on matters which are referred to it on occasion by the Attorney General under the terms of the 1975 Act. To date, the Commission has published 69 Reports containing proposals for reform of the law; 11 Working Papers; 27 Consultation Papers; a number of specialised Papers for limited circulation; An Examination of the Law of Bail; and 24 Annual Reports in accordance with section 6 of the 1975 Act. A full list of its publications is contained in the Appendix to this Consultation Paper. Membership The Law Reform Commission consists of a President, one full-time Commissioner and three part-time Commissioners.[31]

In the Law Reform we meet with some important statement: *„For a long time there was considerable doubt as to how far, if at all, the doctrine of frustration of contract could apply to a lease or tenancy of land (as opposed to a contract for such a lease or tenancy). In England those doubts were resolved, in favour of application in appropriate circumstances, by the House of Lords in National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd. The reasoning in that case was accepted by the Supreme Court in Neville & Sons Ltd v Guardian Builders Ltd. Given the founding of the relationship of landlord and tenant on the agreement of the parties by section 3 of Deasy's Act this is hardly surprising. In view of this there does not seem to be any need for statutory interference. It is, however, worth drawing attention again to the provisions of section 40 of Deasy's Actwhich were discussed earlier. The Commission would reiterate the changes proposed."*[32]

4. Conclusion - The Future of the English and Irish Frustration

In my study I show only the most important cases and law regulation to typify the frustration in english and irish private law. The publication begins in the roman law precepts for the clausula rebus sic stantibus, which is the „prototipe" of the frustration and followes the history of the doctrine until the XIXth century. The second part contains the important english cases and acts (*1943 Law Reform Act, Sale of Goods Act 1979)*. The third part analyzes the irish law in the XXth and XXIst century from the Irish Free State (1922) to nowadays. In Ireland were great law reforms too (*1975 Law Reform Commission Acts in 1975, 2002, 2003 and Statue Law Revision Acts in 2005, 2007 and 2009*), which are demonstrated in the study.

In the history of the english and irish frustration law the parties referred on illness, death, storm, war and other unexpected circumstances too. It can be declare, that the english and irish juries were allwasy very serious in this question, so didn't identified the frustration, when the contract was more difficult or expensive to perform, the simple impossibility of performance was the fault of either of the parties, where there was a *force majeure* clause, or where the frustrating event could be foreseen. In the progress of time emerged new and new reasons and that will be continue in the future. Knowing so far events the new legislation is conceivable in short time.

---

[28] *„Frustration of a contract takes place when there supervenes an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient provision) which so significantly changes the nature (not merely the expense or onerousness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances; in such case the law declares both parties to be discharged from further performance".*

[29] http://www.legalmax.info/members2/conlec/welcome2.htm#08williamsvroffey.htm (download: 2013. 03.20.).

[30] KOFFMANN, Laurence- MACDONALD, Elizabeth, *The Law of Contract*, Sixth edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 75.

[31] http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/cpLandT.pdf (download: 2013. 03.10.).

[32] *The Law Reform Comission Consultation Paper on General Law of Landlord and Tennant (LRC CP 28 – 2003)* D.12.12 and 13. part, 155. In: http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/cpLandT.pdf (download: 2013.03.22.).

Historical Context of Mentally Disordered Offenders in Hungary

*Zsuzsa Gyöngyvér Kovács**

Abstract

In my article I dealt with the criminal consequence against mentally disordered offenders. The view of these group of criminals was changed during the centuries. Before the 18th century mentally disordered offenders were accomodated in prison like other offenders. Acts of the 19th century and first part of the 20th century contained only a few articles in connection with this topic. These rules emphasized only protection of the society, in spite of the fact that jourists stressed the significance of a criminal sanction against these offenders. From the middle of the 20th century legislation turded the attantion to mentally disordered. In addition to protection of the society, treatment of the offender also appeared.

Key words: *mentally disordered offender; mental institution; safety detention; dimissed capacity.*

1. Introduction

In my article I deal with the criminal consequence against mentally disordered offenders. Althrough there were the old roots of the regulation, the first act had been accepted in the nineteenth century. Developement of the regulation is inseparable from the developement of psychiatry. In spite of the scientifical results, the hungarian legislation didn't take these results into consideration

2. The origins of regulation

According to this topic the first hungarian source of law is the Decretum of Gratiani in 1151[1]. Tripartitum also regulated mental disordered people, but these rules concern only civil law onconsequence. According to Tripartitum insane boys were not delibered from father's power. Parents could order a fair contract to their child, and they could dispose of their property. After the death of the parents the other brothers had to take care the insane child[2].

Before the 18th century mentally disordered offenders were accomodated in prison like other offenders. In 1763 an act prescribed the treatment of mentally disordered offenders in a mental institution[3]. Althrough these institutions have a role of control rather than care, this is a significant development[4]. Decision about referral to the hospital did not get to the judge, but this stayed in administrative way[5].

3. Results in the nineteenth century

The Criminal Proposion 1843 put down that mental disorder is a ground for the preclusion of punishability[6].

The Public Health Act 1876 was the first one, which prescribed about accomodation of dangerous mentally disordered offenders. Every insane who means danger to public order must be placed in a mental institution[7].

An other article dealt with the procedure of accomodation. I must emphasise that these articles provide European quality. Patients were entered to an experimental period. The final accomodation might be after observation.[8].

Similar to the Proposion, the Codex Csemegi did not contain provisions in more detail to the accomodation of an offender after the judge has acquited him/her. It can be mentioned Criminal Procedure Act 1896 disposed of accomodation if the existence of mental disorder arose during the criminal procedure[9].

Noticably, legistlation did not take into account mentally disordered offenders, in spite of the fact that jourists instigate this.

* Dr. Zsuzsa Gyöngyvér Kovács, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Debrecen, Hungary.

1 Dósa Ágnes: Az elmebetegek gyógykezelésének jogi kérdései, Magyar Jog, 32. (1985) 6., 327. p.

2 Tripartitum, first part, 1-2. §

3 Dósa Ágnes: Az elmebetegek gyógykezelésének jogi kérdései, Magyar Jog, 1985/6., 327. p.

4 Lafferton Emese: A magyar pszichiátria történetének vázlata európai kontextusban 1850-1908, Recepció és kreativitás – Nyitott magyar kultúra, zeus.phil-inst.hu (2009. 10. 06)

5 Nagy Ferenc: Intézkedések a büntetőjog szankciórendszerében, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Bp, 1986.,12. p.

6 Fayer László: az 1843-iki büntetőjogi javaslatok anyaggyűjteménye, MTA, Bp., 1986, 73. p.

7 Act 14 of 1876. 71. §

8 Act 14 of 1876. 73-76. §

9 Act 33 of 1896. 246. §

This group of offenders was interpretated inside the cathegory of dangerous offender, and jurists suggested imposition of unspecified measure against them[10]. Safety measures which were introduced in the first decades of the 20th century – like workhouse - could not apply against mentally disordered people.

Following this, in these cases the neutralization was the main task, treatment of the offender was not mentioned.

The contemporary literature – for instance Pál Angyal and Ferenc Finkey – suggested the establishment of a special institution which has a double task: care and punishment[11].

It occured often that mentally disorderedoffenders did not get accomodation in a hospital. This fact has two causes:

– these institutions were overcrowded
– the staff believed that these panients are treatable with more difficulty.

In Hungary the examination of the mental state was quite controversial: many hospital tried to avoid these offenders and transported them to a prison. After this proceeding the result was questionable, and the whole procedure took up a great deal of time[12].

In 1896 a mental institution was established, which was an independent institution, because it was subjected only to the justice minister. Fifty offenders were accomodated in the new hospital, buti t did not solve the problem, besause half of the patients stayed without placement[13].

The Codex Csemegi accepted the criminal capacity and the lack of this capacity, because this Codex followed the theory of the classic school. In spite of these rules there are many questionable condition. In these cases the treatment is the same as necessary. The Criminal Codex did not accepted the dishmissed capacity, but the Ciminal Procedure Act contained it. The forensic expert must explain the states which could dismiss the free voluntary accord[14]. The court might take into account these factors as extenuating circumstances. It follows from this that the judge could not impose capital punishment and life imprisonment[15].

The enumeration of states which are ground of the dismissed capacity is unpossible, because the developement of psychiatrical knowlegde accompanies the continious modification of the criminal codex.

In contemporary jourists view, the court must accomodate the dismissed capacity offender in a special institution – either in mental institution, or in prison.

For instance Jenő Balogh wrote, that the short time period imprisonment was the worst alternative in these cases, because it did not solve the problem, moreover a patient is imposed sanction. It would be ideal if these offenders could be accomodated in a special mental hospital[16].

Criminal Congress dealt with this topic in 1905. The Congress also mentioned that states should establish special istitutions for these criminals[17].

Unfortunately, legislation did not take the view of jourists into account. A special measure against nemtally disordered offenders was initiated only in the third penal article of the Csemegi Codex in 1948, and the definition of dismissed capacity was introduced by the new criminal code in 1950.

4. The third penal article

Since the Pulic Health Act, no other act dealt with mentally disordered offenders. This situation was change with the third penal article in 1948.

The third penal article of Codex Csemegi[18] established the safety detention, which could apply against insane offenders. This act was a solution only case of insane criminals, the accomodation of other mentally disordered types were not regulated. Groups of mentallí disordered offenders in the effective hungarian Criminal Codex are insanity, personality disturbance, mental deterioration, disturbance, imbecillity. The judge could impose this measure if the offender was an adult. In the effective Codex the involuntary treatment in a mental hospital is applicable in the case of a juvenile criminal.

The tasks of the measure were to neutralize the offender, treatment and termination of public danger.

…The period was one year, but the court could prolongated it for more than one year, if the danger of recidivism was exist. The court must repeat this process, while it was necessary because of the public danger.

The measure must be executed in a special mental institution, or a special unit of a prison or a mental institution.[19].

It is a deficiency that the regulation emphasized neutralization, not care of the offender[20]. Moreover similary to the Act 1878, as this act not know the cathegory of dismissed capacity.

The Lawyer Trade Union worked out an other alternative.The trade union suggested the establishement of treatment detention. This measure would be applied against insane and dismissed capacity too. The Proposal allowed the release on probation[21].

5. Socialist legislation

In 1950 a new act was legislated about the General Part of Criminal Codex. This codex also knew the safety detention. It

[10] Finkey Ferenc: Büntetőtörvénykönyvünk revíziójának irányelvei, Jogállam, 48. (1913) 3., 183 - 194 . p.
[11] Kutrutz Katalin: A visszaesés és a közveszélyesség problémájának történeti megjelenése a magyar büntetőjogban, in: Horváth Tibor – Szük László. Büntetőjogi szakirodalom - gyűjtemény 1. kötet., Tankönyvkiadó, Bp., 1987., 198-200. p.
[12] Laufenauer Károly: Az elmebeteg vizsgálati foglyok és fegyenczek elhelyezéséről, Jogtudományi Közlöny, 27. (1892) 9., 80-81. p.
[13] Laufenauer Károly:op. cit., 81. p.
[14] Act 33 of 1896.. 246. §
[15] Balogh Jenő: Az elmebetegség és az elmegyengeség jelentősége a büntetőjogi beszámíthatóság szempontjából, Jogtudományi Közlöny, 1905/36., 296. p.
[16] Balogh Jenő: op. cit, 295-297. p.
[17] Balogh Jenő: op. cit., 296. p.
[18] Act 48 of 1948.
[19] Act 48 of 19481-5. §.
[20] Schäfer István: Biztonság vagy gyógyítás?, Jogtudományi Közlöny, 1948/6., 219-220. p.
[21] Györgyi Kálmán: Büntetések és intézkedések, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó Bp. 1984. 27-28. p.

regulated the measures similar to the third novel article:

– the court could apply it, if the offender was insane,
– offending of every type of crimes,

the period of the measure was one year, but the court could prolongate it, while public danger was exsisted,

– the criminal was an adult.

But the act defined a new condition: danger of recidivism[22].

In connection with the prolongation, it follows from the theory of the act, that the court must prolongate it, while public danger was existed, because this was used for protection of society and treatment of the offender.

Here comes up the question: Must society punish cleverly or fairly? If we punish clever, criminal law gets a provide role, but if society punish fair, criminallaw follows the principle of equal rights.

András Szabó refuses the social service provider role of criminal law. When criminal law has a treatment role, this model is more appropriate for restricting individual freedom, than repressive criminal law. In this model, punishment does not follow not from the crime, but the attribute of the offender, for example dangerous condition. This system of punishments force criminal law to social role-change. Some measures, like involuntary tereatment in a mental institution and safety measures are just social substitutes[23].

The Socialist Criminal Codex 1961[24] definited the various types of mental disorderes: insane, disturbance, imbecillity. The court cuold apply this artcle, if the disorder was chronic, not temporary. Weight of the committed crime have not been taken into consideration. The court cuold impose the measure on juvenile offenders, too. If the juvenile was imbecille, corrective education was also applicabe[25].

Execution had two ways: treatment in a hospital, or home-care with treatment. The assigned institution was a special mental institution. In case of home-care, a relative looked after the patient by the control of the doctor of the Institotion. The measure must be executed in the Institution, if the offender commited a crime, which was punishable for more than a one year period imprisonment[26]. The measure must be discharged if the necessarity did not exist. There was a way to modify the treatment in a hospital to home-care.

This was the first case, when the legislator took the weight of the committed crime into account.

From 1971[27], if the offender commmited a misdemeanor, the court could disregard the execution of the measure. The judge took the weight of the offense, and the personal circumstance of the criminal into consideration.

The involuntary treatment must be executed in the Institution, if the offender committed a crime against life, phychical integrity, public safety or it was an agressive conduct. Another condiction is that the crime would be punishable for more than a one year period imprisonment[28].

This amendment was necessary, because the previous regulation took only the weight of the crime into account[29].

6. Summary

In my article I dealt with the criminal consequence against mentally disordered offenders. The view of these group of criminals was changed during the centuries. Before the 18th century mentally disordered offenders were accomodated in prison like other offenders. Acts of the 19th century and first part of the 20th century contained only a few articles in connection with this topic. These rules emphasized only protection of the society, in spite of the fact that jourists stressed the significance of a criminal sanction against these offenders. From the middle of the 20th century legislation turded the attantion to mentally disordered. In addition to protection of the society, treatment of the offender also appeared.

[22] Act 2 of 1950. 49. § (1)
[23] András Szabó: A büntetőjog reformja – a reform büntetőjoga, Jogtudományi Közlöny, 1988/8., 462. p.
[24] Act 5 of 1961.
[25] Viszokay László: A beszámíthatatlan személyekkel szembeni intézkedés alakulása a felszabadulástól napjainkig, Magyar Jog, 1987/10., 943. p.
[26] Act 10 of 1962. 21. §
[27] Act 28 of 1971.
[28] Viszokay László: op. cit., 845. p.
[29] argument of the minister

The Legacy of Classical Natural Law in Russian Dogmatic Jurisprudence in the Late 19th Century*

*Dmitry Poldnikov***

Abstract

The paper examines the inconspicuous influence of the legacy of the classical natural law of the 18th century on Russian dogmatic jurisprudence of civil law, taking as an example the authoritative "Course on Civil Law" (1868-1880) by Konstantin Pobedonostsev. Despite the dogmatic purpose of the course and the hostility of its author towards European liberal doctrines of natural law, some striking similarities between them can be found, especially in the general provisions and principles of contract law, the method of its exposition and the recourse to justice and supra-positive ideal.

***Key words**: legal history; dogmatic jurisprudence; natural law; civil law; contract law; principles; justice; Russia.*

Introduction

In the course of the modernization of the Russian Empire after the defeat in the Crimean War (1853-1856) the imperial government under tsar Alexander II undertook a series of reforms in the 1860s and 1870s. One of them introduced the staple Western European rules of judicature and so created a demand for skilled lawyers. This demand led to the emergence of western-like jurisprudence, which was most sophisticated in the domain of civil law as this was the most susceptible to foreign influences and the most urgent for developing a capitalist economy. The trend carried on until the Bolshevik revolution of 1917, which led to elimination of capitalism and the so-called 'bourgeois' jurisprudence in Soviet Russia.

However, during the relatively short period from the 1860s to 1917 Russian legal thought developed so intensively that it laid the foundations of modern national jurisprudence, including that of Russian civil law. Its legacy was clandestinely leaned on in matters of legal education in Soviet times and has become an object of admiration in contemporary Russia.

The jurisprudence of this golden age was to a large extent dogmatic, that is concerned with interpretation and systematization of the positive law embodied in the Digest of Laws of the Russian Empire.[1] Many researchers called attention to the influence of the German Historical School and the Pandectists on the style of legal studies in Russia.[2] This, apparently, leaves no place for the idea of natural law except from a purely philosophical or historical perspective.

In this paper, however, we will argue that the legacy of classical natural law had an influence on Russian dogmatic jurisprudence, although, this influence was not manifested or welcomed by scholars of the time. Instead of a general overview of commentaries, books and articles of that time we will focus on the most revered dogmatic treaty on civil law, written by Konstantin Pobedonostsev.

By classical natural law, we understand the theories developed around the idea of natural law in the 17th and 18th centuries by such prominent European thinkers as Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolff, Daniel Nettelbladt, Jean Domat, Robert Pothier. Scientific rationalism, a secular background, and a logical coherence distinguished their theories from the antique philosophical contemplations and medieval religious doctrines. It was the legacy of classical natural law which famously paved the way for the first codifications in Western Europe and was largely embraced by legislators.

In this paper we will outline the fate of *ius naturale* in Russia up to the early 20th century, then we will introduce the outstanding

* This paper comprises research findings from the Project No. 11-01-0012 "Moral and Philosophical Foundations of Theory of Contract in Modern European Jurisprudence" carried out within the Higher School of Economics 2012–2013 Academic Fund Program.

** Dmitry Poldnikov, Ph.D., Assistant Professor of Legal History at Higher School of Economics (Moscow), Russia.

1 On the meaning of dogma in Russian jurisprudence of the 19th century see our paper: Dogma and Legal History in Russian Science of Civil Law, in: Journal on European History of Law (1) 2011, p. 61-65. On the Digest of Laws see n. 13 below.

2 For general details see; Butler W., Russian Law, 3d ed., Oxford, 2009, p. 108-131; for history of civil law jurisprudence in Russia see: Rudokvas A.D, Kartsov A.S., The development of civil law doctrine in Imperial Russia under the aspect of legal transplants (1800-1917), in: Rechtwissenschaft in Osteuropa. Studien zum 19. und frühen 20. Jahrhundert. Sonderdruck, Frankfurt am Main, 2010, p. 291-333; Avenarius M., Rezeption des römischen Rechts in Rußland, Göttingen, 2004; Tomsinov V. (a series of articles on civil law jurisprudence and education), in: Zakonodatelstvo, (12) 2012, (1-4) 2013 (in Russian); Shershenevich G., History of Russian science of civil law. Kazan, 1893 (in Russian).

personality of Konstantin Pobedonostsev and his *magnum opus* – the Course on Civil Law, and finally we will examine the legacy of natural law in this Course.

I. Natural Law in Russia before 1917

The idea of natural law underwent a long evolution in Russia in two different traditions – the Orthodox and the classical Western European. The Orthodox tradition, starting with the christianization of Rus' in 988 under the Byzantine influence, was the leading ideological force in Russia until the reforms of Peter the Great in the early 18th century. The idea of natural law existed in the frame of religious dichotomy of the ever just God's grace and often unjust human laws. This dichotomy was contemplated by the Orthodox clerics and heretics mostly with religious and moral aims in mind. Moreover, the sources on the subject are scarce.

Metropolitan Ilarion of Kiev was probably the first author in Kievan Rus' to articulate the dichotomy of positive law and higher religious standard through the notions of 'truth' vs 'statute' ('*pravda*' vs '*zakon*') in his treaty "A word on *zakon* and God's grace' (mid 11th century). This was not a legal treaty in the modern sense but rather a commentary on the Christian doctrine intended for Kievan princes.[3]

In the following centuries the concept of a higher moral and religious standard was actively invoked by several heretics, such as Strigolniki, the sect of Skhariya the Jew (14th to early 16th century), Nil Sorsky (1433—1508), Maksim Grek (mid 16th century), Feodosij Kosoj (mid 16th century) and others[4]. These monks or clerics envisaged natural law as a reflection or embodiment of Christian truths in nature and human life which should prevail over all positive laws. Some scholars argue that this was the first articulated thesis about the supremacy of a higher law over positive laws in Russian history, which paved the way for a distinct branch of legal though, even of the innate and inalienable rights of man.[5] However, from the 16th to 18th centuries these visions of natural law did not produce any legal literature.

Jurisprudence as a distinct branch of knowledge began to take shape in Russia under the influence of the Western European classical natural law starting from the reign of Peter the Great (1682-1725). The tsar himself admired German doctrines of natural law, commissioned professors from abroad, and subsidized translation of treaties on natural law.[6]

However, the fate of classical natural law in Russia was not fortunate. During the heyday of *ius naturale* in Europe, Russia was not ready to embrace this doctrine for a number of reasons, including the authoritarian governance, an estate-based society, the serfdom of the majority of the peasants, a predominantly subsistence economy, and the lack of universities. Moreover, the first professors of law were Austrians or Germans who knew as good as nothing about Russian law.[7]

In the 19th century, when new universities were founded[8], the first Russian professors took their chairs,[9] more European literature was translated,[10] and even the first project of the civil code was drafted, the ideology of natural law lost much of its appeal in the West and in Russia following the turmoil of the Napoleonic wars and the suppression of revolutionary movements by the Holly Alliance. In the reign of Nicholas I (1825-1855) the Russian government advanced the conservative ideology called 'Official Nationality' which supported the values of Orthodoxy, Autocracy, and Nationality in contrast to Western liberalism and individualism.[11] Under the new University Charter of 1835 the teaching of natural law and moral philosophy was suppressed, and legal education was essentially limited to the study of positive statutes recently compiled as the Complete Collection of the Laws of the Russian Empire in 45 volumes

[3] For more details and literature see: http://www.pravenc.ru/text/389115.html

[4] For more information on this subject see: Zolotukhina N., Development of Russian medieval political and legal thought, Moscow, 1985 (in Russian); Momotov V., Formation of Russian medieval law in the 9th to the 14th centuries, Moscow, 2003 (in Russian).

[5] Zolotukhina N., Op. cit. n. 2, p. 76.

[6] In 1717 Peter the Great offered a position at the newly established Russian Academy of Sciences in St.Petersburg to the leading German natural law thinker of the age, Christian Wolff, who turned it down. See: Wieacker F., A history of private law in Europe with particular reference to Germany, Oxford, 1995, p. 253. In 1726 the first Russian translation of Samuel Pufendorf's treaty "On duty of man and citizen according to natural law" was published.

[7] Hans Gross (1725-1731) was the first European professor to read lectures on moral philosophy and natural law at the Russian Academy of Sciences. An Austrian Philipp Heinrich Dilthey (1723-1781), the first and only professor at the faculty of law of the newly founded Moscow University (1756-1766). He was the first and only professor of law. He spoke no Russian and taught Western European jurisprudence. Regional universities followed the same pattern. For example, Heinrich Bünemann (1752-1808) and Johann Finke (1773-1814) gave lectures at Kazan University.

[8] In 1805 new universities were founded in St.Petersburg, Kazan, and Kharkov. European natural law (modeled after the theories of the 18th century) was a major part of the curriculum in legal studies.

[9] After the first compilations on natural law (e.g. Zolotnitsky, An abridged exposition of natural law, composed from works of different authors for the benefit of Russian society, 1764) Russian scholars made the first efforts to apply the doctrine to Russian laws. See, for example, the works of two professors of Moscow University Semyon Desnitsky (c. 1740–1789) in "A word on the correct and concrete way to study jurisprudence" (1766) and Lev Tsvetajev in "An outline of theory of laws" (1810) and "First principles of natural law" (1816); professor of St. Petersburg Pedagogical Institute Vasily Kukolnik in "Foundations of Russian private civil law" (1815). At Demidov Lyceum in Yaroslavl professor Pokrovsky taught Roman law on the basis of Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741). All of them by and large understood natural law as part of a philosophy which treats laws as discovered by pure reason in order to make them basis of positive laws.

[10] Most notably "Natural private law" (1809) by Franz von Zeiler, professor at Vienna University and the leading member of the codification commission in the Austrian Empire.

[11] The triad of Official Nationality was announced by Minister for Education count Sergey Uvarov (1786-1855). He was among the convinced supporters of the German Historical School.

and the Digest of Laws of the Russian Empire in 15 volumes.[12] This change was backed up by the growing popularity of the Historical School under the leadership of F.C. von Savigny in Germany[13] and the critical assessment of the classical natural law by Russian scholars.[14]

In the Age of the Great Reforms (1860-70s) under Alexander II (1855-1881) Russian judicature was substantially westernized. The four Regulations of 1864 introduced such staple principles of modern European judicature as judicial monopoly on law enforcement, the principle of equality of the parties involved; public hearings, jury trial; and the institution of a professional advocate. To support these institutional changes, some efforts were made to modernize, or in fact to establish a proper national jurisprudence, including that of the civil law.[15] All this happened under the decisive influence of the German Pandectists, advocating the study of positive law instead of the abstract ideas of natural law.

Only in the late 19th and the early 20th centuries did Russian legal thought experience a revival of natural law as a response to, and critique of, the dominant legal positivism. Contemporary scholars tend to explain this phenomenon by means of a combination of reasons, including a consolidation of the schools of thought in Western Europe, the popular support of the reforms in Russia, the formation of civil society, the rise of social consciousness, and an intensified struggle between social groups. In their attempt to challenge the monopoly of legal positivism, the leaders of the revived school of natural law (Pavel Novgorodsev, Evgeny Trubetskoy) argued for an absolute social ideal or standard which could not and should not be reduced to a specific historical period and, thus, prevented any attempts to pursue specific unrealistic ideals.[16]

However, the Bolshevik revolution of 1917 put an end to any speculations in the field of natural law, along with the development of jurisprudence along Western models. The victory of Marxism-Leninism meant the indiscriminate repeal of the bourgeois laws and theories.[17] Lawyers and other intellectuals who did not comply with the Marxist paradigm were either persecuted for political reasons or forced to emigrate, as was the case with Pavel Novgorodsev who died in exile in Prague in 1924.

All in all, an ideology of *ius naturale* never exercised the kind of influence it had in the West during the Age of Reason. However, by mid 19th century a good deal of its legacy became a part of codified laws and to some extent 'common sense' for European lawyers. As such classical natural law entered Russian dogmatic jurisprudence, including Pobedonostsev's Course on Civil Law.

II. Dogmatic jurisprudence in Pobedonostsev's Course on Civil Law

2.1 The author's extraordinary personality

Konstantin Petrovich Pobedonostsev (1827–1907) was an outstanding Russian statesman, practitioner, and scholar in the second half of the 19th century. He is better known and remembered as an ultra-conservative statesman. In their memoirs Pavel Milukov, the leader of the Constitutional Democratic Party, and Maurice Paléologue, French diplomat and ambassador in Russia during WWI, called him 'Russian Torquemada'. He became the symbol of the counter-reforms in Russia undertaken as a response to the assassination of Alexander II on March 1, 1881. General public may have a clearer picture of him thanks to the character of rigid and conservative husband of Anna Karenina in Leo Tolstoy's great novel who was arguably inspired by no other than Pobedonostsev. Historians generally subscribe to this profile,[18] although not unanimously.[19]

---

[12] The model of the Digest may seem to be inspired by Justinian's Digest. Although, Butler argues (with reference to the head of the compilation committee Mikhail Speransky) that the precepts for its compilation were drawn from the writings of English jurists, Sir Francis Bacon and Jeremy Bentham (see Butler W., Op. cit. n. 3, p. 31). It was not until 1885 that the 16th volume with procedural laws (based on one of the Great Reforms) was added. For more information see: Borisova T., The Digest of Laws of the Russian Empire: The Phenomenon of Autocratic Legality, in: Law and History Review 30 (03) 2012, p. 901-925.

[13] The first Russian students were sent to the University of Berlin to study under supervision of Savigny. See: Tomsinov V., Development of Russian jurisprudence in the second third of the 19th century, in: Zakonodatelstvo, (9-10, 12) 2008, (1-12) 2009, (in Russian); Avenarius M., Op. cit. n. 3. S. 19.

[14] For example, Alexey Blagoveschensky (1800-1835) in his "History and method of the study of laws in the 18th century" wrote that natural law was a highly uncertain theory and education in Russia based on natural law was useless because it followed either the elements Roman law (*ius civile*) or the abstract theories thought out by German smart-heads without any recourse to history" (i.e. *a priori*) (cited by Shershenevich G. Op. cit. n. 3, p. 30).

[15] On the rise of Russian jurisprudence generally see: Rudokvas A., Kartsov A., Der Rechtsunterricht und die juristische Ausbildung im kaiserlichen Russland, in: Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg, ed. Zoran Pokrovac, Series: Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 225. Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Traditionen und Transfers 3, Frankfurt am Main, 2007, S. 173-316; Kartsov A., Das Russische Seminar für römisches Recht an der juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, in: Juristenausbildung in Osteuropa cit. S. 317–356. On the study of civil law see: Tomsinov V., The jurisprudence of civil law in the 1860s and 1880s, in: Zakonodatelstvo, (1-2) 2013, (12) 2012; Avenarius, Martin, Op. cit. n. 3, S. 35-47.

[16] See Pavel Novgorodsev's "On social ideal" (published in "Issues of Philosophy and Sociology" in 1911-1913, no. 109-136). In another of his works "Introduction to the history of the philosophy of law" (reprinted in St.Petersburg, 2000) Novgorodsev saw the cause of the crisis of the contemporary legal consciousness as an imbalance between the diminishing public credibility of the State and its ever growing powers and functions in the age of the dominant positivistic paradigm (op. cit., p. 332-333). For more details on this school led by Novgorodsev see: A history of political and legal thought, ed. Oleg Leist, Moscow, 2004, p. 474-486 (in Russian).

[17] In the Soviet Union publications focusing on theories of natural law did not appear until Gorbachev's perestroika.

[18] For more information on Pobedonostsev life and career see (in English): Byrnes, Robert, Pobedonostsev. His life and Thought. Bloomington, London, 1968; Idem, Russian Conservative Though Before the Revolution, in: Stavrou, Theofanis. Russia Under the Last Tsar, University of Minnesota Press, 1969. For his own observations see: Reflections of a Russian Statesman by Konstantin Petrovich Pobedonostsev, Published by G. Richards. University of Michigan Press, 1964.

[19] For an alternative assessment of Pobenonostsev as a true patriot of Russia and a passionate advocate of its historically determined particularity see Vladimir Tomsinov's foreword in the republished Pobedonostsev's Course on Civil Law (Moscow, 2003, vol. 1, p. V-XXVIII).

Pobedonostsev's curriculum vitae is impressive. From 1874 he was the long standing member of the State Council of the Russian Empire, in 1880 he was appointed as head of the Holy Synod of the Russian Orthodox Church (its supreme administrative governing body). From 1881 until the outbreak of the first Russian revolution in 1905 he was the power behind the throne of Alexander III and Nicholas II. Pobedonostsev's immense influence is largely attributed to his role as a tutor in law of the crown prince of the Russian Empire Alexander (later crowned Alexander III). This is how he won the trust and respect of the tsar and could make his conservative political views heard.[20]

Pobedonostsev is less known as a practitioner of Russian law. Before obtaining the position of tutor of the crown prince in law in 1866 he made his career at the Moscow division of the Governing Senate (the Appellate Court for the regions of Central Russia), starting as an assistant secretary until attaining the rank of the head of this division.

Pobedonostsev's scientific convictions began to take shape at the prestigious Imperial School of Jurisprudence, where he studied in 1841-1846. The School was founded in St. Petersburg in 1835 with the mission to prepare young Russian noblemen for public services. Legal education was at the core of its curriculum which was based on the ideas of German Historical School.[21]

From 1859-1865 he was a part-time lecturer in civil law and civil procedure at Moscow University, praised by students and colleagues for a clear exposition and a practical perspective on legal matters. The unique experience of practicing and teaching law was likely to have secured him the position of tutor in law of the crown prince.

Pobedonostsev's colleagues more than once attested to his deep analytical mind capable of giving perspicuous explanations of intricate legal issues. As a scholar, he was very pragmatic in methods of study. His academic creed was to see the main aim of Russian laws through study of their historical background, their comparison with Roman law and contemporary European legislation, and then to suggest corrections of positive laws through the standards of rationality and justice.

He was an admirer of both the German Historical School and the French School of Exegesis. In particular he praised Savigny's "System des heutigen Römischen Rechts" for its theoretical consistency and the commentaries of the French School of Exegesis on the positive laws for their clear and concise style [22]. However, he persistently called attention to the specificity of Russian laws and Russian legal history. He recommended law students to begin with the study of national legal history and set the pattern by being very knowledgeable about Russian laws and their historical development.

Alongside legal history, a comparative approach stood at the core of Pobedonostsev's methodology. Studying the laws of the leading nations of his time together with their Roman background was indispensable to reveal the essence of legal institutions, as well as various flaws in Russian legislation enabling its critical assessment *de lege ferenda*. This academic program was carried out extensively in Pobedonostsev's principal work – Course on Civil Law.

2.2 Introducing Pobedonostsev's Course on Civil Law

Pobedonostsev's unique practical experience, academic creed, accompanied by diligence and persistence, allowed him to design and accomplish the first comprehensive dogmatic course on Russian civil law. It took him more than two decades to publish his *magnum opus* – "Property rights" (vol. 1, 1868), "Family law and succession law" (vol. 2, 1871), "Contracts and obligations" (vol. 3, 1880), all three were published in St. Petersburg, including the complete three volume set in 1896.

On the occasion of Pobenonostsev's death in 1907 the newspaper "Russia" wrote that his Course on Civil Law firmly established Russian national jurisprudence of civil law, since all previous literature on this subject either plainly echoed Western European publications or narrated civil laws without due explanations or lamely adopted European general theories of civil law.[23]

Professor of civil and commercial law Gabriel Shershenevich praised Pobedonostsev's ability to maintain and reason his own independent interpretation of the civil laws, and compared him with Roman lawyers, known for their unwillingness to generalize or to give broad definitions, for their outstanding accuracy in describing case circumstances and consistency in resolving legal issues on the basis of the established tradition.[24]

The Course on Civil Law was praised by practitioners of law and quickly became a work of authority in Russian courts, including the Governing Senate of the Russian Empire. Therefore, it gave an accurate image of the predominant doctrines of Russian civil law towards the end of the 19th century.

However, the Course on Civil Law was criticised for neglecting legal theory.[25] At first sight this critique seems to be justified by the structure and the mode of treatment adopted in the Course. Few parts of the voluminous work were intended to expound the author's academic creed and mode of treatment whereas extensive commentaries on the Digest of Laws and the decisions of the high courts were ubiquitous and often followed its logic. At the same time, the Course did not lack the implied theoretical basis with historical and comparative methodology at its core. This methodology, basically, reflected Pobedonostsev's

[20] Pobedonostsev believed that Western liberal institutions (parliamentarism, constitutionalism, jury trial) and values (individualism, freedom of speech) were not meant for Russia where they could only lead to anarchy. In his view, Russia needed autocratic rule under an Orthodox and morally conscious Tsar.

[21] In accordance with the University Charter of 1835, major disciplines in legal curriculum were: law relating to the Orthodox church, dogma and history of Roman law, civil law, law merchant, criminal law, state law, civil and criminal procedure, encyclopedia of laws.

[22] In his works he recommended law students to read Savginy's major works carefully. See: Pobenonostsev K., Study of literature on land estates law, in: Idem, Course on Civil Law. St. Petersburg, 1868, vol. 2, part 1, p. 221.

[23] Russia newspaper, (399) 1907, cited by V. Tomsinov in his foreword to Pobedonostsev's Course on Civil Law, vol. 1, p. XXIII.

[24] Shershenevich G., Op. cit. n. 3, p. 88-89.

[25] See Nikolsky B., Writings of K.P. Pobednonstsev, in: Historical herald, (9) 1896, p. 724-725.

academic creed, as stated above. In the introduction to the Course, he clearly indicated his intention to prepare a dogmatic work with a comprehensive exposition of the basic matters of civil law by comparing Roman, French, German laws in order to give the reader a full picture of the legal matter under examination before moving on to expose the corresponding provisions of Russian positive laws. The latter were treated through the prism of their historical development.

This combination of dogmatic, comparative and historical methods, in Pobedonostsev view, should enable any reader to see similarities and differences, correspondences and discrepancies between Russian and Western European laws.[26] In addition, such an approach should facilitate the gap filling and critique of Russian positive laws (i.e. the Digest of Laws) which Pobedonostsev regularly reprimanded for their general inconsistency, multiple out-of-date regulations, and lacunas.

In the first volume of his Course, Pobedonostsev did not explain the root of these defects, but in the introduction to the third volume he mentioned the lack of 'classical' legal knowledge ('classical foundations') at the time Russian laws were drafted and enacted.[27] By 'classical' he understood Roman law in its 19th century interpretation through the joint efforts of the Historical School and the Pandectists in Germany.

And what about natural law? So far all the purposes, sources and methodology of Pobedonostsev's Course seem to exclude any reference to supra-positive concepts. Generally, he wrote his Course as if the legacy of classical natural law had no importance for contemporary jurisprudence. However, at least two basic assumptions challenge this assumption. First, scholars are not always capable of or willing to give a comprehensive exposition of the legacy they benefit from. By the second half of the 19th century the heritage of classical natural law was ideologically and methodologically discredited as a rebellious and abstract theory which did not take into account historical experience. So, most lawyers were not willing to give it credit. Second, the European legal tradition in the 19th century was neither a stub nor an invention of the Historical School and the Pandectists but rather an amalgam of the long term development. The legacy of classical natural law was undoubtedly an important and fairly recent part of this process which was sufficiently absorbed into mainstream European jurisprudence through legal education and codification.

According to the leading German specialist in the history of European private law, professor Franz Wieacker,[28] despite many differences between the natural law of the Age of Reason and the German Historical School of the 19th century, the latter benefited from *ius naturale* by embracing:

1) the system of civil law which went back to the works of Joachim Darjes (1714-1791) and Daniel Nettelbladt (1719-1791), pupils of Christian Wolff, and ultimately to the natural system of Samuel Pufendorf;
2) Wolff's demonstrative method of constructing concepts, deducing legal decisions from them in a logical manner and forming them into a system (the emphasis was made on the inner coherence and a uniformity of treatment of content);[29]
3) the basic concepts of law, such as objective law, individual rights, legal transactions, synallagmatic contracts, the duty to perform, impossibility of performance, etc. (although these concepts were reformulated, they did not originated from the practical German school of usus modernus in the 18th century);
4) ethical determination of laws.[30]

Most of these remarks turn out to be relevant to Pobedonostsev's Course on Civil Law. Firstly, the overall structure of the Course generally corresponded to Daniel Nettelbladt's system. In his "Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis" (1745, 3 ed. 1767) Wolff's pupil divided general jurisprudence into pertaining to persons, facts and things (*de personis, de factis, de rebus*). Three volumes of Pobedonostsev course overlapped with this division:

- "Family law and succession law" (vol. 2, 1871): general notions, marriage, legal parents and children, guardianship; succession law, wills;
- "Contracts and obligations" (vol. 2, 1880): general provisions on obligations (content, validity, types, modes to conclude, perform and terminate), specific contracts and delicts as the facts producing legal relations;
- "Property rights" (vol. 1, 1868): the notion of legal object; property, land property, possession, means to acquire property rights, termination of property rights, *iura in re aliena* (including pledge), intellectual property law.

This system generally did not follow the natural law order, nor the Pandectist textbooks. It was intended to make sense of the somewhat hectic Digest of Laws and therefore retained its originality. However, the resemblance to the Pandectist system was partly acknowledge by the author himself when he wrote about the classical foundations of jurisprudence. The reversed order of the volumes does not change the overall image since it was probably a matter of expediency.

Secondly, Pobedonostsev clearly benefited from the demonstrative method not only by declaring a consistent way of expounding legal matters, but most importantly by sticking to it within each of three volumes.

Thirdly, the Course on Civil Law featured many concepts and notions borrowed from the continental jurisprudence where they served the purpose of coherent dogmatic explanation of Russian laws. Terms like 'objective law', 'individual rights',

[26] See original edition of Pobedonostsev's Course, part. 1, vol. 1, p. II (omitted in the reprint of 2003 but cited in the preface by V. Tomsinov, p. XXII).
[27] Pobedonostsev K., Op. cit.20, vol. 3, p. 6.
[28] Wieacker F., Op. cit. n. 7, p. 296-297.
[29] See especially the 'pyramid of concepts' in Puchta's textbook of the Pandects ('Lehrbuch der Pandekten'), various editions.
[30] The ethical principle was adopted by Savigny. He was convinced that law promotes ethics not by 'following its commands, but by assuring the free development of the potential innate in the individual will.' See: Savigny F.C. von, System des heutigen römischen Rechts, Berlin, 1840, Bd. 1, S. 333. Despite this ethical determination it was the followers of natural law who clearly separated law from morals as a distinct entity and thus broke away with the Catholic tradition to treat moral theology as a foundation of all human laws. See: Decock W., Theologians and contract law: the moral transformation of the *ius commune* (ca. 1500-1650). Leiden, Boston, 2012, p. 26.

'legal transaction', 'duty to perform', 'impossibility of performance' surface throughout the Course, often accompanied by Latin equivalents (*res corporalis et incorporalis, conditio affirmativa et negativa, obligatio civilis et naturalis, laesio, causa debendi* etc.).

Fourthly, all through his Course Pobedonostsev emphasized the moral foundations of laws. One could hardly expect the opposite of a devoted Christian and the long standing head of the Holy Synod of the Russian Orthodox Church. "On the one hand law is a regulation, on the other, it is a Commandment; and the moral view of laws should be based on the idea of the Commandment".[31] Although Pobedonostsev carefully distinguished law from ethics or moral theology, he regarded the Commandments to be the only solid ground for positive legal regulation. In practical terms morals under the name of justice and equity became an important argument in criticizing positive laws *de lege ferenda*.[32]

Even a brief review of Pobedonostsev's Course on Civil Law reveals unmistakable parallels with the legacy of classical natural law which the author largely disliked and denied. Even more resemblance can be found in matters of contract law. In comparison with personal status, family or succession matters, this branch of law is justly believed to be less attached to a particular nation or a period in history and, hence, more appropriate for transplanting abroad.

III. Contractual doctrine in general

3.1 Systematic arrangement of contract

In Pobedonostsev's Course contract law was recognized as one of the major sub-branches of civil law within the law of obligations. He proposed a two-fold grouping of obligations according to the mode they arise, bilateral (contracts) and unilateral (delicts and all other modes).[33] The scholar intended to simplify the divisions accepted in Prussian, French, and Austrian legislations and correct the inconsistency of Russian Digest of Laws. In a sense this is an attempt to return to *summa divisio* of obligations arising from contracts and delicts in classical Gaius' Institutes (3.88).

However, the result was not convincing. In fact, Pobedonostsev dismissed the more sophisticated schemes in Roman[34], or Pandectist, or natural[35], and proposed a division of obligations which was unbalanced in favour of contracts. More than 94 percent of the third volume of the Course is dedicated to contracts, and the general part of the law of obligations turned out to be a general part of contract law.

3.2 Necessity and significance of contracts

According to Pobedonostsev, legal obligation is necessary in any society because of the need for certainty of a claim that it gives to a creditor. Such certainty is required for reaching legal goals a creditor could not achieve on his own.[36] All contracts aim at increasing one's economic power with the help of another through the legal constraint of another's will.[37] Assuming that the lawyer alluded to the natural weakness of humans, the whole explanation turns out to be almost an exact match to the major argument of the adherents of classical natural law in favour of contracts.[38]

The significance of contracts in all times was attributed to the unifying effect of voluntary agreements unlike property law, which divided people. By mid-19th century contracts became the most elaborated domain of civil law. All property, things, and values were in constant circulation. In the words of Pobedonostsev, acquiring them was no longer an end in itself but rather a means to acquire new things and values, often through contracts.[39] This trend should justify such close attention to contractual obligations at the expense of other modes of obligation.

3.3 Definition and essence of contract

Following the demonstrative method Pobedonostsev went from the significance of a contract to the definition of its essence. He defines a contract as a voluntary agreement of several persons, commonly willing to determine a legal relation among them with a particular interest in mind.[40]

The first and most notable feature of a contract corresponded to Pobedonostsev's belief in personal will as motivation for all civil law relations. The idea of an amalgamation of wills in contracts seems to be borrowed from Savigny.[41] However, it was the German adepts of classical natural law who shifted the focus to the will of the parties and broke away from the medieval scholastic allegiance to various formalities derived from the texts of Roman law. Grotius led this rebellion by declaring human will to be the source of all law, but stopped at defining contract through unilateral promise of the debtor.[42] This claim caused some inconsistency in treating a contract as a result of

[31] Pobedonostsev K., Collected works. St.Petersburg, 1996, p. 317.

[32] For example, when contemplating prohibition of usury, Pobedonostsev noted that moral significance of bans set by statutes was underestimated my the public. "Statute expresses public consciousness and should not diverge from it". See: Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, vol. 3, p. 79)

[33] Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, vol. 3, p. 294.

[34] Gaius, adding 'various other causes' to his two-fold scheme, D. 44.7.1 pr.

[35] For example, Grotius addressed the issue in 'Introduction to the Jurisprudence of Holland' (III, 1) as follows: obligation (*inschuld*) is divided into obligations from promise (voluntary act, *toezegging*) and from 'inequality' (*onevenheid*), including unjust enrichment or other causes, voluntary and involuntary (*misdead*), including 'wrongs by construction of the law' (former quasi-delicts).

[36] Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, vol. 3, p. 3

[37] Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, vol. 3, p. 293.

[38] Thomasius and Domat notably pointed out that humans satisfied their needs mainly by means of contracts. See Pufendorf S., De jure naturae et gentium, II, III, § 14; Domat J., Les loix civiles. I, liv. 1.

[39] Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, vol. 3, p. 4-5.

[40] Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, vol. 3, p. 2-3.

[41] "Contract is the uniting of two or more wills, whereby the legal relation between them is determined" (Savigny F.C. von, Op. cit. n. 31, Bd. 3. S. 309). Pobedonostsev did no quote Savigny immediately after the definition, but he did so on many other occasions elsewhere.

[42] The focus on promise in Grotius' theory can be explained through the influence of the Spanish late Scholastics, see Diesselhorst M., Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, Köln, 1959.

an agreement in Pufendorf's works, but finally was overcome by Thomasius and Wolff in Germany and Domat in France who regarded a contract to be the result of an agreement, i.e. a combination of the wills.[43]

The second remarkable feature of the notion of contract is its aim to establish a legal relation enforceable in courts, so that one party could control conduct of another to the extent agreed upon in the contract. Pobedonostsev asserted this thesis with a distinction between law as such (*ius strictum*) and morals (standards of behaviour unenforceable in courts) in mind. The distinction itself played an important role in the doctrines of Savigny and German Pandectists. However, the idea of distinguishing law and moral philosophy went back to the works of Thomasius and Wolff. Both asserted that natural law was a matter of consciousness rather than law in the strict sense (*ius strictum, ius perfectum, ius cogens*), because it lacked enforceability.[44]

The idea of economic interest at the heart of contractual relations separated Pobedonostsev's doctrine from the German views of the 19th century. Savginy and Pandectists advocated a broad concept of contract as a legal transaction which did not necessarily envisaged counter-performance.[45] Pobedonostsev's choice caused some inconsistency in his treatment of donation. He mentioned this transaction in the group of contracts to transfer property (*ad dare*), yet, described it in the volume on property rights without resolving the issue of its legal nature. However, we may assume that donation was primarily a mode to acquire property right.[46]

This evaluation of donation seems to be influenced by the Digest of Laws. Curiously enough, it led to some similarities with classical natural law. By rejecting many subtle but obsolete distinctions of medieval contract law in *ius commune* (such as, contracts *iuris civilis* and *iuris gentium, stricti iuris* and *bonae fidei*, with or without a specific name, 'naked' or 'clothed' with a lawsuit etc.) the adherents of *ius naturale* in the 17th and 18th centuries made clear the criterion of mutual profitability of contracts in their doctrines. In doing so they actually suggested that a contract in its essence is a bargain, an exchange of values. Hence, the division of legal acts into onerous and gratuitous was the first in line as the most reasonable and evident.[47] Gratuitous promises or contracts were treated separately as rather falling out of the economic sense of contractual transactions.[48]

Additionally, it is important to notice that Pobedonostsev used a general notion of contract in his Course that was applicable to all legal transactions matching the given set of criteria. He followed the trend in German jurisprudence which gave up various terms to label agreements in *ius commune* and *usus modernus* (*contractus, pactum, conventio*) in order to build the consistent hierarchy of notions (*Begriffsjurisprudenz*). Pobedonostsev's doctrine was somewhat inconsistent in defining donation as contract but the connection with property law was due to composition of the Digest of Laws, not to the legacy of ius commune. However, it should be noted that this general notion of contract took its shape in the works on classical natural law, when Domat, Thomasius, and Wolff overcame Grotius' and Pufendorf's emphasis on promise as the basis of contractual obligation and asserted an identity between a legal agreement and a contract.

Expounding his doctrine of contract law, Pobedonostsev took advantage of many terms which Franz Wieacker regarded as the bequest of classical natural law to German lawyers of the 19th century.[49] It can be illustrated by the content of the general part of contract law.

3.4 The General Part of Contract Law

The general part of contract law in the Course on Civil Law was almost entirely a product of theoretical jurisprudence. Pobedonostsev deplored the deficiency of Russian civil laws in this regard compared to the contemporary German and French legislation. In his view, the flaw was cause by a lack of a "classical legal education" of the drafters of these laws. This was only a partial explanation. Indeed, the civil law jurisprudence did not exist in Russia before the age of the Great Reforms of the 1860-70s. However, the mastermind behind the legislative works, Mikhail Speransky, was quite knowledgable about European law, and even advocated a codification of Russian civil law after the model of the French civil code. Yet, the conservative turn in Alexander I's reign after Napoleon's invasion and the succeeding conservative politics under Nicholas I blocked all western-like projects as suspicious, alien, or subversive. As a result, out of almost 500 articles on contracts in the first part of the 10th volume of the Digest of Laws only 25 articles contained general provisions on obligations. Pobedonostsev faced the outcome of the traditionalistic legal politics of the tsars but did not dare to acknowledge it to be the cause.

In an attempt to make Russian contract law more coherent, Pobedonostsev grouped up such topics as:

- the content of contractual obligations and different kinds of obligations;
- the conditions of validity: contractual consent, ability of the parties to act, certain and legal subject matter;
- the modes of establishing obligation;

[43] For details see Nanz K.-P., Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jh., München, 1985. S. 139-165.

[44] "Lex naturalis et divina magis ad consilia pertinet, lex humana proprie dicta non nisi de norma imperii dicitur." (Thomasius Ch., Fundamenta iuris naturae et gentium. I, 5, § 34. Halle, 1718). "Jus perfectum dicitur, quod conjunctum est cum jure cogendi alterum, si obligationi suae satisfacere noluerit" (Wolff Ch., Philosophia practica universalis, Lipsae, 1751. I. 2 §§ 235).

[45] For example, Savigny did not include economic interest in his definition of contract. He defined donation as legal transaction (*Rechtsgeschäft*) or a unilateral contract. See Savigny F.C. von, Op. cit. n. 31, Bd. 2. Kap. 3. S. 4.

[46] Cf. Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, vol. 1, p. 317-320; vol. 3, p. 294.

[47] See: Grotius H., De jure belli ac pacis libri tres, II, 12.2; Pufendorf S., De jure naturae et gentium libri octo, Amsterdam, 1688, Lib. V, cap. 2, §§ 5-7; Thomasius Ch., Institutiones iurisprudentiae divinae, II. XI, n. 59; Domat J., Les loix civiles dans leurs ordre naturel, Luxembourg, 1702, 1.1.2-7.

[48] Of course, the idea of exchange is at the very centre of Roman views on contracts (e.g. see Labeo's definition of contracts as mutual obligation, *ultro citroque obligatio*, D. 50.16.19), but it was blurred by multiple other distinctions in medieval *ius commune*, and only in the late Spanish Scholasticism we can see a clear emphasis on economic exchange again.

[49] See above n. 29.

- the interpretation of contracts;
- the modification of conditions of contractual obligation;
- the termination of contractual obligation;
- the substitution of persons in obligation;
- the contract and third parties;
- collateral for obligations.

Although the general part bore the hallmark of German jurisprudence of the 19th century, Franz Wieacker convincingly traced its roots to the legal thought of the Age of Reason. Pobedonostsev should have benefited from this legacy, since the content of the general part in his Course often overlapped with the suggestions of the enlightened lawyers. For example, the conditions of the validity of a contract were comparable with art. 1108 of the French Civil Code which, in its turn, derived from the works of Domat and Pothier.[50]

3.5 General principles of contract law

By the 19th century contractual theory in European jurisprudence was explicitly based on general principles. In Pobedonostsev's Course on Civil Law they were not coherently expounded but invoked whenever necessary. Let us take two main principles in matters of contract law: freedom of contract and the obligatory force of all legal agreements.

a) Freedom of contract

Freedom of contract is widely believed to be the cornerstone of contract law in capitalist societies because it is essential for the self-regulating behaviour of the marketplace. The roots of this principle lead to the late medieval transformation of *ius commune*.[51] However, it was the adepts of classical natural law[52] who popularized the secular interpretation of natural freedom of all men to enter into a contract or to abstain from it, to choose one's contracting party, to reach the mutual consent without any imposed formalities, to settle terms and conditions in a contract.

That kind of liberal ideology gained a very narrow foothold in the Russian Empire when Pobedonostsev conceptualized Russian civil law. Even the scholar himself was hostile to it. Therefore, the principle of freedom of contract was not stated explicitly anywhere his speculations on contract law. However, a careful reader can find several essential elements of freedom of contract even in this dogmatic Course.

By mid-19th century under Russian law having the free will to enter into a contract was essential for its validity, because in any case when consent was vitiated or distorted by duress, fraud or mistake, the Digest of laws gave lawsuit for rescission of contract and for damages.[53] Parties to the contract in principle were not bound to specific formalities in order to make their agreement enforceable in courts. Pobedonostsev approvingly stated that legal formalism as a condition of enforceability of contractual agreements was repealed in all major European jurisdictions. Repeal of formalism rendered the distinction between formal contracts and informal agreements obsolete[54] and facilitated an increasing variety of transactions, which Pobedonostsev mentioned to prove the importance of the general provisions in contract law. At the same time, unlike the adepts of classical natural law, he neglected any ideological justification of freedom of contract and its elements, simply acknowledging them as a matter of Russian positive law.

b) Obligatory force of legal agreements

As in the case of freedom of contract, obligatory force of legal agreements (often expressed by Latin adage *pacta sunt servanda*) was disputed in medieval *ius commune*, but was raised to the level of a 'sacred' legal principle in classical natural law.[55] Grotius argued that even God himself could not break his promise and Pufendorf treated the 'sanctity of contract' as the basis for mutual trust within any society, or a guarantee of order and stability.[56] Because of this natural basis, positive law should forbid any arbitrary refusal to perform a duly formed contract and punish those who did not comply with this rule. Yet, natural law thinkers acknowledged some exceptions from the obligatory force of contract in cases like a material change of circumstances (*clausula rebus sic stantibus*) or extreme inequality between the performances under the contract which resulted in extraordinary loss (*laesio enormis*) to one party to the contract.

In Pobedonostsev's Course the validity of the principle of obligatory force of contract is beyond doubt, although it was not expressly stated anywhere, nor confirmed by extensive moralizing. The author plainly deduced the obligatory force of contract from the very essence of an obligation as *ius strictum* and omitted any philosophical explanations.[57]

Moreover, Pobedonostsev stuck to the general principle and neglected exceptions. He mentioned *clausula rebus* and *laesio enormis* in the comparative perspective but wholly dismissed both as unknown to Russian positive law, without taking sides in these issues from a theoretical perspective, as if none of them was worth a more detailed treatment.[58]

---

[50] See Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, p. 30.

[51] For more details see Decock W., Op. cit. n. 31.

[52] Grotius H., De jure belli, II. 12. § 8-12 (as condition of validity of contract); Pufendorf S., De jure naturae et gentium libri octo, Amsterdam, 1688. III. VI. § 15–16 (as long as nothing is valid agains the will of free man); Thomasius Ch., Fundamenta iuris naturae et gentium, Halle, 1718. II. VII. 1, № 12; Wolff Ch., Institutiones iuris naturae et gentium, Halle, 1750. §§ 77-78. For more details see: Heinrich Ch., Formale Freiheit und Materiale Gerechtigkeit, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 26-36; Kersting W., Der Kontraktualismus im deutschen Naturrecht, in: Das Europdische Naturrecht im ausgehenden 18. Jahrhundert. Eds. O. Dann, D. Klippel. Hamburg, 1994, S. 92-110.

[53] Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, p. 119.

[54] Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, p. 46-47.

[55] For historical overview see: Bärmann J., Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel, in: Revue internationale de droit comparé, (1) 1961, p. 18-53.

[56] Grotius H., Op. cit. II.11.4.1; Pufendorf S., Op. cit. III. IV. § 1; Thomasius Ch., Fundamenta iuris naturae et gentium, Halle, 1718. I. 5. § 34.

[57] Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, p. 2-3.

[58] For example, after examining provisions on *laesio enormis* under Roman, French and German laws, Pobedonostsev briefly remarked that Russian law did not allow rescission of contract on the ground of extraordinary loss (*laesio enormis*) resulting from an inequality between the performances under the contract, not even in the sale of real property for half the market price (Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, p. 189).

3.6 Classification of contracts

In his attempt to coherently order Russian positive law, Pobedonostsev paid great attention to the reasonable and consistent classification of contracts. This was an urgent task for jurisprudence since the Digest of Laws classified only modes to acquire property into onerous and gratuitous (see book III, sec. 1, subsec. III) instead of arranging types of contracts or contractual obligation.

Pobedonostsev suggested classifying contracts on the basis of counter-performance and the economic purpose of the parties. The first criterion served to distinguish mutual from unilateral and onerous from gratuitous contracts. The second criterion was used to subdivide contracts according to the aim of the parties: 1) to convey property (*ad dare*), 2) to perform services (*ad facere*), 3) to provide collateral.[59] The latter criterion became the linchpin in arranging a wide variety of legal transactions treated in the 3rd volume of the Course on Civil Law.

Although Pobedonostsev expressly referred to only a few scholars of the 19th century in support of his classification efforts, all the above-stated criteria were actively used by the advocates of classical natural law. Moreover, it was the advocates of *ius naturale* who popularized this classification of contracts and did away with various obsolete criteria of medieval *ius commune*. Again, in this undertaking the founders of classical natural law were proceeded by Spanish late Scholastics of the 16th century most of whom found "subtle rather than useful concoctions, invented and introduced as a matter of civil law by pagans".[60]

3.7 Justice

As we have seen, Pobedonostsev upheld many legal tenets similar those of classical natural law. Obviously, he embraced this body of legal theory not as part of natural law, but rather as part of positive law in Western Europe which took shape after the first 'wave of codifications' in Europe in the late 18th – early 19th century. As such they became common sense to lawyers on the Continent. However, there was another important way to connect Russian dogmatic jurisprudence with the ideas of natural law, namely, through concept of justice.

The followers of classical natural law put great value on the principle of justice in their legal doctrines. The just nature of law was one of the axioms from which a great deal of legal doctrines was deduced. For Pobedonostsev the meaning and the role of justice in matters of contract law were more limited, yet still very notable. Although he did not formulate justice as a specific principle, its content and functionality may be deduced from numerous recourses to the word 'justice' and its derivatives in his Course on Civil Law.

The meaning of justice in Pobedonostsev doctrine seems to manifest itself via two main ideas: equilibrium of interests and standards of reasonableness.[61] It could be more narrowly defined through reference to the moral foundations of justice, its natural origins and supra-positive significance. In addition to his view of law as Commandment, Pobedonostsev mentioned some 'natural feeling of justice' which arose in the face of blunt formalism of a particular legal rule.[62] This is a rare allusion to a kind of natural order in the work of a convinced positivist.

The functions of justice render its meaning even clearer. First, justice served the purpose to correct the rigidity in human positive law by taking into account additional circumstances relevant to the case, similar to *bonae fidei* lawsuits in Roman law.[63] Second, it was a means to fill gaps in Russian positive law.[64] With its meaning and functions, justice proved to be indispensable in a dogmatic discourse which contributed to similarities between the legacy of classical natural law and Pobedonostsev's Course on Civil Law.

Conclusion

On first impression, Pobedonostsev's Course on Civil Law seems to confirm a common view that Russian civil law jurisprudence began to take shape under the decisive influence of the German Historical School and the Pandectists with an almost negligible contribution from classical natural law of the 18th century. Pobedonostsev shared the anti-liberal Russian conservative ideology of Official Nationality and embraced in his academic creed most of the tenets of the German Historical School and positivist jurisprudence.

And yet, in the Course on Civil Law we see undeniable parallels with classical natural law. Pobedonostsev adopted the same parts of the legacy of natural law which had been embraced by the German Historical School earlier. These were the overall systematic division of legal doctrine, the demonstrative method of its exposition, some basic legal concepts, and the ethical determination of laws. The doctrine of contract law reveals even more similarities, regarding arguments for the necessity and significance of contract, its voluntary nature and economic purpose, the major criteria of classification, as well as the principles of freedom of contract and its obligatory force.

What were the causes of this influence? First of all, it was mediated by Western European jurisprudence and legislation of the 19th century. Various ideas and solutions became common sense for lawyers on the Continent, and their origins were blurred. Second, natural law solutions found their way into Russian dogmatic jurisprudence by virtue of their reasonableness, sense of justice, and the need for a supra-positive ideal. Even such a conservative scholar as Pobedonostsev could not expound his doctrine of contract law without some critique of the Digest of Laws of the Russian Empire. This critique *de lege ferenda* recurrently called for justice, or supra-positive ideal of natural origin, which seemed to be indispensable to maintain an equilibrium of interests and reasonableness of laws in action.

In the late 19th and early 20th century the idea of supra-positive values was reinforced in Russia by the school of revived natural law as a reaction to plain textual positivism. In doing so Russian jurisprudence followed a trend similar to German or French jurisprudence.

[59] Pobedonostsev K., Op. cit. n. 20, p. 293-294.

[60] See Decock W., Op. cit. n. 31. p. 142, citing Molina L. De iustitia et iure. Venetiis, 1614. Tom. 2, tract. 2, disp. 258, no. 9.

[61] "Justice established balance of interests" (op. cit. n. 20, p. 79). Justice as an opposition to arbitrary behaviour (op. cit. n. 20, p. 180).

[62] Natural feeling led him to denounce the formalism of ancient Roman law stripping informal agreements from legal protection (op. cit. n. 20, p. 27).

[63] For example, 'justice demands to restore rights…' (on occasion of restitution upon rescission of erroneously concluded contract); op. cit. n. 20, p. 119, rescission of contract without actual cause (op. cit. n. 20, p. 46) or the prohibition of usury (op. cit. n. 20, p. 79).

[64] Again, examples of rescission of contract without actual cause, without clear regulations in the Digest of Laws (op. cit. n. 20, p. 46).

Vilnius Social Democracy after World War I (to the Beginning of 1919) – Selected Aspects of its Activism and Political and Legal Thought

*Przemysław Dąbrowski**

Abstract

Social democracy in Vilnius through various stages. This was a heterogeneous group. Some representatives supported the socialists and some of the communists. The purpose of this article is to present only part of the activity of social democracy in Vilnius, with particular emphasis on the former LSDP

Key words: *Social Democracy; LSDP; Vilnius Organization of the Social Democratic Party of Lithuania.*

The ideological twists and turns the Vilnius Social Democracy went through made its representatives break ranks in favor of either socialists or communists. At the end of November 1918 Stanisław Bagiński and Leon Kulikowski began forming the Polish Social-Democratic Party of Lithuania and Belarus. Much earlier, probably in July 1918, Alexander Zasztowt, Edward Sokołowski and Józef Godwod created the People's Social-Democratic Party of Lithuania and Belarus. Józef Godwod[1] joined the former the year it was established. On December 24, 1918, together with Leon Kuliowski he began issuing a weekly newspaper entitled *Przełom*, an official mouthpiece of the Polish Social-Democratic Party of Lithuania and Belarus[2].

The close relation of socialists and social democrats lasted. In less than two years after that a conference of Polish socialist organizations of Lithuania and Belarus was held in Vilnius on February 22, 1920. It was unanimously emphasized that one organization uniting all the socialist groups functioning in the area of the former Grand Duchy of Lithuania should be formed. Thus, some representatives of the Vilnius-based Polish Social-Democratic Party of Lithuania and Belarus merged with the Polish People's Party of Grodno and Minsk, giving rise to the Polish Socialist Party of Lithuania and Belarus which fully adopted the program of the People's Central Committee of the Polish Socialist Party[3].

Apart from the merger of socialists with social democrats other bonds between social democrats and communists were visible. The communists began to stress their social democratic origin. Between November 16 and 17, 1918 the capital of the former Grand Duchy of Lithuania hosted a conference of the Vilnius Organization of Social Democratic Party of Lithuania, which operated between 1896 (beginning dates back to 1893) and 1905 formally under the name of the Lithuanian Social Democratic Party (LSDP - Lietuvių SDP)[4]. During the

* Przemysław Dąbrowski, Ph.D., Department of History of State and Law, Faculty of Law and Administration, University of Gdansk, Poland.
At this point I would like to thank Anna Olszańska for help with translating the text.

1 Z. Solak, *Między Polską a Litwą. Życie i działalność Michała Römera 1880–1920*, Kraków 2004, p. 384; P. Dąbrowski, *Rozpolitykowane miasto. Ustrój polityczny państwa w koncepcjach polskich ugrupowań działających w Wilnie w latach 1918–1939*, Gdańsk 2012, p. 145.

2 „Do robotnika polskiego", *Przełom*, Wilno, 24/12/1918, no. 1, p. 1.

3 P. Dąbrowski, *op. cit*., p. 146; 155; see: A. Pukszto, *Między stołecznością a partykularyzmem. Wielonarodowościowe społeczeństwo Wilna w latach 1915–1920*, Toruń 2006, p. 38; after the merger, from December 26, 1920 until 1921, a weekly newspaper *Przełom* was printed as a mouhtpiece of the Polish Social -Democratic Party of Lithuania and Belarus.

4 J. Ochmański. *Historia Litwy*. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1982, p. 243; P. Łossowski, *Litwa*. Warszawa 2001, p. 39; J. Jurkiewicz, *Rozwój polskiej myśli politycznej na Litwie i Białorusi w latach 1905-1922*, Poznań 1983, p. 32, 39; M. Römer, *Litewskie stronnictwa polityczne*, Wilno 1921, p. 23; see: *Ultimatum członków Centralnego Koła Wileńskiej Organizacji PPS*, manuscript (manuscr.), *Zespół redakcji „Echo"*, Lietuvos Mokslų Akademijos Vrublevskiu Biblioteka, Rankraščių Skyrius (LMAVB), ap. 50, b. 10, lap. 3–4; its origin came from the so-called socialist „local". The party tried to interact with the Polish language. Expressed the position of the Lithuanian national, wanted to extend their influence on the proletariat Lithuania. Since its inception was seen as a conflict with the Polish Socialist Party, which initially refused to LSDP organizational independence due to the fact that the former had used it to the agitation of the Polish language. Only those, which spoke Lithuanian were considered as revolutionary distinct groups. This stopped being valid in 1906, when the Polish Socialist Party in Lithuania changed its name to the Social Democratic Party of Lithuania and merged with LSDP (which in June 1905 was renamed to the Social Democratic Party of Lithuania – Lietuvos SDP), more on the LSDP see: *Program Litewskiej Socjal demokratycznej Partii*, manuscr., LMAVB, *Dokumenty Litewskiej Socjaldemokratycznej Partii*, ap. 64, b. 37, lap. 1–9; *Przyczynek do programu LSDP*, manuscr., LMAVB, *Dokumenty Litewskiej Socjaldemokratycznej Partii*, ap. 64, b. 40, lap. 1–32v; *Połączenie się Litewskiej Socjaldemokratycznej Partii z Litewską Socjaldemokratyczną Partią Robotniczą*, manuscr., *Zespół redakcji „Echo"*, LMAVB, ap. 50, b. 10, lap. 1–2; *Robotnik Litewski* and other publications LSDP came out in duplicate: Polish and Lithuanian. This published in Polish, was larger and more carefully written.

conference a motion to the party's Labor Committee was filed to issue a Vilnius-based labor newspaper in Polish.

It needs to be emphasized that such endeavors had been made before and they often were successful. In 1896 the Lithuanian Social Democratic Party (LSDP) issued its first paper in Polish entitled *Robotnik Litewski*. Probably only two issues were printed[5]. In 1897, another paper was published in Vilnius – an illegal hectographic magazine entitled (until March 1899) *Echo Życia Robotniczego*. At the end of 1898, it evolved from local magazine into a general Lithuanian newspaper, published both in Polish and Lithuanian[6]. At the beginning of the 20th century, probably from the second half of 1902, another periodical was issued for Lithuania's proletariat, this time in Tylża. It was supposedly called *Echo Życia Robotniczego na Litwie* and it was printed with intervals until 1906. That year the paper moved to Vilnius. It is possible that during that time, that is from 1897, Andrzej Domaszewicz (Andrius Domaševičius) was the editor of both *Echo Życia Robotniczego* and *Echo Życia Robotniczego na Litwie*, initially assisted by Edward Sokołowski[7], among others. Since June 24 (July 7), 1906 *Echo Życia Robotniczego na Litwie* had been printed under a new title *Echo* (the publisher was J. Jaks-Tyr), and then after imprisonment of its editors W.Stojkow, Michał Birżyszka (Mykolas Biržiška) and B.Symonowicz[8], that is from December 1906 to May 1907, it had been printed as *Topór*[9], a socio-political and scientific-literary weekly newspaper, whose fourteen issues were published (Adam Giedwiłło and Konstanty Walukiewicz were the editors). In August 1907 the first issue of the *Robotnik Wileński* was released, which referred to the social democratic principles[10]. In 1917 Social-Democratic Party of Lithuania printed merely three issues of two unlicensed newspapers, i.e. *Echo Życia Robotniczego* and *Echo Życia Robotniczego Litwy*[11].

The journalist initiative of Vilnius Organization of Social-Democratic Party of Lithuania in the new geo-political started on January 12, 1919, when a new magazine entitled *Echo Robotnicze* was issued. Its editor was officially Aleksander Birynczyk, while the actual person in charge of editorship was Andrzej Domaszewicz.[12] A foreword to the paper made it evident that there was a strong need for a fixed organization representing the interest of Lithuanian proletariat, regardless of its nationality, sex or religion. The priority of such an organization would be to establish people's republic (which system would be based on a socialist doctrine), which in a long-term perspective would merged with other countries by voluntary federal bonds. [13] To justify such plans it was argued that: "as long as the capitalist system is in force, the working class shall not be fully liberated. It is not able to obtain everything it deserves. On the capitalist grounds, all the changes will be merely partial and insufficient. They will not revolutionarily alter the situation of the working class. The miseries and calamities shall not be alleviated while under the capitalist rule. This is why a fight for a better tomorrow happens today to eradicate the capitalist evil and establish the socialist system."[14] The general prosperity was to be guaranteed by common ownership of production factors and eradication any existing exploitation forms. Establishing grocery and manufacturing associations as well as labor unions in different branches was postulated. As it had been underlined, the labor unions played a particularly significant role in workers' everyday life since they struggled for better work conditions and payment. They taught solidarity and proved to be good schools preparing for life under a new system. It was written that "whereas the power of bourgeoisie lay in its wealth and possessions it took away from the workers, the power of the working class lies in a conviction instilled in its ranks that only a mindful, united and disciplined army of workers is capable of reducing the old order into a pile of rubble and then having a new order risen from the ashes like a phoenix"[15]. There were also calls to establish the so-called domestic and regional committees providing catering to Vilnius' residents, labor cooperatives and labor houses supporting poor children.[16]

January 1919 marks the major split in the political views within the working class camp. The Vilnius Organization of the Social Democratic Party of Lithuania together with the Communist Party of Lithuania and Belarus (established in August 1918)[17] favored the dictatorship of the class-conscious

---

5 A. Morawski, *Historia litewskiego ruchu robotniczego (1893-1902)*, manuscr., *Dokumenty Litewskiej Socjaldemokratycznej Partii*, *podzespół Alfonsa Morawskiego (Alfonso Moravskio fondas)*, LMAVB, ap 64, b. 1, lap. 22 (36); 79 (93).

6 Ibidem, lap. 194 (208)–195 (209); the first Polish issue of so-called "series II" came out in the form of a hectographic in December 1899. Consisted of 22 pages. Lithuanian issue appeared in January 1899, in the form of printed paper.

7 idem, *Alfabetyczny spis uczestników litewskiego socjaldemokratycznego ruchu w latach 1893-1900*, manuscr., *Dokumenty Litewskiej Socjaldemokratycznej Partii*, LMAVB, ap. 64, b. 127, lap. 4 (5); Zygmunt-Teodor [unknown pressmark], „Z Przeszłości", *Echo Robotnicze*, Wilno, 12/01/1919, no. 1, p. 1; *Encyklopedia Ziemi Wileńskiej. Książka i prasa na Ziemi Wileńskiej. Drukarnie, wydawnictwa, księgarnie, biblioteki, czasopisma XVI w.–1945 r.*, ed. M. Jackiewicz, Bydgoszcz 2008, pp. 124–125.

8 *Encyklopedia Ziemi Wileńskiej. Książka i prasa...*, p. 124; A. Romanowski, *Młoda Polska wileńska*, Kraków 1999, p. 49; 50; Jerzy Jankowski, publishing under a pen-name Jerzy Szum, cooperated with the magazine. Altogether there were eighteen issues. Under the verdict of the Vilnius Court the circulation of *Echo* was suspended and its last issue was printed on December 5, 1906. The grounds for the sentences was "a continuous incitement of the working class".

9 W. Dobaczewska, *Wileńszczyzna i Nowogródczyzna w latach 1920–1937. Sprawy społeczne i stołeczne*, Wilno 1938, p.35

10 *Encyklopedia Ziemi Wileńskiej. Książka i prasa...*, p. 254; 280.

11 Ibidem, pp. 124–125.

12 Ibidem, p. 124; thirty-eight numbers were issued.

13 „Od Organizacji Wileńskiej Socjaldemokratycznej Partii Litwy", *Echo Robotnicze*, Wilno, 12/01/1919, no. 1, p. 1; the importance of the dictatorship of the proletariat was emphasized as a necessary stage during the introduction of a socialist system.

14 „Drogi wyzwolenia", *Echo Robotnicze,* Wilno, 19/01/1919, no. 7, p. 2.

15 „Drogi wyzwolenia. Związki zawodowe", *Echo Robotnicze*, Wilno, 23/01/1919, no. 10, p. 1.

16 „A jednak!", *Echo Robotnicze*, Wilno, 16/01/ 1919, no. 4, p. 1; „Gdzie władza!", *Echo Robotnicze*, Wilno, 19/01/1919, no. 7, p. 2.

17 J. Jurkiewicz, *op. cit.*, pp. 166–167; established at the conference of the Central Committee Social Democratic Workers' Party of Lithuania and Belarus and the Vilnius Committee of this Party.

proletariat,[18] headed by the Provisional Revolutionary Government of Workers and Peasant of Lithuania. The Polish Social-Democratic Party of Lithuania and Belarus[19] with Bund as well as the other parties adopted a slogan "Deputies to be freely elected by all workers" – thus included the slogan of so-called "doubtful proletariat."[20] That was why the Vilnius Organization of the Social Democratic Party of Lithuania demanded appointing "conscious workers" as people's deputies. The beginning of 1919 was the time of vigorous preparations to the elections to the Vilnius Council of People's Deputies. According to the Vilnius Organization it should have gathered "conscious representatives of the Vilnius proletariat which would unhesitatingly work to establish and consolidate a socialist system on the ashes of the former capitalist-bourgeoisie state." There was an ongoing struggle for the dictatorship of the proletariat and all power was delegated to the Deputies Councils made up of "smallholder and landless peasants, proletarian deputies of Lithuania", who should become the independent Republic of Lithuanian People's Deputies. Only in such a form of government, the proletariat united during the Congress of Worker and Peasant Deputies, would have a say in the Lithuania's foreign policy. That is why it was said that "The war is on. Let's prepare for a ferocious battle, a battle which shall bring death to bourgeoisie and a final triumph of the proletariat."[21]

The preparations to the elections brought the transformation of the Vilnius Organization of the Social Democratic Party of Lithuania into a Communist Party of Lithuania[22], on January 30, 1919. The appeal to the voters read that "The day of elections to the Vilnius People's Deputies has come. Vilnius with its conscious and organized representatives should make a decision. Should the proletariat follow a quick and efficient way towards its liberation? Should it take the dictatorship in its hands and gradually, step by step, implement the socialist regime, irrespective of the bourgeoisie? Or is the proletariat supposed to merely patch the torn veil of capitalism and postpone the overruling of this system to some distant, possibly more appropriate times?"[23] The new grouping committed itself to a struggle against unemployment, hunger, overpricing and speculations. At the same time they were well aware of how difficult it could be to defeat the bourgeoisie whose weapon was "the power of their wealth, their organization, their intellectual potential purchased before and their exploitative political mechanism." That was the reason why the working class had to be organized into labor unions, but also to support the organization of the industry, trade, agrarianism, as well as political and economic life and proletarian armed forces."[24] The election campaign was successful enough for the Communist Party of Lithuania to win. Defeating other socialist groupings made them triumphantly call themselves "the working class legionnaires". *Echo Robotnicze* wrote that "a Vilnius worker can clearly see that only communists can claim total victory over the bourgeoisie since they pledge no half measures nor peace settlements since they generate either anarchy or the victory of counter revolutionaries." A homogenous Deputies Council served as a guarantee for the changes as well as implementing all necessary tasks and, in the end, the recovery of the country. It was claimed that "The workers have chosen the way to liberation, the way of unifying the Council to make it work productively on the ashes of a bourgeoisie state, a way to establish a Commune of Lithuania in lieu of the vanishing state. There is still a group of opportunists who are going to inhibit the works of the Council. It is a task for the Vilnius working class of this communist center to get rid of these units and create a revolutionary communist Workers and Soldiers Deputy Council as well as the Commune of Lithuania." Having pointed out the commitment to the Russian communists, it was emphasized that thanks to them, Vilnius proletariat obtained power and freedoms to decide about its own issues.[25]

February 17, 1919 opened a new page in Lithuanian history with the first Congress of People's Deputies. During the Congress, a common political line on such issues as relations with Soviet Russia, attitude to communist revolution and establishing a government[26] were to be discussed. Following the provisions of a resolution which was accepted during the second communist convention of the Communist Party of Lithuania and Belarus, it was also urged to finally take a stance on federation of Lithuania and Belarus (which area would be restricted to former tsarist provinces of Minsk and Grodno). It was emphasized that

[18] "Kogo wybierać do Rady Delegatów Robotniczych?", *Echo Robotnicze,* Wilno, 30/01/1919, no. 16, p. 1; "Wybory do Rady delegatów robotniczych", *Echo Robotnicze*, Wilno, 24/01/1919, no. 11, p. 1; "Naiwni!", *Echo Robotnicze*, Wilno, 22/02/1919, no. 36, pp. 1–2; only the conscious, party proletariat could handle all the tasks because it constituted a power to break the old order (the capitalist-bourgeoisie state) and build a new one (the socialist state) on its rubbles.

[19] See: "Do wyborów", „Przełom", Wilno, 25/01/1919, no. 17, p. 1; in its appeal the grouping stated that: "As a result, the Polish workers should not vote for the communists either. Instead they should cast their votes for the Polish Social-Democratic Party of Lithuania and Belarus since this party speaks for the special needs of the working class. Its mission statement is proletarian government and social revolution. In order to give all the power to proletariat our party guarantees protection to cultural and national matters and fits its program to the distinct living conditions in Lithuania."

[20] „Kogo wybierać do Rady Delegatów Robotniczych?", *Echo Robotnicze,* Wilno, 30/01/1919, no. 16, p. 1.

[21] „Wybory do Rady delegatów robotniczych", *Echo Robotnicze*, Wilno, 24/01/1919, no 11, p. 1; see: „Instrukcje dla przeprowadzenia wyborów do Rad Delegatów Robotniczych i Żołnierzy Armii Czerwonej", *Echo Robotnicze*, Wilno, 24/01/1919, no. 11, pp. 1 – 2.

[22] „Konferencja S.D.P.L.", *Echo Robotnicze*, Wilno, 25/02/1919, no. 41, p. 1; the transformation bill was accepted by the Central Committee of Vilnius Organization and New Vileykan Social-Democratic Party of Lithuania. Officially it was accepted on the Congress of Social-Democratic Party of Lithuania held on 22-23 February 1919. It was emphasized that the former name did not correspond with the tactics and activities undertaken by the socialist revolution and the dictatorship of the proletariat.

[23] „Towarzysze i Towarzyszki", *Echo Robotnicze*, Wilno, 31/01/1919, no. 17, p. 1.

[24] „Dyktatura proletariatu i organizacja", *Echo Robotnicze*, Wilno, 4/02/1919, no. 20, p. 1; „Jak walczyć ze spekulacją i drożyzną?", pt. 2, *Echo Robotnicze*, Wilno, 4/02/1919, no. 20, pp. 1–2.

[25] „Po wyborach", *Echo Robotnicze,* Wilno, 5/02/1919, no. 21, p. 1.

[26] „Pierwszy zjazd delegatów od Rad Robotniczych i Włościańskich w Litwie", *Echo Robotnicze,* Wilno, 6/02/1919, no. 22, p. 1.

the residents of these two areas were very close to each other for they were brought together by a common page in the history and nearly identical conditions for the economic development. In no way were the residents forced to comply with the federal plans due to a shared belief that people should have a right to decide for themselves. It was asserted that "Lithuania's proletariat is willing to give a helping hand to their Belarusian neighbors, because of the miseries they shared in the past and the proletarian miseries they are facing now. Additionally, they are united in a common fight against bourgeoisie — and this is the sphere in which the working class of these two countries should unite and go hand in hand, to the war against bourgeoisie and counter-revolutionist dangers."[27] When the changes proposed under the agrarian reform were discussed, the expropriation had been unconditionally demanded. It was regarded as a necessary and practical measure that would be a sign of development to a more advanced form of social economy and a society managed by workers "for workers' benefit."[28]

The need to develop a consistent set of program rules, the unity of Lithuanian and Belarusian lands (which was a condition for establishing the Republic of Lithuania and Belarus) together with the lack of tactical differences at that point of the revolution finally lead to a merger of the Communist Party of Lithuania with the Communist Party of Lithuania and Belarus, which was officially stamped and sealed at a meeting of these two parties on February 22-23, 1919.[29]

[27] „Litwa i Biała Ruś", *Echo Robotnicze*, Wilno, 9/02/1919, no. 25, p. 1; See also: L. Wasilewski, *Polacy na Ukrainie*, manuscr., *Zespół Wspólny*, LMAVB, ap. 9, b. 2350, lap. 1–3; Z. Nagrodzki, *Wyprawa wileńska roku 1919. We wspomnieniach cywila (Kartki z pamiętnika)*, Wilno 1933, pp. 5–11; „Od Organizacji Wileńskiej Socjaldemokratycznej Partii Litwy", *Echo Robotnicze*, Wilno, 12/01/1919, no. 1, p. 1.

[28] „Wywłaszczenie", *Echo Robotnicze*, Wilno, 25/02/1919, no. 41, pp. 2–3.

[29] *Komunisticzeskaja Partia Litwy w cifrach 1918-1976. Sbornik statisticzeskich dannych,* Vilnius 1977, p. 6. „Zjazd Rad Delegatów Robotniczych...", *Echo Robotnicze*, Wilno, 22/02/1919, no. 38, p. 1; see: „Konferencja S.D.P.L.", *Echo Robotnicze*, Wilno, 25/02/1919, no. 41, p. 1; J. Jurkiewicz, *op. cit.*, Poznań 1983, p. 167; B. Waligóra, *Walka o Wilno. Okupacja Litwy i Białorusi w 1918-1919 r. przez Rosję Sowiecką*, Wilno 1938, pp. 15–16.

Participation of Vilnius Advocates in the Work of Lawyers Associations and Legal Organizations Operating in the Interwar Period in Poland

*Mikołaj Tarkowski**

Abstract

Article is devoted to the history of associations and legal organizations operating in the interwar period in Vilnius. The author of this article described the institutions institution that gathered the members of the Advocacy Bar in Vilnius. These organizations set different goals to achieve. Their work was based, inter alia, to spread legal knowledge among the residents of Vilnius and north-eastern lands of Poland, define and solve legal problems and integration of lawyers practicing in the district of the Court of Appeals in Vilnius. It should be added that the development of lawyers' associations in the years 1919-1939 was quite dynamic. However, organizational development was hindered by the difficult financial situation of some advocates in Vilnius.

Key words: *advocates; judges; prosecutors; legal society and organizations; Vilnius.*

Vilnius structure was part of the Ninth Division operating in the interwar Polish Lawyers Association, whose beginnings reached the Lviv Bar Association, which was founded in 1883. The turning point in the history of Polish Lawyers Association was 1911 years, when through the engagement of Lviv lawyer Alfred Kotowicz-Zgórski created the organization, which later become the leading association representing the environmental of advocates in the reborn Polish Republic[1]. Important for the fate of the Vilnius institution was convention organized by the Polish Lawyers Association in December 1924. One thing, which focused the attention of congress participant, was the discussion about local branches od Advocacy Bars in Polnad[2]. The vilnius institution was created with the help of warsaw branch of Polish Lawyers Association. This division was founded in 21 January 1928. Special role in the establishment of institutions played a lawyer Wacław Szumański. At first, set up a temporary management board, which comprised of the following attorneys: president Leon Sumorok, vice-president Mieczysław Engiel, secretary Władysław Miedzianowski, treasurer Zbigniew Jasiński. It was also decided that the management would be approved during the upcoming General Assembly of the Polish Lawyers Association in Toruń in 1928[3]. The vilnius branch in the initial phase of activity consisted of only a few lawyers, among them: Alexander Burhardt, Mieczysław Engiel, Zbigniew Jasiński, Jaromir Matyasz, Stanisław Mianowski, Władysław Miedzianowski, Stanislaw Mitkiewicz, Maria Sienkiewiczówna, Czesław Skinder[4]. After that, the number rose to more than ten people[5]. However, this did not affect, that of all the established branches in interwar Poland, the organization in Vilnius gathered the smallest group of lawyers – forty eight in 1939. At the same time the Bar Association in Vilnius had three hundred thirty-seven lawyers[6]. The Ninth Division of Polish Lawyers Association in Vilnius was directed by the president. This position held several times advocate Zbigniew Jasinski. In 1930 the management of Ninth Division in Vilnius consisted of the president

* Mikołaj Tarkowski, Ph.D., Department of History of Polish State and Law, Faculty of Law and Administration, University of Gdańsk, Poland.

1 A. Redzik, *„Czasopismo Adwokatów Polskich"- organ Związku Adwokatów Polskich*, [in:] „Palestra", Warszawa 2011, nr 3-4, p. 238.

2 A. Redzik, *Zarys dziejów samorządu adwokackiego w Polsce*, Warszawa 2007, s. 57-59; see also: L. Nowodworski, *Ze Zjazdu Adwokatów Polskich we Lwowie*, [in:] „Palestra", Warszawa 1925, nr 5, s. 636.

3 A. Dzięd zielewicz, *Dziewiąty Odział Związku Adwokatów Polskich*, [in:] „Czasopismo Adwokatów Polskich", Lwów 1928, nr 2, p. 2.

4 *Spis członków Związku Adwokatów Polskich,* [in:] „Czasopismo Adwokatów Polskich", Lwów 1928, nr 7, p. 8.

5 In 1930, the membership of the Polish Lawyers Association declared the following lawyers: Aleksander Burhadrt, Mieczysław Engiel, Kazimierz Florczak, Zbigniew Jasiński., Witold Jankowski, Jan Kamieński, Stanisława Kiaksztowa, Tadeusz Kiersnowski, Marian Kosiński, Stanisław Kukiel-Krajowski, Bronisław Krzyżanowski, Leon Kulikowski, Władysław Lityński, Jan Łuczywek, Jaromir Matyasz, Stanisław Mianowski, Stanisław Mitkiewicz, Aleksander Marcinkowski, Janina Mincerowa, Bronisław Olechnowicz, Mieczysław Raczkiewicz, Maria Sieknkiewiczówna, Józef Sopoćko, Zbigniew Turski, Jan Wiścicki, Eugenia Wiścicka, Stanisław Węsławski, Franciszek Wismont, Antoni Zabielski, Roman Zan, Józef Zmitrowicz; zob.: *Spis członków Związku Adwokatów Polskich,* [w:] „Czasopismo Adwokatów Polskich", Lwów 1930, nr 1-3, s. 10.

6 For comparison, the other Branches in Poland count: 507 lawyers (Warszawa), 158 (Lwów), 143 (Poznań), 135 (Toruń), 129 (Kraków), 108 (Lublin), 88 (Katowice), 81 (Łódź); zob.: *Z.[wiązek] A.[dwokatów] P.[olskich]*, [in:] „Czasopismo Adwokatów Polskich", Lwów 1939, nr 1-6, p. 4.

Zbigniew Jasinski and vice president Mieczysław Engiel[7]; and in 1935 - president Zbigniew Jasiński, vice president Wincent Łuczyński, secretary Maria Sienkiewiczówna, treasurer Albert Siawciłło, members: Władysław Osiecimski, Stanislaw Kukiel-Krajowski and Jan Łuczywek. Vilnius agency also indicated his delegate represented the local branch of the central organs of the Association. In 1930, delegates of Vilnius were the following advocates: Jaromir Matyasz and Mieczysław Engiel[8]. Holders of these positions represented Vilnius advocacy during the meetings of the General Assembly of Delegates of the Association. This authority accepted or rejected the annual report on the activities of government organizations and chose lawyers to Central Administration of Polish Lawyer Association[9]. Advocates, who sit in the Central Adminitration of organization, among them representatives of the Advocacy Bar in Vilnius, discussed abut many initiatives supported by the Association, such as reducing the costs of legal transactions by reducing the amount of legal fees, stamp duty, fixed prices charged by notaries and bailiffs. During the many years of activity the institution of Polish Lawyer of Association, it took care of the appropriate status of polish advocacy[10]. Meeting of the members of the Ninth Division of Polish Lawyer Association in Vilnius consisted of the presentation of lectures, which became the discussion about advocacy relationships with other community organizations, or the participation of members of the vilnius advocacy in public life. In October 1930, during one of these meetings advocate Zbigniew Jasinski delivered a lecture entitled: *Adwokatura i życie*. Advocate Zbigniew Jasiński encouraged his colleagues to take more dynamic action in favor of the inhabitants of Vilnius. Speech provoked an interesting debate, which was attended by the following advocates: Ignacy Zagórski, Maria Sienkiewiczówna, Henryk Korngold, Eliasz Rudnicki, Bronisław Olechnowicz i Paweł Andrejew[11].

Taking into account the lawyer's organizations in Vilnius, the Ninth Division of Polish Lawyers Association had relatively the most important position. On the other hand, in comparison with other organizations of lawyers, for example Ignacy Daniłowicz Society, the Ninth Division in Vilnius was less prominent institution. In the interwar period, vilnius lawyers rarely took part in the initiatives made by other polish organization of lawyers. This phenomenon was associated with the following factors. First, lawyers and trainee advocates filed a large number of applications for social assistance grants, which showed that some of them remained in a difficult financial situation[12]. Focusing on the daily performance of their duties, finding new customers and orders, most of advocates in Vilnius were not able to develop new initiatives. Another factor impeded the development of organizations such as the Ninth Division of Polish Lawyer Association in Vilnius was the fact, that Bar Association previously established cooperation with Ignacy Daniłowicz Society. Members of the association together with the scientific staff of the Faculty of Law and Social Sciences of the Stefan Batory University in Vilnius, published since 1925 scientific journal entitled: ,,Rocznik Prawniczy Wileński"[13].

The Ignacy Daniłowicz Society was appointed by advocate Tadeusz Wroblewski in 25 February 1921. This Legal Society initially subjected to the control of the Department of Internal

---

[7] *Ze Związku Adwokatów Polskich,* [in:] ,,Wileński Przegląd Prawniczy", Wilno 1930, nr 10, p. 310-311; see also: *Ze Związku Adwokatów Polskich*, [in:] ,,Wileński Przegląd Prawniczy", Wilno 1935, nr 4, p. 137.

[8] *Z Zarządu Głównego Z.[wiązku] A.[adwokatów] P.[olskich]*, [in:] ,,Czasopismo Adwokatów Polskich", Lwów 1930, nr 4-6, s. 13.

[9] In 1939, the Central Administration comprised, inter alia, the following vilnius lawyers: Mieczysław Engiel i Zbigniew Jasiński; see: *Ze Związku Adwokatów Polskich. Walne Zgromadzenie Delegatów Związku*, [in:] ,,Palestra", Warszawa 1939, nr 6, p. 833-835.

[10] *Ze Związku Adwokatów Polskich*, [in:] ,,Palestra", Warszawa 1935, nr 11, p. 906.

[11] *Ze Związku Adwokatów Polskich,* [in:] ,,Wileński Przegląd Prawniczy", Wilno 1930, nr 10, p. 310.

[12] An obligation for the payment of contributions to the Bar Association, did not meet mostly lawyers outside of Vilnius. This group formed: Mojżesz Kotlar (Brześć nad Bugiem – divison of District Court in Pińsk), Maks Popper (Wilno), Zbigniew Turski (Wilno), Aleksandr Rożdziestwieński (Nowogródek), Leona Carewski (Grodno), Maria Iwaszkiewiczówna (Baranowicze – division of District Court in Nowogródku), Aleksander Krzyżanowski (Grodno), Salomon Erdrejch (Suwałki – divison od District Court in Grodno), Jerzy Koral (Suwałki – division of District Court in Grodnio), Tadeusz Wirszyłło (Wilno), Ksenia Abkowiczówna (Landwardów – division of District Court in Wilno). However, the following attorneys benefited from the financial assistance: Franciszek Wismont (Lida - division of District Court in Wilno), Leon Abramski (Grodno), Izydor Ruthen (Grodno), Konstanty Terlikowski (Grodno), Bronisław Olechnowicz (Wilno), Antoni Miller (Wilno), Borys Majmeskuł (Wilejka - division of District Court in Wilno), Stefan Kaliniewicz (Zdzięcioł - division of District Court in Nowogródek), Emanuel Smilg (Wilno); see: *Sprawozdanie Rady Adwokackiej i Sądu Dyscyplinarnego Izby Adwokackiej w Wilnie za rok 1936/37*…, p. 56; see also: *Sprawozdanie Rady Adwokackiej i Sądu Dyscyplinarnego Izby Adwokackiej w Wilnie za rok 1934/35*…, p. 40; Lietuvos Centrinis Valstybės Archyvas (LCVA), F. 133, Ap. 2, B. 20, *Protokół posiedzenia Komisji Funduszu z dnia 7 stycznia 1935 r*. Sprawa wniosku adwokata Mojżesza Kotlara. Protokoły posiedzeń Komisji, c. 2v; LCVA, F. 133, Ap. 2, B. 20, *Protokół posiedzenia Komisji Funduszu z dnia 7 stycznia 1935 r*. Wniosku adwokata Mojżesza Kotlara. Protokoły posiedzeń Komisji, c. 2v; LCVA, F. 133, Ap. 2, B. 20, *Protokół posiedzenia Komisji Funduszu z dnia 18 stycznia 1935 r*. Wniosek adwokata Maksa Proppera. Protokoły posiedzeń Komisji, c. 11v; LCVA, F. 133, Ap. 2, B. 20, *Protokół posiedzenia Komisji Funduszu z dnia 6 lutego 1935 r*. Wniosek adwokata Zbigniewa Turskiego. Protokoły posiedzeń Komisji, c. 15v; LCVA, F. 133, Ap. 2, B. 20, *Protokół posiedzenia Komisji Funduszu z dnia 1 marca 1935 r.* Wniosek adwokata Aleksandra Rożdziestwieńskiego, Leona Carewskiego, Marii Iwaszkiewiczowej, Aleksandra Krzyżanowskiego, Salomona Erdrejcha, Jerzego Korala. Protokoły posiedzeń Komisji, c. 24; LCVA, F. 133, Ap. 2, B. 20, *Protokół posiedzenia Komisji Funduszu z dnia 14 marca 1935 r*. Wniosek adwokata Tadeusza Wirszyłło. Protokoły posiedzeń Komisji, c. 27; LCVA, F. 133, Ap. 2, B. 20, *Protokół posiedzenia Komisji Funduszu z dnia 4 października 1935 r*. Wniosek adwokata Kseni Abkowiczówny. Protokoły posiedzeń Komisji, c. 60v; Protokoły posiedzeń Komisji, c. 27; LCVA, F. 133, Ap. 2, B. 20, *Protokół posiedzenia Komisji Funduszu z dnia 25 października 1935 r*. Wniosek adwokata Franciszka Wismonta o przyznanie zapomogi. Protokoły posiedzeń Komisji, c. 63; LCVA, F. 133, Ap. 2, B. 20, *Protokół posiedzenia Komisji Funduszu z dnia 18 stycznia 1936 r*. Wniosek adwokatów: Franciszka Wismonta, Leona Abramskiego, Izydora Ruthena, Konstantego Terlikowskiego, Bronisława Olechnowicza, Antoniego Millera, Borysa Majmeskuła, Stefana Kaliniewicza, Emanuela Smilga o przyznanie zapomogi. Protokoły posiedzeń Komisji, c. 63.

[13] *Adwokatura Wileńska a ,,Rocznik Prawniczy Wileński"*, [in:] ,,Rocznik Prawniczy Wileński", Wilno 1931, r. 5, p. 646.

Affairs of Central Lithuania. The first meeting of the members appointed on 16 March 1921. During the meeting, they chose the first government of organizations. Professor Alfons Parczewski, who had practiced as a lawyer before, took the position of the chairman[14]. President of the Court of Appeal Restytut Sumorok was appointed for the position of vice-president. The Society formed by professors of law, judges, prosecutors and lawyers. In this group should be replaced advocate Kazimierz Petrusewicz, who served as vice-president of the Society in 1928. From the beginning involved with the Society advocate Marian Strumiłło, who was treasure of this organization. A member of the Audit Committee held a lawyer Mieczysław Engiel. The Society divided into civil and criminal section. The first of these led the judge, and later a lawyer – Maksymilian Maliński. The secretary of this section was advocate Jan Klott, who later practiced as a notary[15]. The criminal section was managed by judges and prosecutors: Aleksander Proniewicz (chairman), Aleksander Jodziewicza (secretary) and Władysław Hołownia (vice-chairman). Over the years the Society was operated by the following attorneys: former judge of Court of Appeals in Vilnius Aleksander Achmatowicz and former judge of District Court in Vilnius Wincenty Łuczyński[16].The chairmans of this two sections organized a scientific lectures and meetings. Advocate Władysław Miedzianowski took an active part in them. He presented a paper entitled:

O dekretach w sprawach ochrony lokatorów. Members of the Society also participated in the organization of Polish Lawyers Convention, which took place in 1924 in Vilnius. This Congress brought together about two hundred and fifty polish lawyers[17].

The cooperation between the Advocacy Bar in Vilnius and editorial of ,,Rocznik Prawniczy Wileński" became more and more powerful, and consequently, it led to the fact that the activities of this periodic was financed, largely, by vilnius advocates. A significant amount of money came from the dean of the Bar Council, who was a lawyer Marian Strumiłło. This money did not prevent the magazine by the financial crisis that hit them in 1931[18]. After organization passed through a crisis, the authorities of Society decided that, actions took by staff of library should be better organized. This task was entrusted to the lawyer Stanisław Bagiński[19]. In the early thirties, the Society established the general section. In this way, the organization enriched by a discussion panel. One of the lawyers who engaged in the activities of the Society was Zygmunt Jundziłł. In January 1930, the lawyer reported on the lecture of two professors – Ignacy Koschembahr-Łysakowski and Roman Longchamps de Bérier, who gave in 1929 a lecture about the process of internationalization of contract law[20]. Society survived the financial crisis, but the organization met with problems of a different nature. In September 1938 editorial pointed out, that the readers of the magazine were very busy people, who simply did not have time to buy and read the journal[21]. These alarming diagnosis prompted editors of the magazine to take action to boost sales of them periodic. They wrote that the city of Vilnius, in which operate among others judges, prosecutors and lawyers, must had the Ignacy Daniłowicz Society. The purpose of this Society was to publish articles that were devoted to the legal problems faced by representatives of all legal professions[22].

Taking account the associations which collected vilnius advocates we can also include the following organizations: Poleskie Towarzystwo Prawnicze and Klub Prawników. The first one, was established in Brześć nad Bugiem in 6 June 1934. This society set itself two main goals. The first was associated with the dissemination of legal knowledge. The second assumed unite the local community of advocates and develop social relationships between them. In practice, Poleskie Towarzystwo Prawników started its operations in November 1934. Until then, the authorities of this organization recruit new members. It was headed by the president of the District Court in Vilnius Stanisław Falkowski. Management of this society consisted of six other lawyers, including: judge of District Court Włodzimierz Ciwczyński (vice-president), advocate Adam Berland (secretary), advocate Eugeniusz Wołkow (treasurer), vice-prosecutor Wacław Krzywopisza (librarian), vice-president of District Court in Pińsk Walerian Lewicki and advocate Stanisław Orpiszewski (members of management board)[23]. One of the guests who attended the grand opening on 18 November 1934 was governor of Polesie Wacław Kostek Biernacki. The polish president Ignacy Moscicki, marshal Józef Piłsudski, minister of justice Czesław Michałowski and president of Supreme Court in Warsaw sent the telegram of congratulations. During the inaugural meeting the speakers presented three papers: professor Janusz Jamontt - *Zasada oportunizmu przy ściganiu przestępstw,* advocate Jerzy Berland - *Przemiany światopoglądu prawniczego w dobie dzisiejszej (uwagi z dziedziny filozofii prawa)*, advocate and doctor Rafał Lemkin - *Nowe kierunki w ustawodawstwie kryminalnym (materialnym i procesowym)*[24]. Later, this organization undertook a number of initiatives, which were associated with the celebrations devoted to the adoption of the Polish Constitution in 1935[25].

[14] Lietuvos Valstybės Istorijos Archyvas, F. 1135, Ap. 16, B. 4, mszp., Zaświadczenie Prezesa Sądu Okręgowego w Kaliszu z 30 października 1920 r. Dokumenty stwierdzające wysługę lat i inne, k. 24; see also: A. Parczewski, *Wspomnienia patrona Trybunału o dawnej procedurze cywilnej w Królestwie Polskim*, [in:] ,,Wileński Przegląd Prawniczy", Wilno 1932, nr 1, p. 1-10.

[15] L. Sumorok, *Ś. † P. Jan Klott*, [in:] ,,Wileński Przegląd Prawniczy", Wilno 1932, nr 11, p. 302.

[16] LCVA, F. 133, Ap. 2, B. 332, *Curriculum vitae*. Personal act of Wincenty Łuczyński, c. 110.

[17] *Pamiętnik I (VIII) Zjazdu Prawników Polskich w Wilnie 8-10 VI 1924*, edi.. A. Parczewski, F. Bossowski, Wilno [1924], s. 9.

[18] *Adwokatura Wileńska a ,,Rocznik Prawniczy Wileński"*, [in:] ,,Rocznik Prawniczy Wileński", Wilno 1931, r. 5, p. 645-646.

[19] *Sprawozdanie z działalności Towarzystwa Prawniczego imienia Ignacego Daniłowicza w Wilnie za rok 1934-ty,* [in:] ,,Rocznik Prawniczy Wileński", Wilno 1935, r. 7, p. 432.

[20] *Sprawozdanie z działalności Towarzystwa Prawniczego im. Ignacego Daniłowicza w Wilnie za rok 1930*, [in:] ,,Rocznik Prawniczy Wileński", Wilno 1931, r. 5, p. 641.

[21] *Sprawozdanie z działalności Towarzystwa im. Ignacego Daniłowicza w Wilnie za okres 1936/1937 roku,* [in:] ,,Rocznik Prawniczy Wileński", Wilno 1938, r. 9, p. 341.

[22] Ibidem, s. 341

[23] *Poleskie Towarzystwo Prawnicze*, [in:] ,,Palestra", Warszawa 1934, nr 8, p. 519.

[24] *Poleskie Towarzystwo Prawnicze*, [in:] ,,Wileński Przegląd Prawniczy", Wilno 1934, nr 12, p. 365.

[25] *Z działalności Poleskiego Towarzystwa Prawniczego w Brześciu n.[ad]/B.[ugiem]*, [in:] ,,Wileński Przegląd Prawniczy", Wilno 1935, nr 5, p. 181.

Another vilnius organization was Klub Prawników, which was also called Klub Towarzysko-Sportowy. The aim of establishing this organization was developing of leisure activities. Lawyers, among them practicing judge, prosecutors, advocates belonged to the Klub Prawników. Representatives of other professions had an extraordinary right to membership. The first meeting of this organization held in Vilnius 27 October 1932. During the meeting, the members elected the Rada Gospodarzy, which managed the institution. It comprised of vilnius lawyers and trainee lawyers: Helena Sztukowska, Witold Jankowski, Jan Wiścicki and Eugenia Muchanowa. The advocates such as Jan Wiścicki, Witold Jankowski, Zbigniew Turski went into the Rada Gospodarzy in Mrach 1933. Advocate Helena Sztukowska joined to this group in the same year[26].

The Klub Prawników organized the gymnastic and sports games. Members of this institution were divided into male and female group. They used the gymnasium, which was located in Pohulanka – in one of the districts in Vilnius. The Club also organized a ski camp in each year. The members of Club had the opportunity to rent ski equipment, while the tennis fans used the courts located at the street Dąbrowski 8 in Vilnius (now Adomas Jakšto street). Tennis courts were built on the land that had been leased from the Pimonow family. In addition, trainers conducted sports activities for members of club in the section of rowing and gym. The first of these sections cooperated closely with the Towarzystwo Wioślarskie in Vilnius. Vilnius lawyers also participated in social events that were initiated by the Klub Prawników. The Club took care of providing various forms of entertainment for members, such as: new year's eve balls, carnival funs, philharmonic concerts. The Club was located on the 28 Adam Mickiewicz street. This institution had a very good housing conditions. The confirmation of this state of affairs was the fact that the authorities of the Ninth Division of Polish Lawyers Association in Vilnius often gathered in the rooms belonged to the Klub Prawników[27].

It is also worth mentioning that the vilnius lawyers belonged to organization, which was called Polski Związek Prawników Kresowców. This institution was located in Warsaw. The members of the association were: Józef Siawciłło (president of District Court in Vilnius), mortgage writer Leon Sumorok and advocate Mariana Strumiłło. Lawyers affiliated with the organization did not pretend to be scientific society, but they wanted to discuss the legal issues that occurred on the basis of practice[28].

The Lawyers of Bar Advocacy in Vilnius also participated in international meetings and conferences. It should also add that the delegations of lawyers from Vilnius were not numerous. About seventy polish lawyers took part in an international congress of lawyers from Slavic countries (Zjazd Prawników Państw Słowiańskich) in 1933, but only one advocate, who practiced in Vilnius, represented advocacy of this city on the Congress. The lawyer was Bronisław Krzyżanowski, who came to Bratislava and took part in this international symposium[29]. It seems that vilnius lawyers did not come to the congress, because for most of them stay in Bratislava was associated with considerable expenditure[30].

Trainee advocates of the Bar Association of Vilnius also worked in various organizations., This organization was called Związek Zrzeszeń Aplikantów Zawodów Prawniczych Rzeczypospolitej Polskiej until 1935, while in 1935-1939 it was called Związek Zrzeszeń Młodych Prawników Rzeczypospolitej Polskiej. The association organized symposium of young lawyers in each year. This kind of meeting took part in Vilnius in 1936. The participants of the congress discussed the reform of legal studies. In their view, it was necessary to reduce the number of students in faculties of law[31]. The conference was attended by advocate Stanisław Bagiński, who represented the Advocacy Council in Vilnius[32]. The next congresses were held in Lwów (1936) and Poznań (1937). The last conference took place in Warsaw in June 1939. The authorities of the Advocacy Bar in Vilnius - at the request of the organizers of the congress - decided to transfer sums of money, which was provided to finance the events of the conference program. Topics that were discussed at the conference included the following issues: models of education of trainee lawyers and the financial situation of the young generation of polish lawyers[33].

[26] *Klub Prawników*, [in:] „Wileński Przegląd Prawniczy", Wilno 1934, nr 4, p. 134.
[27] Earlier the Klub Prawników was located on the 8 Dąbrowski street; see.: ibidem, s. 134.
[28] *Polski Związek Prawników Kresowców*, Warszawa 1936, p. 3-4.
[29] W. Szawłowski, *Zjazd Prawników Państw Słowiańskich w Bratysławie*, [in:] „Wileński Przegląd Prawniczy", Wilno 1932, nr 9, p. 249.
[30] *I. Zjazd Prawników Państw Słowiańskich w Bratysławie 10. i 11/IX 1933*, [in:] „Głos Prawa", Lwów 1933, nr 1, p. 56.
[31] *Ogólnopolski Zjazd Młodych Prawników w Wilnie (21-24 maja 1936 r.)*, [in:] „Palestra", Warszawa 1936, nr 6, p. 521-323.
[32] W. Łukasewicz, *XIV Zjazd Młodych Prawników w Wilnie*, [in:] „Wileński Przegląd Prawniczy", Wilno 1936, nr 7, p. 276.
[33] LCVA, F. 133, Ap. 2, B. 47, Pismo Rady Naczelnej Związku Zrzeszeń Młodych Prawników Rzeczypospolitej Polskiej do Okręgowej Rady Adwokackiej w Wilnie z 4 maja 1939 r. Akta w sprawie XVI. Zjazdu Młodych Prawników w Poznaniu, c. 23-23v.

Role of the Uniform Legal System in the Process of Territorial and Social Integration – the Genesis of the Polish Criminal Code of 1932

*Marcin Michalak**

Abstract

The most important aspect of the article is to indicate to what extant uniform legislation could be a factor of territorial and social integration. This issue has been examined through the prism of the process of creation of the Polish Criminal Code of 1932. The paper indicates the attitude of the Polish elites to the problem of unification and codification of legal system at the threshold of the independence of the Second Polish Republic. The article posed a question if the way in which Polish Criminal Code was being prepared can serve as a profitable experience for those who are responsible for the creation of law nowadays, especially on the European level.

Key words: *Polish Criminal Code; penal unification; legal system.*

I.

The end of the First World War brought significant changes to the political map of Europe. The defeat of the Central Powers and the outbreak of the Bolshevik Revolution in Russia, enabled a rebirth of the independent states in the central Europe. On 11th November 1918, after 123 years of absence on the geopolitical map also Poland regained its independence as the Second Polish Republic. At that time the reborn country faced unprecedented challenges in its history. Long awaited liberation brought unification of lands separated from each other for decades. It became obvious that the differences typical for each of the former partitions concerned all areas of life. Individual districts of reunited Poland inherited completely different levels of economic and infrastructure development, separate monetary systems and customs territories from its expansionist neighbors. Moreover, the state was a mosaic of diverse legal systems. The newly formed country was under the Austrian, German, Russian and Hungarian (areas of Spisz and Orava) legislation[1]. Additionally in the central part of the country also French 19th century civil law remained in force[2]. It should be noted that these legal systems showed significant differences concerning legal principles and they expressed various stages of social and economic development[3]. Decades of growing dissimilarities developed specific habits and different legal awareness of Polish society in each part of the reunited country.

A factor which further hampered the unification of various lands was the absence of a leading center of Polish jurisprudence. In Prussian partition Polish university had never existed[4]. Within the Kingdom of Poland, informally known as the Congress Poland, repressions after the fall of the January Uprising led to the closure of a Polish science centre — Warsaw Central School[5]. The situation became even more complicated when the Russian authorities carried out the reform of the judiciary system between 1875 and 1876. Its aim was not only a unification of the Russian and Congress Kingdom judiciary structure but also its Russification[6]. In the Austrian partition, however, universities in Cracow and Lviv were the Polish centers of legal thought, where the education and scientific research based on Austrian standards. In consequence, the jurisprudence in each of the partitions existed in a different system and created its own typical terminology.

These various legal systems imposed on a Polish society by former invaders made a significant damage to the unity of the nation. This led to the formation of different attitudes towards the law and forced the adoption of foreign models. Separate provisions and regulations, which remained in force for more than a hundred years in particular districts of Poland, created pernicious legal diversity. This destructive variety was visible both in the sphere of private and public law. One of the most

* Mgr. Marcin Michalak, Department of History of State and Polish Law, Faculty of Law and Administration, University of Gdansk, Poland.

1 F. Ryszka, *Historia państwa i prawa Polski 1918-1939,* edited by J. Bardacha, v. V, part II, Warsaw 1968, p. 55.

2 Z. Radwański, *Kształtowanie się polskiego systemu prawnego w pierwszych latach II Rzeczypospolitej,* [in:] „Czasopismo Prawno-Historyczne" Warsaw 1969, v. XXI, n. 1, p. 31-47.

3 *Ibidem,* p. 31.

4 *Ibidem,* p. 31.

5 K. Grzybowski, *Historia państwa i prawa Polski,* v. IV, edited by J. Bardacha, Warsaw 1982, p. 193

6 *Ibidem,* p. 220.

important requirements for real unification of Polish territories was removal of these discrepancies. Creation of the unitary legislation was a primary task for the political elites of the reborn country. The essence of the challenges, which both the government and the society faced at that time, was accurately expressed in the first edition of "Warsaw Judiciary Gazette" ("Gazeta Sądowa Warszawska") from 1919. The text stated that "as long as the Polish state is under three or even four legislations, the society will contain of four separate nations only mechanically linked together. Thus the creation of a unitary legal system is one of the most important purposes of the law-abiding state"[7]. This text clearly indicates that a unitary legal system was a fundamental factor to unify diverse lands of the reborn state. It was one of the major challenges for the reunited country to integrate society by common law[8].

II.

The criminal law was an exemplification of the diversity of the legal systems existing in Poland. Each part of the newly formed independent state was under a completely different criminal legislation[9]. In the southern territories of the country, the Austrian penal act of 1852 remained in force. This code was issued as an amended version of the prior criminal act dating back to the beginning of the 18th century[10]. It was the oldest and the most outdated penal act which was legally binding in the Polish state in 1918. Regulations contained therein were far from the modern trends in criminal policy. Number of alternations made thereto hindered the effective use of the code[11]. Whereas almost the entire southern part of Poland was covered by the Austrian legislation, small areas of Spisz and Orava were an exception. On this lands, the Hungarian Criminal Code of 1878 was in effect. This situation, however, was temporary. In 1922 the Hungarian legislation was replaced by the Austrian penal act[12].

Criminal Code of German Reich operated on the lands of former Prussian partition[13]. The act was issued in 1871, after the unification of Germany, and it replaced a number of particular codes previously existing in small states. It was characterized by a clear structure and conciseness. It should be added that an influence of the French legal thought was also perceived in its content. With its high professional level, the Criminal Code of 1871 became a model for other penal legislations in Europe.

Central and eastern lands of Poland were under the regulation of the Russian penal code of 1903 (named *The Tagancew Code* after its creator Nikolai Tagancew)[14]. It was a modern law at that time. In accordance with the postulates of the classical school of criminal law, it contained formal definitions of crime. Through the principle of *nullum crimen sine lege* the code rejected analogy, while the rule *nulla poena sine lege* did not allow retroactive application of law[15]. Among other criminal acts which were binding on the territory of the reborn Polish state, *the Tagancew code* was created as the last one. Thus the modern achievements in criminal law were taken into account in its content.

Situation in which particular penal codes remained in force in different parts of the country, caused many practical problems. For instance, specific crime committed in one part of Poland might have not been considered as an offense in other district. Similarly, punishment provided for it could differ from each other under the provisions of various codes. The multiplicity of legal systems and the numerous discrepancies that occurred between them required a single and coherent concept for further actions in the development of the unitary law. This issue was particularly important in respect of criminal law. The urgent need for unification was publicly raised by eminent Polish lawyers. Among others, Stanisław Car's article *"Pilne zadania prawnictwa"* gained wide publicity. He insisted that proper functioning of the state need decisive action on harmonization of the Polish criminal law[16].

At the threshold of the independence three basic concepts for further development of legal system were considered. The first of the alternatives assumed the maintenance of legal particularism within individual districts and only partial unification necessary for proper functioning of the state. The other option pointed at the possibility of harmonizing the legal standards through the reception of one of the existing foreign legal systems[17]. Finally, in accordance with the third concept, the legal system should evolve in the direction of creating its own norms, which would replace different district legislations. Still vivid memories of the hard time of partition and aversion to everything which was associated with the occupation resulted in rejection of the concepts assuming reception or compilation of one of the existing foreign legal systems[18]. In fact, the third proposition (which postulated the creation of completely new code) gained widespread acceptance among the society and lawyers. It was decided that only new, original and free of foreign heritage legislation may have effectively fulfilled its role in a sovereign state. In the common opinion one of the most important condition for real consolidation of the statehood and true social integration was an unification of law[19].

---

7 „Gazeta Sądowa Warszawska" 1919, no. 1, p. 1.
8 Z. Radwański, *op. cit.,* p. 36.
9 A. Lityński, *Początek prac nad kodeksem karnym II Rzeczypospolitej,* [in:] „Państwo i Prawo" Warszawa 1989, issue 11, p. 87.
10 *Idem*, *Wydział karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej*, Katowice 1991, p. 19.
11 W. Makowski, *Prawo karne, część ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warsaw 1920, pp 35-38.
12 S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie,* Kraków 1933, pp 91-92.
13 *Ibidem*, pp 88-89.
14 It is worth mentioning that this act was introduced in Congress Kingdom in 1915 as a result of a mistake committed by the German occupational authorities. It was assumed that the Code applied to the whole territory of Russian Empire (including the Congress Kingdom). Consequently, in accordance with the international law, the act was expected to be legally binding also in the occupied area. However, this reasoning was wrong. In fact, criminal law of 1903 was not fully put into force in Russia. Thus *the Tagancew code* became legally binding in the Congress Kingdom despite the lack of actual legal basis.
15 F. Ryszka, *op. cit.,* p. 64.
16 S. Car, *Pilne zadania prawnictwa,* „Kwartalnika Prawa Cywilnego i karnego" Warsaw 1918, v. I, p. 444.
17 Z. Radwański, *op.cit.,* p. 33.
18 K. Sójka-Zielińska, *Organizacja prac nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce międzywojennej,* [in:] „Czasopismo Prawno-Historyczne" Warszawa 1975, v. XXVII, p.277; A. Lityński, *Pół wieku…,* pp. 8-9.
19 S. Grodziski, *Komisja kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] „Czasopismo Prawno-Historyczne" Warsaw 1981, v. XXXIII, p. 47.

In the first months of 1919 there was still an open question of what kind of institution should prepare the new criminal code. It was obvious, however, that this extremely demanding task could not be delegated only to the administration. Difficult and long lasting work on codification required wide engagement of the best Polish lawyers[20]. The newly elected Parliament (Sejm Ustawodawczy) decided that the codification process should be vested in a professional body set up to work on the new code.Thereby on 6th June 1919 the parliament act, concerning the structure and functioning of the Commission of Codification, was passed[21]. The primary objective for the Commission was to create a uniform legal system for all the territories included in the reborn Polish state. The inauguration of the newly erected committee had a very solemn character. In the opening speech, first president of the Commission, professor of law and the dean of the Jagiellonian University Franciszek Ksawery Fierich used very significant words to describe tasks which had been entrusted to the committee: "Memorable act of historical justice brought our homeland to life. Law gave us a sense of freedom. Let freedom give us rights!"[22]. Prof. Fierich added that uniform legislation should be one of the strongest links connecting the Polish society.

Two days after this ceremony the statue of Commission was issued. According to its provisions, two departments were created within the Commission — civil and criminal law sections. Obviously work on the penal code was vested in the criminal section. Among the members of this body were eminent lawyers, who represented all districts formerly included in the various neighboring countries.

Whereas the conception assuming the creation of completely new legal system was reasonable, it was obvious that it would be a very demanding and long lasting work. It required involvement of many people and proper organization of their cooperation. The group responsible for preparing the criminal code consisted of six people: Edmund Krzymuski, Juliusz Makarewicz, Wacław Makowski, Aleksander Mogilnicki, Witold Prądzyński i Emil Stanisław Rappaport[23]. All of them were well-known academic professors and each had his own vision and ideas of the future act. Although the leading role in the formation of the criminal code was played by prof. Juliusz Makarewicz, and prof. Wacław Makowski, there is no doubt that the act was a result of team work. Analysis of the functioning of the Codification Commission shows that the final results were achieved through a number of difficult compromises. These, sometimes very different, conceptions of the penal code had to be combined during long lasting discussions. What made the compromise possible was a great sense of patriotism and responsibility for the country among the members of the Commission.

Preparation of the final version of the penal code took thirteen year. It came into force under the President Regulation on 11th July 1932[24]. According to the transitional provisions it became legally binding on 1st September 1932. Members of commission did not succumb to public pressure, which called for high-speed performance of law-making. They decided that quality of the new law is a priority. This way of thinking turned out to be appropriate. Historical perspective allow to assume that there are not many acts in the history of Polish law, which received as many positive comments as the Criminal Code of 1932 did. In this context, very significant meaning have words quoted by outstanding Irish novelist and playwright Georg Bernard Show who said that it was much easier to write a good play than to establish good law. It seems that the creators of the Polish Penal Code fulfilled this task. Undoubtedly this act can be regarded as a model of the good law[25]. The subject of the article is not the substantive assessment of the Code, but the factors which led to its creation.

III.

Looking at the process of the creation of the Polish Criminal Code of 1932, several issues are particularly discernible. First of all, at the threshold of the independence of the Polish state, a unitary legal system was considered to be the fundamental factor to unify the diverse lands of the reborn country. Efficient functioning of the state required coherent law. From the perspective of the newly established Polish government this was an unacceptable situation, in which the country was under various legal systems based on completely different principles. The first condition for the true unification of the Polish lands was seen in the unification of law.

This diversity of legal systems not only impeded territorial integration but also made significant damage to the unity of the nation. Different attitudes towards the law, adoption of foreign models and provisions, which remained in force for more than a hundred years created pernicious legal diversity. Thus the aim of the unification was not only to unite different lands for their efficient management, but also to integrate society in the spirit of common rules and principles.

Mission to create an uniform legislation was entrusted by the Parliament to the group of independent experts who had no connections with the current politics. They did not succumb to the public pressure and the basic premise for them was the quality of the new laws. Although it was not easy to achieve compromise among the various conceptions, a sense of the responsibility led to the final success. An example, which proved that this approach was proper, was the Polish Criminal Code of 1932.

Nowadays an issue of the unification of law as a factor of territorial and social integration, is still current. This can be seen in particular in the area of European Union's legislation. Bearing in mind the process of creation of Polish Penal Code of 1932,it is worth considering how this example can be used on the European level. In particular, it might give a clue to what extent a uniform legal system can become a real factor of social integration. Moreover the way in which the Polish Code was being prepared can serve as a profitable experience for those who are responsible for the creation of the European law.

---

[20] W. Makowski, *W sprawie ujednostajnienia prawodawstwa*, [in:] „Gazeta Sądowa Warszawska" Warsaw 1919, no. 2-3, p. 14.

[21] „Dziennik Praw Państwa Polskiego" Warsaw 1919, no. 44, item 315.

[22] W. Jaworski, *Najważniejsze zadanie*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne" Kraków1920, issues 1-4, p.4; *Komisja kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej*. Dział ogólny, v. I, issue 1, Warsaw 1920, p. 12.

[23] K. Pol, *Poczet prawników polskich XIX-XXw.*, Warsaw 2011, p. 853.

[24] Dziennik Ustaw, Warsaw 1932, no. 60, p. 571.

[25] K. Pol, *Poczet prawników polskich XIX-XXw.*, Warsaw 2011, p. 853.

Jesus of Nazareth - the Most Infamous Trial

*Jiří Bílý**

Abstract

The authorities charged Jesus with being a false prophet who had uttered blasphemy by claiming to be Messiah and Son of God. The Sanhedrin could no doubt have organized a stoning as they did in the case of Stephen a few years later. The Romans neither intervened to save Stephen nor, so far as is known, took action against the perpetrators. But evidently the Jewish leaders wanted to go futher and have the hated Galilean executed with as much publicity as possible. To be hanged from a tree (Deut. 21:22-23) was a death reserved for the accursed of God, but the Roman governor was the only authority that could order crucifixion, a death that could be interpreted, as it later was, as fulfilling the terms of the Deuteronomic curse. Even so they took a risk, for in the eyes of many to die at the hand of the Romans on a poiitical charge was an honorable end. Barabbas would have become a local hero. The risk, however, was taken. The Jewish leaders were incensed by Jesus' calm avowal of his messianic character to Caiaphas.

So Jesus was taken before Pilate. Pilate made a futile effort to transfer Jesus to the jurisdiction of Herod Antipas who happened to be in the city for the feast. It was a good diplomatic move, but the case came back to Pilate. There the high priests gave their version of Jesus' answer concerning the tribute penny, suggesting to the reader of the Gospels perhaps that this question had been put as a means of collecting evidence against him. Pilate was not convinced. He turned to Jesus with the direct question, „Are you guilty or not?" just as Pliny the Younger would question the Christians taken before him in Bythinia eighty years later – „Are you the King of the Jews?" Jesus' reply gave him no help. Pilate procrastinated. Only when he was cornered and threatened with denunciation, that if he acquitted Jesus he would be „no friend of Caesar", and confronted with growing disorder, did he give way. He also feared seditious outbreaks and had to play safe; but his contempt for the high priests was unbounded.

Key words: *trial; high priests; Sanhedrin; crucifixion; gospels; Passions; Judaism; Christians.*

Introduction

Few if any court cases from antiquity are as well-known. Four separate Bible accounts, called the Gospels, detail the arrest, trial, and execution of Jesus Christ. Why should you be interested? Because Jesus told his followers to commemorate his death, which elevates the importance of the trial that led up to it; because we should know whether the charges brought against Jesus were true; and because the sacrifice Jesus made by voluntarily yielding his life is of vital importance for us and our future *(Luke 22:19; John 6:40).*

At the time of Jesus' trial, Palestine was governed by Rome. The Romans allowed the local Jewish hierarchy to administer justice among the Jews according to their own law but apparently did not grant them the legal authority to execute criminals. Jesus was thus arrested by Jewish religious foes but was executed by the Romans. His preaching so embarrassed the religious establishment of the day that its members decided that Jesus must die. Yet, they wanted his execution to appear to be legal. An analysis of their efforts to achieve that end moved the law professor to dub the whole affair *the darkest crime known to the history of jurisprudence.*[1]

Certainly Jesus cared profoundly about the Temple in Jerusalem. His intense feelings about it made him predict its destruction, and apparently his own ability to rebuild it in three days. He provoked a disturbance in it, protesting at what he saw as its misuse for commerce and profit, and it was the goal of his last fatal public appearances. Jesus was arrested in Jerusalem, put on trial and executed along with two common criminals on a hill outside the city, by the ghastly Roman custom of crucifixion. It is a sequence of events – the ‚Passion', so called from the Latin verb to suffer, *patior* – which forms the dramatic culmination of the Gospels' account of his public ministry.

* Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc., Metropolitan University Prague, Czech Republic.

1 Banks, R.: Jesus and the Law in the Synoptic Tradition. SNTSMS 28. New York and Cambridge: Cambridge University Press 1975, p. 99. Dodd, C. H.: The Historical Problem of the Death of Jesus. In: More New Testament Studies, p. 84-101. Grand Rapids: Manchester University Press, 1968.
Reprehensibly, the churches of Christendom have used the Gospel accounts about Jesus'death to foment anti-Jewish sentiment, but that notion was far from the minds of the Gospel writers, who themselves were Jews.

There is indeed more high drama in the Passion than in the accounts of Jesus's subsequent resurrection and renewed appearances to his disciples. At the beginning of that story of humiliation, torture and death, on the night that he was betrayed to Temple and Roman authorities, is the account of his ‚last supper' with the Twelve.

These Passion narratives are probably the earliest continuous material in the Gospels, a set of stories first formulated for public recital in the various communities which compiled their own accounts of his life, sufferings and resurrection. Unlike the two infancy narratives, their details have much circumstantial overlap and feel like real events, but in their present shape they are also designed to make sense of something which came to be a real problem for the later Church.[2]

Jewish Laws in the First Century

The Law that Moses delivered to Israel has been called „the greatest and most enlightened system of jurisprudence ever promulgated." By Jesus' day, however, legalistically minded rabbis had added to it a mass of extra-Biblical rules, many of which were later recorded in the Talmud.

Jewish oral tradition, put into writing in the early centuries C.E. but believed to be of great antiquity, included the following rules:

- in capital cases, arguments for acquittal were heard first
- the judges were to make every effort to save the accused
- judges could argue *for* the accused but not *against* him
- witnesses were warned of the seriousness of their role
- witnesses were examined separately, not in the presence of any other witness
- testimony had to agree on all essential points – date, place, time of day of the action, and so on
- capital charges had to be tried by day and concluded by day
- capital cases could not be considered on the eve of a Sabbath or a festival
- capital cases could begin and end on the same day if the verdict was favorable to the accused; if it was unfavorable, the case could be concluded only on the next day, when the verdict would be announced and the sentence executed
- capital cases were tried by at least 23 judges
- judges took turns when voting to acquit or to condemn, commencing with the youngest; scribes recorded the words of those who favored acquittal and of those who favored conviction
- acquittal was decided by a simple majority of one, but conviction only by a majority of two; if the vote was for conviction by a majority of just one, two judges were added as often as necessary until a valid decision was reached
- a verdict of guilty without at least one judge arguing for the accused was invalid; a unanimous verdict of guilty was considered „indicative of a conspiracy"

One Irregularity After Another

How did Jesus' trial measure up to these Biblical and extra-Biblical criteria?

Did Jesus' arrest result from concordant testimony before a court by two witnesses regarding a specific crime? For the arrest to be legal, it should have. In first-century Palestine, a Jew who believed that a law had been broken brought his charge to court during regular sessions. Courts could not initiate charges but merely investigated accusations brought before them. The only prosecutors were the witnesses to an alleged crime. Proceedings began when the deposition of at least two witnesses to the same act agreed.[3] Their testimony constituted the charge, which led to an arrest. The evidence of just one witness was not permitted *(Deuteronomy 19:15).* In Jesus' case, however, the Jewish authorities merely sought an „effective way" to get rid of him. He was taken into custody when „a good opportunity" arose – at night and *without a crowd around (Luke 22:2, 5, 6, 53).*

At the time of Jesus' arrest, there was no charge against him. The priests and the Sanhedrin, the Jewish high court, began looking for witnesses only after he was in custody *(Matthew 26:59).* They could not find two whose testimony agreed.[4] Yet, the court had no business to be looking for witnesses. And *to try a man, especially for his life, without specifying beforehand the crime on which he is to be tried, is justly held to be an outrage.*[5]

The mob that detained Jesus took him to the house of former High Priest Annas, who began questioning him *(Luke 22:54; John 18:12, 13).* Annas' actions flouted the rule that capital charges were to be tried by day, not by night. Moreover, any fact-finding should have taken place in open court, not behind closed doors. Aware of the illegality of Annas' interrogation, Jesus replied: *Why do you question me? Question those who have heard what I spoke to them. See! These know what I said (John 18:21).* Annas should have been examining the witnesses, not the accused. Jesus' observation might have moved an honest judge to respect proper procedure, but Annas was not interested in justice.[6]

Jesus' response earned him a slap from an officer - not the only violence he endured that night *(Luke 22:63; John 18:22).* The law recorded in the Bible book of Numbers chapter 35, concerning cities of refuge, states that the accused were to be shielded from mistreatment until guilt was established. Jesus should have been afforded such protection.

Jesus' captors now led him to the home of High Priest Caiaphas, where the illegal nighttime trial continued *(Luke 22:54; John 18:24).* There, in defiance of all principles of justice, the priests sought „false witness against Jesus in order to put him to death," yet no two testimonies agreed as to what Jesus

[2] Frend, W. H. C.: The Rise of Christianity, Philadelphia, Fortpress, 1984.
[3] Bílý, J.: Ježíšův proces ve světle římského a hebrejského práva. In: Theologická revue, č. 3-4/2004, HTF UK Praha.
[4] Bowker, J.: Jesus and the Pharisees, Cambridge 1987.
[5] Stanton G. N., The Gospels and Jesus, Oxford 1989, p. 89.
[6] Winter, P.: On the Trial of Jesus. Berlin 1961, p. 23.

had said *(Matthew 26:59; Mark 14:56-59).* So the high priest tried to get Jesus to incriminate himself. *Do you say nothing in reply?* he asked. *What is it these are testifying against you? (Mark 14:60)* This tactic was completely out of line. *Putting the question to the accused, and founding a condemnation on his answer, was[a] violation of formal justice.*[7]

That assembly finally seized upon a statement Jesus made. In response to the question: *Are you the Christ the Son of the Blessed One?* Jesus answered: *I am; and you persons will see the Son of man sitting at the right hand of power and coming with the clouds of heaven.* The priests construed this as blasphemy, and *they all condemned him to be liable to death (Mark 14:61-64).*[8]

According to the Mosaic Law, trials were to be held in public *(Deuteronomy 16:18; Ruth 4:1).* This, on the other hand, was a secret trial. No one attempted to or was allowed to speak in Jesus' favor.[9] No examination was made of the merits of Jesus' claim to Messiahship. Jesus had no opportunity to summon witnesses for his defense. There was no orderly voting among the judges as to guilt or innocence.[10]

Witnesses Answerable for Blood

Jewish courts gave this warning concerning the value of life to the witnesses in capital cases before they gave evidence:

Perhaps it is your intention to give testimony on the basis of supposition, hearsay, or of what one witness has told another; or you may be thinking, 'We heard it from a reliable person.' Or, you may not know that in the end we are going to interrogate you with appropriate tests of interrogation and examination. You should know that the laws governing a trial for property cases are different from the laws governing a trial for capital cases. In the case of a trial for property cases, a person pays money and achieves atonement for himself. In capital cases [the accused's] blood and the blood of all those who were destined to be born from him [who was wrongfully convicted] are held against him [who testifies falsely] to the end of time.[11]

If the accused was convicted, the witnesses had to act as executioners *(Leviticus 24:14; Deuteronomy 17:6, 7).*

Before Pilate

Because the Jews apparently lacked the authority to execute Jesus, they took him to Pontius Pilate, the Roman governor. Pilate's first question was: „What accusation do you bring against this man?" Knowing that their trumped-up charge of blasphemy meant nothing to Pilate, the Jews tried to get him to condemn Jesus without investigation. *If this man were not a wrongdoer, we would not have delivered him up to you,* they said *(John 18:29, 30).* Pilate rejected this argument, forcing the Jews to make a new accusation: *This man we found subverting our nation and forbidding the paying of taxes to Caesar and saying he himself is Christ a king (Luke 23:2).* So the charge of blasphemy was now slyly switched to that of treason.

The accusation of „forbidding the paying of taxes" was false, and the accusers knew it. Jesus taught just the opposite *(Matthew 22:15-22).* As for the charge that Jesus made himself a king, Pilate quickly saw that the man before him presented no threat to Rome. *I find no fault in him,* he declared *(John 18:38).* Pilate retained that conviction throughout the trial.[12]

Pilate first tried to free Jesus by allowing him to benefit from the customary release of a prisoner at Passover. Yet, Pilate ended up freeing Barabbas, who was guilty of sedition and murder *(Luke 23:18, 19; John 18:39, 40).*

The Roman governor's next attempt to free Jesus was a compromise. He had Jesus scourged, dressed in purple, crowned with thorns, beaten, and mocked. Again he declared Jesus innocent. It is as though Pilate was saying: 'Isn't this enough for you priests?' Perhaps he hoped that the sight of a man ravaged by a Roman scourging would satisfy their lust for vengeance or appeal to their compassion *(Luke 23:22).* Yet, it did not.

Pilate kept on seeking how to release [Jesus]. But the Jews shouted, saying: 'If you release this man, you are not a friend of Caesar. Every man making himself a king speaks against Caesar' (John 19:12). The Caesar of that time was Tiberius, an emperor with a reputation for executing any whom he considered disloyal-even high-ranking officials. Pilate had already irritated the Jews, so he could not risk any further friction, much less an accusation of disloyalty.[13] The crowd's words amounted to a veiled threat-blackmail-and Pilate was afraid of it.[14] He bent under pressure and had Jesus, an innocent man, impaled *(John 19:16.)*

The Romans killed Jesus, however much the Temple establishment, in fury and fear at the nature of his preaching, had prompted them to do so. Jesus had said nothing more outrageous about the religion of the Jews than other wild representatives of Judaism had proclaimed either before him or in his own time. His was not a theological but a political threat to the fragile stability of the region. Non-Jews killed a potential Jewish leader, as they had killed the Maccabean heroes long before. This was emphasized by the title inextricably associated with the stories of Jesus's last hours and said to have been affixed to his cross: ‚King of the Jews'. Like ‚Son of Man', this was not a title for which the later Christian Church found any use and so its survival in the tradition is all the more instructive.[15] That ‚King

7 Brox, A.: A History of the Early Church, London 1994.

8 Blasphemy consisted of using the divine name impiously or usurping power or authority belonging to God alone. Jesus' accusers produced no evidence that he had done either

9 Blinzler, J.: Der Prozess Jesu, Regensburg 1969, p. 230.

10 Idem, Das Synedrion von Jerusalem und die Strafprozessordnung der Mischna, ZNW 52 (1961), p. 54-64.

11 Babylonian Talmud, Sanhedrin, 37a.

12 Hengel, M.,; Schwerner, A. M.: Jesus und das Judentum, Tübingen 2007, p. 587-611.
White, A. N.: Roman Society and Roman Law in the New Testament, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 201-212.

13 Blinzler, J.: Die Probleme um den Prozess Jesu, BiLi (1961-1962), p. 76.
Brandon, S. G. F.: The Trial of Jesus, München, p. 100.

14 Kastner, O.: Jesus vor Pilatus, Münster 1912, p. 174.

15 Lindars, B.: Jesus, Son of Man, London 1983.

of the Jews‘ phrase is an inescapable repeated refrain through the Passion narratives, even despite the embarrassment which it was to cause Christians in the fraught political situation which emerged a few decades after that death on the Cross.

A Review of the Evidence

Many legal commentators have analyzed the Gospel accounts of Jesus‘ trial. They have concluded that it was a sham, a travesty of justice. *That such a trial should be begun and finished and sentence formally pronounced, between midnight and morning, was a violence done to the forms and rules of Hebrew law as well as to the principles of justice,* writes practical lawyer.[16] *The whole procedure was permeated with such gross illegality and such flagrant irregularities that the result can be considered nothing short of judicial murder,* writes the scientist of law.[17]

Illegalities in Jesus' Trial have been these:

- the court heard no arguments or witnesses for acquittal
- none of the judges sought to defend Jesus; they were his enemies
- the priests sought false witnesses to condemn Jesus to death
- the case was heard at night behind closed doors
- the trial began and concluded in one day, the eve of a festival
- there was no indictment, or charge, prior to Jesus' arrest
- Jesus‘ claim to Messiahship, said to be „blasphemy," was not examined
- the charge was changed when the case came before Pilate
- the accusations were false
- Pilate found Jesus innocent but still had him executed

Conclusion

Jesus was innocent. Yet, according his confidence he knew that his death was necessary for the salvation of obedient mankind *(Matthew 20:28).*

Most Christians did not want to be enemies of the Roman Empire and they soon sought to play down the role of the Romans in the story.[18] So the Passion narratives shifted the blame on to the Jewish authorities, and the local representative of Roman authority – a coarse-grained soldier called Pontius Pilate – was portrayed as inquisitive and bewildered, cross-questioning the seditious prisoner before him as if Jesus were an equal and making every effort to get him off the hook.

The evangelist John pictured the Jews as being forced by legal circumstance to hand over a man condemned for blasphemy to the Roman authorities if they were to secure the death sentence for him which they ardently sought *(John 18:31).* That is implausible, considering that three decades later the Jerusalem High Priest was directly responsible for the execution of Jesus's relative James, then leader of the Christians in Jerusalem. Additionally, the evangelist Matthew shifted blame for Jesus's death (with satisfying drama, though without any legal force) to the Jewish crowds, who in his narrative roared out, ‚His blood be on us, and on our children!‘ *(Matthew 27:25).* The Christian Church has drawn much out of Matthew's literary decision. It would have been better for the moral health of Christianity if the blame had stayed with Pilate.

In a little more than three years Jesus of Nazareth had influenced the course of history as none other. New directions had been given to humanity's quest for salvation and a new pattern offered for our relations with our fellows. *The symbol of the centurion's recognition of the justice of Jesus cause (Mark 15:39) pointed to the gentiles being the heirs to the kingdom.*[19]

[16] Kertelge, K.: Der Prozess gegen Jesus (QD 112), Freiburg 1989, p. 148.
[17] Bammel, E. (ed.): The Trial of Jesus, London 1970, p. 201.
[18] Bauckham, R.: Jude and Relatives of Jesus in the Early Church, Edinburgh 1990, p. 355-9.
[19] Frend, W. H. C.: The Rise of Christianity, Philadelphia, Fortpress, 1984, p. 74.

Johannes Schmitt

Die Republicaner an der Prims. Untersuchungen zur Reichsherrschaft Hüttersdorf-Buprich im 18. Jahrhundert

(Publikationen der Saarländischen Universitäts- und Landesbibliothek 2), Saarbrücken: Universitätsverlag des Saarlandes 2012, 446 Seiten (ISBN 978-3-86223-082-2)

Im Zuge der Reichsreform und Aufrichtung des „Ewigen Landfriedens" wurde im Jahr 1495 unter Kaiser Maximilian I. das Reichskammergericht (RKG) des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation (HRRDN) gegründet. Es hatte die Aufgabe, anstelle von Fehde, Gewalt und Lösegelderpressung ein geregeltes Streitverfahren vor Gericht zu entwickeln und damit Rechtskonflikte in friedliche Bahnen zu lenken. Nach Aufenthalten in verschiedenen süd- und südwestdeutschen Städten war das Reichskammergericht (RKG) ab 1527 in Speyer und nach dessen Zerstörung von 1689 bis zum Ende des Alten Reiches 1806 in Wetzlar ansässig. Prozesse vor dem RKG waren im Alten Reich in großer Zahl und oftmals langer Verfahrensdauer genügend vorhanden. In seinen speziell Kölner Studien[1] hat sie Matthias Kordes zutreffend einmal als „aufwändiges, reputationssteigerndes Interaktionsmuster begüterter Schichten" qualifiziert.[2] Diese These kann man -zumindest was die Partei der Grundherrschaft angeht- auch auf die Fälle übertragen, die Johannes Schmitt in seinem Buch „Die Republicaner an der Prims" behandelt. Das Buch schildert an sorgfältig ausgewählten regionalen Beispielen, wie ca. 50 Jahre über Jagd-, Fischerei- und Waldnutzungsrechte zwischen Dorfbewohnern und Grundherrschaft verbissen vor dem RKG gestritten wurde.

In zwölf Beiträgen, die bereits in der Zeit von 1994 bis 2003 in den Schmelzer Heimatheften veröffentlicht worden sind, nähert sich der Autor der dörflich-bäuerlichen Lebenswelt des 18. Jahrhunderts in der Reichsherrschaft Hüttersdorf-Buprich, gelegen heute im mittleren Saarland, also in Südwestdeutschland. Die überlieferten Prozessakten am RKG sind dabei seine Quellen, die die außergwöhnlichen Untertanenkonflikte mit den Herrschaften der beiden Dörfer, den Freiherrn von Hagen und den Grafen von Hunolstein, nachzeichnen. Im Bemühen um eine selbstbestimmte Dorforganisation kam es sogar zur Rebellion, als Untertanen den Herren von Hagen selbst angriffen, mit Steinen bewarfen und aus dem Dorf, ihrer „Republik", jagten. Der Titel des Buches gründet sich im Übrigen auf einem Bericht der beiden Herrschaften an den Schirmherrn der Herrschaft Hüttersdorf-Buprich, den Herzog von Lothringen, der in dem Vorwurf gipfelte, die Gemeinden täten so, als wären sie eine „Republik" und dass sie „sich des vermeintlichen Sieges über ihre Herren" rühmten. So heißt es weiter: „Sie treiben ihre Waghalsigkeit so weit, dass sie öffentlich erklären, sie wollten den Baron von Hagen in seinem Schloss angreifen, um ihm seine gerechten Hassgefühle über diesen schwarzen Aufruhr auszutreiben."[3]

In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, dass aus der Familie der von Hagen Johann Hugo von Hagen (1707-1791) stammte, der späterer Reichshofratspräsident (im Jahre 1778) und habsburgischer Konferenzminister wurde. Von 1735-1739 genoss er eine praktische Ausbildung am Reichskammergericht in Wetzlar. Er ist wohl die historisch bedeutendste Persönlichkeit der Mottener Linie des Hauses von Hagen. Der somit in höchstgerichtlichen Dingen erfahrene Jurist griff, als sein Vater Ludwig von Hagen 1750 starb, in Rechtstreitigkeiten gegen die Hüttersdorfer und Bupricher Untertanen ein.[4] Bis zum Ende des Alten Reichs im Jahre 1806 war der Reichshofrat neben dem RKG ein wichtiges Organ.[5] Der nach mittelalterlichen Vorläufern 1497/8 begründete Hofrat des Königreichs bzw. Kaisers des HRRDN wurde zunächst zur obersten Regierung und Justizbehörde bestimmt. Er entwickelte sich

[1] Matthias Kordes (Bearb.), Reichskammergericht Köln, Bd. 1: Nr. 1-600 (A-F) (Mitteilungen aus dem Stadtarchiv von Köln 81), Köln 1998; ders., „Gangh und gerechtigkeit uf einem heymlichen stuell und torn". Ein Kölner Servitutenstreit vor dem Reichskammergericht am Ende des 16. Jahrhunderts, in: Geschichte in Köln 44 (1998), S. 23-52 sowie ders., Mieterschutz im 16. Jahrhundert? Eine Kölner Räumungsklage vor dem Reichskammergericht, in: Jahrbuch des Kölnischen Geschichtsvereins 79 (1999), S. 37-72.
Die Austarierung zwischen geistlicher und weltlicher Macht in Köln untersuchte Kathrin Dirr, Hoheitsrechtliche Streitigkeiten zwischen den Kölner Erzbischöfen und der Stadt Köln auf Grundlage reichskammergerichtlicher Verfahren des 16. und 17. Jahrhunderts (= Rechtshistorische Reihe 313, Frankfurt a.M./Berlin u.a. 2005).

[2] Matthias Kordes, Eine Akte ist noch keine Quelle: Eine Standortbestimmung der Kölner Reichskammergerichtsforschung, in: Geschichte in Köln 53 (2006), S. 75-98, insbes. S. 97-98.

[3] Zitat bei Schmitt, S. 186.

[4] Schmitt, S. 279.

[5] Lothar Gross, Die Geschichte der deutschen Reichshofkanzlei von 1559-1806, Wien 1933. Zum Reichshofrat vgl. das Lemma von Peter Moraw, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 1. Aufl., Bd. 4, Sp. 630-638.

aber allmählich zu einem neben dem RKG arbeitenden Gericht des Kaisers, das von Beginn an Prozesse führte.[6] Allerdings war der Reichshofrat in erster Linie nicht Gericht, sondern kaiserliche Behörde für Lehens- und Gnadenangelegenheiten. Bis zum Ende des Alten Reiches blieb er auch für Gnadensachen zuständig. Der Kaiser konnte hier rasch und effizient Entscheidungen treffen, was für die streitenden Parteien trotz ihrer Mühen und Kosten stets attraktiv war. Besetzt mit dem Hofratspräsidenten als Vertreter des Kaisers und mit 12 bis 34 Räten war der Reichshofrat zuständig für kaiserliche Reservatrechte und Privilegien, Reichslehnssachen und Kriminalklagen gegen Reichsunmittelbare. Geordnet war sein wenig strenges Verfahren in Reichshofratsordnungen (z. B. 1527, 1537, 1541, 1559). Von 1559 bis 1806 waren 445 Reichshofräte tätig;[7] darunter war wie erwähnt sogar als Präsident Johann Hugo von Hagen, dessen Vater lang mit den Hüttersdorf-Buprichern vor dem RKG gestritten hatte.[8]

Nun zu den Einzelfällen aus der Herrschaft Hüttersdorf-Buprich.

Seit 1716 erwuchsen in der Primsregion, in der unmittelbaren Reichsherrschaft Hüttersdorf-Buprich, Untertanenkonflikte, deren Ausgangspunkt der Versuch der hunolsteinischen Herrschaft waren, gegen die Untertanen beider Dörfer vorzugehen, die nach ihrem Belieben in der Prims fischten, auf die Jagd gingen und den Gemeindewald nutzten, ohne sich dabei an herrschaftliche Vorgaben zu halten. Die Dorfbewohner beriefen sich auf Anciennität, d.h. auf ihr „altes“ Recht, wogegen die Herrschaften sich auf eine 1574 erlassene Gemeindeordnung stützten, in der die Nutzung der Gemeinderessourcen sehr restriktiv geregelt war. Da die Gemeinden ihre Rechte nicht schriftlich verfasst hatten und gewisse Untertanen wegen Übertretung dieser Gemeindeordnung bestraft wurden, auf die sich die Grundherren stützten, ließen der Freiherr von Hagen und der Lehnsherr der hunolsteinischen Herrschaft, der Graf von Nassau-Saarbrücken, im Sommer 1718 insgesamt 16 „Übertreter“ als Rebellen ins Gefängnis werfen. Daraufhin wandten sich die Gemeinden an das RKG in Wetzlar, um deren Freilassung zu erreichen. Als schließlich die Herrschaften noch das örtliche Gericht (Meier und Schöffen) absetzten und Pfändungen durchführten, verlangte das RKG, die Gefangenen freizugeben. Es erließ sogar ein Mandat zur Freilassung des Hochgerichtsmeisters und leitete ebenfalls einen Prozess der Untertanen von Hüttersdorf-Buprich gegen ihre Herrschaften ein.

Im Prozess vor dem RKG seit April 1719 wurden dann in den Schriftsätzen der Anwälte die Rechte auf Jagd, Fischerei und Waldnutzung thematisiert. Darüber hinaus wurde um die Funktion von Meier und Schöffen im Gericht gestritten. Beharrten die Untertanen darauf, dass diese unbedingt zum Hochgericht[9] gehörten und an der Abfassung von Urteilen und am Erlass von Gesetzen und Ordnungen beteiligt werden müssten, argumentierte der Anwalt der Gegenseite, dass lediglich die Herrschaften bzw. deren Beamte aufgrund der Landesherrschaft diese Rechte ausüben dürften, d.h. Meier und Schöffen nur einen unbedeutenden „Beistand“ im Gericht darstellten. Schließlich war Streitgegenstand, ob die Untertanen einen Anspruch hatten, keine Leibeigene zu sein, sondern „freie“ Reichsbauern, die über Regalien, Jagd und Fischen sowie eigene Wälder verfügten und die insgesamt der Herrschaft gleichgestellt seien.

In seinem Urteil vom 8. Mai 1722 gestand das RKG den Hüttersdorfern und Buprichern das Recht zu, zu fischen, zu jagen und den Wald zu nutzen, allerdings unter der „Obsicht“ der Herrschaften. Zudem sollten Meier und Schöffen erneut eingesetzt und die gepfändeten Tiere und Sachen zurückgegeben bzw. Wertersatz geleistet werden. Schmitt schildert minutiös, wie der Streit weiterging; so erließ die Herrschaft noch im August 1722 eine Wald-, Forst-, Jagd- und Fischereiordnung. In seinem Urteil vom 16. Mai 1727 gab das RKG den klagenden Gemeinden auf, ihre Einwände hiergegen vorzubringen und zu präzisieren, weshalb nach ihrer Rechtsauffassung die von den Herrschaften erlassenen Ordnungen gegen das Urteil vom 8. Mai 1722 verstießen. Nach jahrzehntelangem Disput kam das RKG am 7. September 1750 zum Schluss, dass die Gemeinden ihre Ansprüche, vor allem ihr Insistieren auf dem „alten“ Recht, aufgeben müssten, da sie die Ungültigkeit der Gemeindeordnung von 1574 nicht beweisen konnten. Damit folgte das RKG den Argumenten der Herrschaften. Bis 1770 findet sich in den Akten kein Schriftsatz mehr. Der letzte anwaltliche Schriftsatz vom August 1771 dokumentiert detailliert, dass die Untertanen des Herrn von Hagen zu Weinfuhren, zu Wachen am Schloss, zum gezwungenen Dienstjahr, zu Bau-, Jagd- und Fischereifronen verpflichtet seien. Das Schlussurteil des RKG ist bedauerlicherweise nicht überliefert. Alles in allem zeigt Schmitt minutiös, wie die beiden Streitparteien fünfzig Jahre gegeneinander argumentierten. Die Herrschaften erreichten, dass ihre Sichtweise obsiegte; sie pochten auf ihre souveräne, Gott gegebene, in einem absolutistischen Verständnis wurzelnde Herrschaftsgewalt, denn nur sie allein hatten die Befugnis, regelnd und

---

[6] Eva Ortlieb, Vom königlichen/kaiserlichen Hofrat zum Reichshofrat. Maximilian I., Karl V., Ferdinand I., in: Bernhard Diestelkamp (Hg.), Das Reichskammergericht. Der Weg zu seiner Gründung und die ersten Jahrzehnte seines Wirkens (1451-1527), Köln/Weimar/Wien 2003 (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 45), S. 221-289; dies., Die Entstehung des Reichshofrats in der Regierungszeit der Kaiser Karl V. und Ferdinand I. (1519-1564), in: Frühneuzeit-Info 17 (2006), S. 11-26.

[7] Wolfgang Sellert, Über die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Reichshofrat und Reichskammergericht, 1965; ders., Prozessgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat, 1973.

[8] An dieser Stelle muss man eine fehlende Aktualisierung der bereits in den Schmelzer Heimatheften veröffentlichten Beiträge monieren. Denn bei dieser Persönlichkeit hätte m.E. erwähnt werden müssen: Johannes Naumann, Die Freiherren von Hagen zur Motten, Blieskastel 2000, S. 305-309.
Des Weiteren zu Johann Hugo von Hagen vgl. in der saarländischen Biografie: http://webcache.googleusercontent.com/search?hl=de&q=cache:vWsF-M0IErL8J:http://www.saarland-biografien.de/Hagen-zur-Motten-Johann-Hugo-II-von%2BJohann+Hugo+von+Hagen&gbv=2&gs_l=heirloom-hp.3...1883.12128.0.12488.23.18.0.1.1.0.461.3104.1j10j5j0j1.17.0...0.0...1c.1.WpgM4_139rY&ct=clnk [abgerufen am 26.03.2013].

[9] Nach wie vor instruktiv hierzu: Hermann van Ham, Die Gerichtsbarkeit an der Saar im Zeitalter des Absolutismus (Rheinisches Archiv 32), Bonn 1938, den Schmitt zurecht zitiert, S. 391, Fn. 12.

regulierend, oft bis ins Einzelne, die Lebensverhältnisse der leibeigenen Untertanen zu bestimmen, dazu auch die entsprechenden Polizeiverordnungen zu erlassen und die Übertreter dieser Ordnungen durch ihre Beamten abzuurteilen. Meier und Schöffen hatten in diesem Prozess eine nur untergeordnete Bedeutung, nämlich eine der Herrschaft dienende Hilfsfunktion. Die Herrschaften seien von Gott als „Pflegeväter" eingesetzt, um das gemeine Beste für ihre Untertanen zu verwirklichen. Die Hüttersdorfer und Bupricher hatten alles getan, um sich gegen diese absolutistische Politik zur Wehr zu setzen. Sie kämpften für die allgemeine Handlungs- und Bewirtschaftungsfreiheit mit juristischen und gewaltsamen Mitteln. Der Prozess vor dem RKG verlief sicherlich in prozessrechtlich ordentlichen Bahnen. Alles wurde lange und ordentlich geprüft. Es muss aber m.E. bezweifelt werden, ob das RKG seinem obersten Ziel, als Friedensgericht Fehde und Gewalt einzudämmen, wirklich gerecht wurde. Denn ein langes Verfahren und die Befürwortung der alten absolutistischen Ordnung führten nur noch zu mehr Hass vor Ort. Ohne gleichen ist daher der Fall der Hüttersdorf-Bupricher, die gewissermaßen das 19. Jahrhundert, also das hauptsächliche Verfassungsjahrhundert, bereits vorwegnahmen und damit vor dem RKG bereits später verbürgtes Verfassungsrecht einklagten, nämlich das Recht auf Wirtschafts-, Gewerbe-, ja sogar auf allgemeine Handlungsfreiheit.

Der lange schwelende Prozess um Jagd, Fischerei und Waldnutzung ist schließlich genauso von überregionaler Bedeutung wie die sich anschließenden Beiträge zum Kartoffelzehnten, zu einem „Kleinkriminellen", zur sozialen Situation von Frauen in der Reichsherrschaft und zu den „Policeyordnungen" in der Herrschaft, die es wahrscheinlich in anderen Teilen der Saarregion ebenfalls gab. Die Aufspürung dieser Fälle anhand der RKG-Akten ist selbstverständlich eine weitere zukünftige Aufgabe für die Archiv gestützte regionalhistorische Forschung.

Thomas Gergen*

* Prof. Dr.iur. Dr.phil. Thomas Gergen M.A., Maître en droit (Poitiers), Ass.iur., European University for Economics and Management Luxembourg.

Christian Baldus - Massimo Miglietta - Gianni Santucci - Emanuele Stolfi

Dogmengeschichte und Historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14 - 17 giugno 2011)

Trento: Univ. degli studi di Trento 2012, 734 p. (ISBN 978-88-8443-453-1)

The collection of essays presented in the volume "Dogmengeschichte und Historische Individualität der römischen Juristen" offers a broad overlook on the problem of the historical individuality. This is of course a traditional topic in the study of the roman jurisprudence (*iuris prudentia*). However the approach of this "four-handed" book is pretty interesting and original for the variety of arguments used and aspects involved. It deals, more deeply, with the crucial points of the research in all the ages: on the one hand, the freedom of authors; on the other hand, the frontiers of discipline and interpretation. As regards the role of roman lawyers, this aspect takes on a special flavour, because it has been filtered through the lens of the *scientia iuris*.

Indeed, it is quite hard to recognise the objects of the *scientia iuris* from its purposes. The result of the "*Entfremdung*", as Sven Günther right observes, affects the relationship between the history of the ancient age and the study of Roman law. This gap involves different aspects, which this book seeks to put together: the problem of the interpretation and the conflict between actualization and historicism; the opposition between interpolations and pandects; the connection between the *scientia iuris* and the cultural context; the methodological alternative between biographical and dogmatic approach; the conflict between individualism and procedures (one of the main topics of the Spanish culture).

Many of the issues treated in this book put the reader in front of a turning point: might the commitment to the social science as a vocation imply to overthrow the own style of the author?

This question involves more profound reflections on the role of the historian who stands in front of the past: whether or not he turns to be just a notary of history, or he has a creative function, and where can be traced the line between the man and the historian.

Nonetheless the interpretation is possible in so far as it is framed within specific criteria, which make the individuality of the authors visible and recognisable. This has to be considered in connection with the problem of "fungibility", which is perhaps the key point of the volume.

To be a "fungible" lawyer means to be considered as a representative of the common legal cultural framework of Savigny, as pointed out by Gianni Santucci. During the times, of course, the polarization between individuality and fungibility changes considerably. To give an example, the relationship between the record offices of Justinian and the *prudentes*, analysed by Sabrina Di Maria, favours always the individual aspects of the legal works. Moreover, there are many criteria in order to understand the individual character of the authors: it may depend on the interests and the literary forms (Alfonso Castro Sáenz).

Furthermore, the "life" of the law has his own flow, and this is confirmed by the capacity of legal institutions to differentiate single aspects of life and generalise expectations, as the essay of Valerio Marotta on the origin of currency well examines.

This collection analyses the cultural variables, which interfere in the relationship between "individuality" and "fungibility", as regards three different legal romanistic cultures: Italy, Spain, Germany. It shows, as Michael Reiner highlights, how these cultures can dialogue, influence each other and cooperate (in their own language) in order to get further food of thought: the field of action is wide, from the use of the *actionenrechtliches Denken* to the *Textufen*. The wide forge of reflections and perspectives proves that the "cage" of Digest, to recall Christian Baldus, could be reconsidered according to the peculiar characters of the authors. This means that history could not be deemed as a rough material: the authors, as well as their work, are products of history, regardless of any possible form of *Isolierung.* This book aims to explain that the "life" of legal institutions, as far as they perform and are understood, and the history of dogmas go at the same speed.

Mariavittoria Catanzariti*

* Mariavittoria Catanzariti, PhD., Lehrstuhl für Europäisches Recht, Universität Rom III (Università di Roma Tre), Italien.

Pál Sáry

Iustinianus császár egyházpolitikai rendelkezései
(Die kirchenpolitische Anordnungen vom Kaiser Iustinian)

Budapest: Szent István Társulat 2012, 320 S. (ISBN 978-963-277-328-5)

Das neue Buch von Pál Sáry, „Iustinianus császár egyházpolitikai rendelkezései" *(Die kirchenpolitische Anordnungen vom Kaiser Iustinian)* ist einem Mangel abhelfendes Werk im ungarischen Romanistik, da es das erste Mal ist, dass die religion- und kirchenpolitischen Konstitutionen von Iustinian so systematisiert und detailliert erörtert werden.

Die Monographie passt sich gut an das früher veröffentlichte Buch des Verfassers („Pogány birodalomból keresztény birodalom"[1] – *Aus heidnischem Reich wird christliches Reich*) an. In diesem Buch wurde auf Grund der im *Codex Theodosianus* zusammengestellten Konstitutionen der Prozess erörtert, im Laufe dessen das Christentum ab dem sog. Constantinischen Toleranzedikt zur Staatsreligion des Römischen Reiches geworden ist.

Als Abschluss dieses Prozesses analysiert der Verfasser in seinem neuen Buch, sich besonders auf die Werke der iustinianischen Kodifikation stützend, das Bestreben von Iustinian, das Christentum im ganzen Römischen Reich zu verstärken, und die christliche Mentalität nicht nur in den Religionsfragen, sondern auch in bestimmten Rechtsverhältnissen des Alltages zur Geltung zu bringen. Der Verfasser vervollständigt damit die Übersicht der sich auf die christliche Kirche beziehenden Rechtsnormen der christlichen Kaiserzeit durch die Analyse der entsprechenden Konstitutionen der drei größten Konstitutionensammlungen, der *Codex Theodosianus*, der *Codex Iustinianus* und der *Novellae* von Iustinian.

Die Einführung (S. 13-26) hilft den Leser dabei, den Platz der rechtsschöpferischen Tätigkeit von Iustinian im mit Constantin angefangenen religion- und kirchenpolitischen Regelungssystem finden zu können, auch ohne die frühere Arbeit des Verfassers unbedingt zu lesen zu brauchen. In der Einführung wird nämlich ziemlich detailliert und sehr informativ der Prozess von Constantin bis Iustinian vorgeführt, im Laufe dessen der römisch-byzantinische Staat sich mit dem Christentum verknüpfte. Es werden sowohl die bedeutendsten theologischen Richtungen und Schulen, als auch die von ihnen vertretenen wichtigsten Dogmen vorgestellt, und man kann auch erfahren, welche Einstellungen die jeweiligen Kaiser hinsichtlich dieser Richtungen hatten. Auch die wichtigsten kirchenpolitischen Ereignissen, so besonders die Konzile dieser Zeit, und die dort erlassenen wichtigsten Beschlüsse werden erwähnt. So selbst die Einführung bildet einen unerlässlichen Teil des Buches.

[1] Pál Sáry, Pogány birodalomból keresztény birodalom (Aus heidnischem Reich wird christliches Reich). Budapest: Szent István Társulat 2009.

Ab dem ersten Kapitel (S. 27-46) werden die kirchenpolitischen Maßnahmen und dogmatischen Anordnungen des Kaisers gründlich erörtert. Man kann erfahren, dass der wichtigste Zweck des Kaisers die Wiedervereinigung des Römischen Reiches war, und er zu diesem Zweck nicht nur die militärischen Aktionen und die Kodifikation des Rechts als Mittel anwendete, sondern diesem Ziel auch die Verwirklichung einer einheitlichen Religion in dem ganzen Römischen Reich gedient hätte, was Iustinian – nicht nur aus politischen Gründen, sondern auch aus religiöser Überzeugung – bis zu seinem Tod zu verwirklichen versucht hat. Die wichtigsten kirchenpolitischen Ziele Iustinians waren, die Einheit mit Rom zu verschaffen, und eine Verständigung mit den Monophysiten zu finden, und sie in die katholische Kirche zu integrieren. Letzteres Ziel konnte er aber nie erreichen. Der Verfasser erörtert detailliert sowohl die einzelnen kirchenpolitischen Maßnahmen, als auch die Gründe ihrer Erfolgslosigkeit.

Die Einführung und der erste Kapitel zwingen zwar den Leser wegen ihrer Informativität zu starker Konzentration, sie bedeuten jedoch eine notwendige und geeignete Vorbereitung des wesentlichen Teiles des Buches, in dem die kirchenpolitischen Konstitutionen von Iustinian nach Regelungsbereiche systematisiert und faszinierend erörtert werden.

Im zweiten Kapitel (S. 47-152) sind die sich auf die Organisation und Funktionen der Kirche beziehenden Anordnungen vorgeführt. In diesem Kapitel werden die die Bischöfe, die Kleriker, die Diakonissen, und die Mönche betroffenen Konstitutionen dargestellt. Man kann aber auch erfahren, welche Einstellungen Iustinian hinsichtlich des Vermögens der Kirche, und des kirchlichen Asyls hatte, und wie er gegebenen Falls die kirchlichen Feiertage regelte.

Der Kaiser traf bestimmte diskriminierende Anordnungen für die Heiden, die Ketzer, die Samaritaner, und die Juden, um die Staatsreligion zu beschützen, und die möglichst breiteste Verbreitung des christlichen Glaubens zu ermöglichen. Im dritten Kapitel (S. 153-176) geht es um die Verordnungen die für den einzelnen Gruppen dieser „Außenstehenden" galten.

Iustinian nahm aber nicht nur im Kirchenrechtlichen- und Religionsfragen Rücksicht auf die christlichen Dogmen, sondern versuchte er auch bei der Regelung von vielen anderen Fragen des Lebens die christliche Mentalität und Wertvorstellungen zur Geltung zu bringen. (S. 177-258) Er hob die Bedeutung der Ehe und der Familie hervor, so war zum Beispiel für seine Einstellung charakteristisch, dass er mit der Abschaffung der rechtsmäßigen Scheidungsgründe die Scheidung deutlich schwieriger machte. Es ist selbstverständlich, dass er auch gegen die Sittendelikte auftrat.

Bei seiner Rechtsschaffung versuchte der Kaiser im Interesse der Schwächeren aufzutreten. Er hat die Rechtslage der Frauen verbessert, und hat mehrere Anordnungen sowohl im Interesse der ehelichen Kinder, als auch im Interesse der Kinder, die aus einem Konkubinat stammten erlassen. Mehrmals regelte er die Situation der Sklaven, so machte er die Befreiung der Sklaven leichter, und verbat er die grundlose Grausamkeit gegenüber den Sklaven, so etwa bestrafte er die Kastration der Sklaven ziemlich hart. Aber nicht nur die Situation der Sklaven, sondern auch die der Befreiten wurde verbessert. Im Weiteren verschafften die iustinianischen Verordnungen ein günstigeres Vollstreckungsverfahren für den verurteilten Schuldner.

Im fünften Kapitel (S. 259-288) werden nicht nur die vorher Erörterten zusammengefasst, sondern selbst die iustinianischen Maßnahmen werden durch den Verfasser bewertet, und man kann auch erfahren, dass die Vereinheitlichung der religiösen Dogmen im Römischen Reich nicht wegen der Nationalgefühle oder der separatistischen politischen Ziele, sondern wegen des Fundamentalismus der einzelnen religiösen Richtungen, besonders der Monophysiten scheiterten.

Der Verfasser analysiert die kirchenpolitischen Anordnungen von Iustinian mit eminenter Sachlichkeit, die einzelnen Themenkreise logisch systematisierend. Er stützt sich bei dieser Analyse besonders auf die originellen Rechtsquellen, so am meisten auf die Sammlungen der iustinianischen Kodifikation. Neben den Rechtsquellen zitiert er aber auch oft aus den Schriften der Kirchenväter, und benutzt manchmal auch die Werke der Geschichtsschreiber der goldenen Zeit. Aber auch die themenbezügliche ungarische und ausländische Literatur wird vom Verfasser aufgearbeitet. Der Verfasser vertritt auch ziemlich oft einen eigenen Standpunkt hinsichtlich der verschiedenen bestrittenen Probleme.

Für den Leser, der sich mit dem Thema näher beschäftigen möchte, kann sowohl der detaillierte Quellenregister (S. 289-303), als auch die reiche Bibliographie (305-320) von Nutzen sein.

Es kann also ohne Belangen festgestellt werden, dass der Verfasser die ungarische Romanistik mit einem bedeutenden Werk bereicherte, was aber nicht nur für die Romanisten, sondern auch für die sich für die Geschichte und Kirchengeschichte Interessierenden eine nützliche Lektüre sein kann.

Emese Újvári*

* Dr. Emese Újvári, wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Debrecen, Ungarn.

Eherecht Österreichs 1811 und Eherecht Russlands im 19. Jahrhundert: ein Vergleich
Rezension auf Beitrag von Stefan Schima

„Das Eherecht des ABGB 1811“ In: *Gerhard Kohl – Thomas Olechowski – Kamila Staudigl-Ciechowicz – Doris Täubel-Weinreich* (Hrsg.) Eherecht 1811 bis 2011. Historische Entwicklungen und aktuelle Herausforderungen =Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, 2. Jahrgang, Band 1/2012

Wien: Verlag der ÖAW (ISBN 978-3-7001-7314-4)

ABGB 1811 ist eine weltbekannte und hervorragende Rechtsquelle. Neben dem berühmten Code civil 1804 gehört das ABGB zur Reihe der ältesten geltenden Gesetzbücher in der Welt[1]. Wie auch im Code civile hat sich das Eherecht des ABGB vom 19. bis das 21. Jahrhundert stark verändert. Die Grundlage dafür war die wirtschaftliche und die sozial-politische Umgestaltung in ganz Europa. Die Hauptänderungen des Eherechts in europäischen Ländern wurden mit der Einführung der Zivilehe, der Liberalisierung der Ehescheidung, Einführung der Gleichberechtigung der Ehegatten, der Einführung der Lebenspartnerschaft u.a.m. verbunden.

Alle diesen gemeineuropäischen Änderungen hat auch das Eherecht Österreichs erlebt. Diese Probleme behandeln in den Beiträgen zur Rechtsgeschichte Österreichs “Eherecht 1811 bis 2011” vor allem Beiträge von *Bea Verschraegen “Die eingetragene Partnerschaft”*, *von Nina Dethloff “Die Europäische Ehe. Ein optionales Modell für transnationale Partnerschaft”*. Außerdem gab es in der Geschichte Österreichs des 19. bis 21. Jahrhunderts eine ganze Reihe eigener Probleme und eigene schwere Perioden, die zur kardinalen Transformation im Bereich des Eherechts führten. Es handelt sich vor allem um die komplizierte konfessionelle und nationale Situation in Österreich im 19. Jahrhundert, die Auflösung des Kaisertums und die Einführung der Republik 1918, den “Anschluss” während der NS-Zeit usw. Diese Probleme behandeln Beiträge von *Christian Neschwara “Eherecht und “Scheinmigration” im 19. Jahrhundert: Siebenbürgische und ungarische, deutsche und Coburgen Ehen”, von Ilse Reiter-Zatloukal “Ehe, Staatsangehörigkeit und Migration - Österreich 1918 – 1938”, von Maria Wirth “Die österreichische Scheidungsreform in den 1970er Jahren”*.

Und um die wichtigsten Tendenzen in der Entwicklung des modernen Eherechts Österreichs und in der ganzen Europa besser zu verstehen, muss man die “Urregelung”, die historischen Grundlagen gut kennen.

Der Beitrag von ***Stefan Schima “Das Eherecht des ABGB 1811”*** behandelt die Entstehung der spezifischen Normen des österreichischen Eherechts am Ende des 18. bis Anfang des 19. Jahrhunderts, sowie die Rolle und den Einfluss der Katholischen Kirche und des kanonischen Rechts auf die Entwicklung des Eherechts Österreichs.

Vom großen Interesse für den Leser ist das in diesem Beitrag analysierte Diskussionsproblem der “Einführung der Zivilehe” und der *Begriffsbestimmung von der “Zivilehe”*. Autor betrachtet und vergleicht hier die Positionen von französischen, österreichischen, englischen und holländischen Gesetzgebern (S. 15 – 16).

In russischer rechtshistorischer Literatur des 19. Jahrhunderts wurde dieses Problem auch diskutiert. Der bekannte russische Gelehrte Nikolaj Suvorov (1848 – 1909) in seinem “Lehrbuch des Kirchenrechts” (“Utschebnik zerkovnogo prava”) versteht unter der Zivilehe “nicht allein die Form der Eheschließung, sondern die Ehe im allgemeinen Sinne, alle ehelichen Beziehungen”. Und das bedeutet, dass bei der Zivilehe nicht die Kirche mit ihrem kanonischen Recht, sondern der Staat mit seiner [weltlichen] Position solche Rechtsbeziehungen, wie Ehehindernisse, Eheschließung, Ehetrennung usw. regeln soll[2]. Weiter bezeichnet N. Suvorov drei Varianten der Begriffsbestimmung der Zivileheschließung: 1) Zivilehe als staatliche Notwendigkeit (Notzivilehe); 2) Zivilehe als fakultative Form und 3) Zivilehe als obligatorische Form für die Eheschließung. Die Notzivilehe entsteht, wenn die Kirche manche Ehen nicht schließen darf (z.B. zwischen Akatholiken) oder die Personen (Braut und Bräutigam) selbst ihre Ehe in der Kirche nicht schließen möchten, wie es z.B. in den Niederlanden am Ende des 16. Jahrhunderts der Fall war. Die fakultative Zivilehe bestand im 19. Jahrhundert in England. Die dritte Variante – die obligatorische Zivilehe – wurde in Frankreich während der Revolution 1789 – 1794 eingeführt und später im Code civil 1804 verankert[3].

In seinem Beitrag analysiert Stefan Schima auch das im ABGB verankerte Prinzip der *verschiedenen Eherechte für Katholiken, für die nichtkatholischen Christen (s.g. Akatholiken) und für Juden* (S. 17 – 21). Dieses Problem ist auch sehr interessant.

---

[1] Erstmals wurde das österreichische ABGB von 1811 ins Russisch übersetzt: “Obtschee gratschdanskoje ulotschenije Avstrijskoj imperii 1811”, Sankt-Petersburg 1884; Die aktuelle Fassung (vom 1. August 2010) – “Vseobtschij Gratschdanskij kodex Avstrii”. Übersetzung ins Russische und Vorwort von Sergej Maslov. Moskau 2011.

[2] Suvorov N.S. Utschebnik zerkovnogo prava. Moskau 1908 (Moskau 2004). S. 345.

[3] Ibid. S. 346 – 347.

Die verschiedene Regelung der Ehe- und Familienbeziehungen für die Angehörigen der verschiedenen Konfessionen, solche "Ehe-Spezialisierung" war auch für das Eherecht Russlands des 19. Jahrhunderts typisch. Nach dem damaligen russischen Eherecht wurden die Ehen zwischen Orthodoxen, Katholiken und Evangelischen einerseits, und Konfessionslosen, sowie Muslimen, Heiden, Lamaisten anderseits, verboten. Nur in Mittelrussland wurden solche Ehen gestattet und nur unter folgenden bestimmten Bedingungen: 1) für solche Eheschließung war die Zustimmung der örtlich zuständigen Gewalten der Orthodoxen Kirche nötig; 2) solche Ehen konnten nur in der Orthodoxen Kirche geschlossen werden; 3) der nichtchristliche Ehegatte sollte einen Eid ablegen, dass er den christlichen Glauben anderes Ehegatten sowie die kirchliche Erziehung der künftigen Kinder nicht stören wird[4]. Also, wie das Eherecht des ABGB 1811 als auch das russische Eherecht im 19. Jahrhundert "weisen einen starken konfessionsbezogenen Zug auf" (St. Schima, S. 13). Und die Orthodoxe Kirche in Russland (wie die Katholische Kirche in Österreich) als die Staatskirche hat damals im Bereich des Eherechts die wichtigste Rolle gespielt.

In seinem Beitrag analysiert Stefan Schima die *Ehehindernisse im Eherecht Österreichs*. Der Autor teilt alle Ehehindernisse in "Ehehindernisse nach dem staatlichen Recht" und "Ehehindernisse nach dem kanonischen Recht" ein (S. 18 – 19). Ähnliche Ehehindernisse bestanden auch im russischen Eherecht des 19. Jahrhunderts. Die Ehebeziehungen wurden im Bd. X "Zivilgesetze" der "Gesetzsammlung des Russischen Reiches" ("Svod sakonov Rossijskoj imperii")[5] geregelt.

Russischer Gelehrter A. Sagorovskij (geb. 1850) – der Verfasser des berühmten rechtsvergleichenden "Kurses des Ehe- und Familienrechts" ("Kurs semeinogo prava") (in dem nicht nur russisches Eherecht, sondern auch die wichtigsten Begriffe des Ehe- und Familienrechts einiger europäischer Länder behandelt wird) - teilt alle Ehehindernisse in zwei Gruppen ein: 1) absolute und 2) relative Ehehindernisse. Unter den absoluten Ehehindernissen versteht A. Sagorovskij solche Hindernisse, die für alle Ehen nötig sind. Die relativen Ehehindernisse sind nur für Ehen zwischen bestimmten Personen nötig[6].

Zu *absoluten Ehehindernissen* nach dem russischen Eherecht des 19. Jahrhunderts gehörten:

- *A) Hindernis des Alters*. Das minimale Alter war für Knaben 18 Jahre und für Mädchen - 16 Jahre (Svod sakonov. Bd. X. Art. 3). Im Vergleich dazu, betrug das Alter nach dem Kirchenrecht 15 Jahre für Knaben und 13 Jahre für Mädchen. Die Sonderregelung bestand für Militär- und Staatsbeamten – bis zum vollendeten 23. Lebensjahr und zwei Jahre der amtlichen (beruflichen) Tätigkeit. Außerdem kannte das russische Eherecht des 19. Jahrhunderts auch das maximale Alter für die Eheschliessung – 80. vollendetes Lebensjahr (Svod sakonov. Bd. X. Art. 4)[7].
- *B) Keine Zustimmung der Braut und des Bräutigams* (Svod sakonov. Bd. X. Art. 12);
- C) *Keine Zustimmung der Eltern* (Svod sakonov. Bd. X. Art. 6)*;*
- *D) Hindernis der Staats- und Militärdienst* (Svod sakonov. Bd. X. Art. 9). Im russischen Eherecht bestand die Forderung einer schriftlichen Zustimmung der Obrigkeit für Militär- und Staatsbeamten;
- *E) Hindernis der Bigamie (die Nichteinehe)* (Svod sakonov. Bd. X. Art. 20). Dieses Hindernis bestand damals aber nur für Christen. Für Muslime, Heiden usw. sollten in diesem Fall bestimmte Gewohnheiten verwendet werden;
- F) *Hindernis der vierten Ehe* (Svod sakonov. Bd. X. Art. 21). Nach dem russischen Eherecht des 19. Jahrhunderts durfte ein Mensch während seines Lebens nur dreimal heiraten. Die vierte Ehe wurde verboten;
- G) *Hindernis zur Eheschliessung für Geistliche (Mönche und Priester[8])* (Svod sakonov. Bd. X. Art. 2). Für diese Kategorie der Menschen wurde die Ehe überhaupt verboten. Diese Regelung galt aber nur für Orthodoxe und Katholiken (nicht aber für Evangelisten);
- H) *Geisteskrankheitshindernis* (Svod sakonov. Bd. X. Art. 5);
- I) *Hindernis der Verurteilung zu schwerer Kerkerstrafe* (Svod sakonov. Bd. X. Art. 19). Die Ehe wurde für manche Kategorien der Bestraften verboten[9].

Zu *relativen Ehehindernissen* nach dem russischen Eherecht des 19. Jahrhunderts gehörten *Verwandtschaftshindernis* und *Hindernis des Religionsunterschieds bei Mischehen*[10]. Im Gegensatz zum Eherecht Österreichs 1811, in dem Verwandtschaftshindernis "im staatlichen und im kirchlichen Recht unterschiedlich ausgestaltet war" (St. Schima, S. 18), wurde dieses Ehehindernis nach dem russischen Recht des 19. Jahrhunderts ausschliesslich im kirchlichen Recht und konfessionell geregelt (Svod sakonov. Bd. X. Art. 25). Außerdem bestand für Christen auch ein Hindernis der geistlichen Verwandtschaft. Wie nach dem österreichischen als auch nach dem russischen Eherecht des 19. Jahrhunderts wurden die Beziehungen zwischen einem Taufpaten und dem in die Frauenjahre gekommenen Taufkind verboten (St. Schima, S. 18)[11].

---

4 Sagorovskij A. I. Kurs semeinogo prava. Odessa 1909 (Moskau. 2003). S. 21 – 22.

5 Svod sakonov Rossijskoj imperii. Sankt-Petersburg. 1912//КонсультантПлюс (КонсультантПлюс), 2008. Die Kodifikation in Russland im 19. Jahrhundert hatte eigene Besonderheiten, und zwar wurde die Folge der Arbeit der Kodifikationskommission 1830 die Veröffentlichung von "Polnoe Sobranije sakonov Rossijskoj imperii" und 1832 - von "Svod sakonov Rosssijskoj imperii". Der Unterschied zwischen diesen beiden Gesetzsammlungen bestand darin, dass "Polnoe Sobranije sakonov Rossijskoj imperii" von 1830 das chronologische und "Svod sakonov Rosssijskoj imperii" von 1832 das thematische Prinzip zugrunde gelegt wurde

6 Sagorovskij A.I. S. 7.

7 Sagorovskij A.I. S. 8 – 10.

8 Fuer orthodoxen Prister nicht allgemein, sondern unter bestimmten Bedingungen.

9 Sagorovskij A.I. S. 17 – 19.

10 Ueber Mischehen siehe oben. Sagorovskij A.I. S. 19

11 Ibid. S. 20.

Also, für die im Russischen Reich im 19. Jahrhundert gewohnten Orthodoxen, Katholiken, Evangelisten, Juden, Muslime, Heiden galten unterschiedliche religiöse und rechtliche Normen und Gewohnheiten über die Verwandtschaftshindernisse bei der Eheschliessung.

Vom besonderen Interesse sind die im Abt. XII des Beitrages von Stefan Schima "*Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*" enthaltene *Schlussfolgerungen*. Der Autor hat völlig Recht, als er über die Aktualität der wissenschaftlichen ua der rechtshistorischen Untersuchungen im Bereich des Eherechts schreibt. Von großer Bedeutung ist in diesem Hinsicht das *Problem des Rechtspluralismus*. "Doch lehrt uns die grosse Zahl der Muslimen in Österreich – unter ihnen etwa die Hälfte Ausländer – welche Bedeutung dem Rechtspluralismus immer mehr zukommt…Und dies hat auch dann zu gelten, wenn heute in Bezug auf Anwendung religiöser Rechtsordnungen Prinzipien obwalten, die durchaus zu Recht zu einer gewissen Zurückhaltung motivieren." – schreibt St. Schima (S. 24). Dieses Problem ist heutzutage sowohl für andere europäische Länder, als auch für Russland sehr aktuell.

Olga Lysenko*

* Dr. Olga Lysenko, Dozentin, Lehrstuhl für Staats- und Rechtsgeschichte, Juristische Fakultät, Moskauer Staatlichen Lomonosow-Universität (Moskau), Russland.

Valerián Bystrický – Dušan Kováč – Jan Pešek (Hrsg.)

Kľúčové problémy moderných slovenských dejín 1848 – 1992 (Schlüsselprobleme der modernen slowakischen Geschichte 1848 – 1992)

Bratislava: Veda 2012, 395 S., (ISBN 978-80-224-1223-0)

Das besprochene Buch stammt aus der reichen Produktion des Instituts für Geschichte der Slowakischen Akademie der Wissenschaften. In den letzten Jahren widmen sich seine Mitarbeiter intensiv der modernen slowakischen Geschichte. Die rezensierte Publikation entstand im Rahmen des Projekts „Zentrum für Forschung der Schlüsselfragen der modernen slowakischen Geschichte", an dem sich neben dem Institut für Geschichte auch Institut für Philosophie der Slowakischen Akademie der Wissenschaften und die Matej-Bel-Universität Banská Bystrica beteiligen.

Das besprochene Werk wird als „Monographie" präsentiert; die Autoren führten dazu die bekannten Beweggründe, die ich lieber nicht kommentieren werde. Das Buch besteht aus 14 Kapiteln von 13 Autoren, aus einer Einführung des Herausgebers (Dušan Kováč) und aus einem zusammenfassenden Schluss. In Übereinstimmung mit der eingelebten chronologischen Einteilung und mit Rücksicht auf die Proportionalität sind die einzelnen Kapitel in drei Teile unterteilt (1848 bis 1918; 1918 bis 1945 und 1945 bis 1992). Wie schon der Titel andeutet, es handelt sich nicht ganz um einen kompakten Text, sondern eher um eine Zusammenstellung von Beiträgen, welche die Autoren als bedeutend für die Entwicklung der Slowakei zwischen 1848 – 1992 betrachten. Diese Tatsache ist für die ganze Arbeit von grundsätzlicher Bedeutung. Die Auswahl der *„Schlüsselprobleme"* stellt eine erhebliche subjektive Angelegenheit dar und von dieser hängt der Erfolg des ganzen Projekts ab, weil sie das Erste neben das Renommee der Autoren ist, was den potentiellen Leser anspricht. Es ist festzustellen, dass des dem Herausgeber gelungen ist, sich mit dieser wichtigen Aufgabe erfolgreich auseinanderzusetzen; er stellte ein Team von renommierten Autoren zusammen, sowie die für diese passenden Themen.

Am ersten Teil beteiligten sich fünf Autoren. Dušan Švarna analysierte die Logik und den Kontext der Formierung einer modernen slowakischen Nation seit der Zeit der Wiedergeburt bis zu ihrer Vollendung. Man kann der Schlussfolgerung des Autors zustimmen, *„zu der Vollendung dieser Entwicklung sei es in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts gekommen"*. Tibor Pichler ordnete die Formierung des politischen Denkens nach dem österreichisch-ungarischen Ausgleich den Schlüsselmomenten der modernen slowakischen Geschichte zu. Ich schließe mich voll seiner Infragestellung der in der letzten Zeit modernen Bezeichnung *„österreichisch-madjarischer Ausgleich"* an, welche die traditionelle Bezeichnung *„österreichisch-ungarischen Ausgleich"* ersetzt, weil dieser Akt ein staatsrechtlicher Akt war, welcher die Beziehung zwischen den Staatssubjekten und nicht zwischen den Völkern regelte. Genauso kann man sich unter die Feststellung völlig unterzeichnen, *„Ungarn …könne man nicht nur auf den Fall der Assimilierungspolitik der Regierungseliten reduzieren"*. Milan Podrimavsky widmete sich der Formierung der modernen slowakischen Politik und Roman Holec konzentrierte sich auf das Phänomen der Madjarisierung. Alle drei oben angeführten Autoren befassten sich – logisch – auch mit dem Nationalitätengesetz vom 1868. Dazu erlaube ich mir eine kurze Anmerkung. Kritischer Ton zum Gesetz und vor allem zu seiner praktischen Geltendmachung ist berechtigt, jedoch der Vorwurf, *„das Gesetz habe keine Kollektivrechte der nationalen Ganzen*

verankert (S. 84)*"*, ist unbegründet, denn das nichtungarische Bevölkerung als Minderheit wahrgenommen wurde. Denn heute nach fast 150 Jahren stellen die Kollektivrechte der nationalen Minderheiten einen Gegenstand der leidenschaftlichen Polemiken auch in den ausschließlich demokratischen Ländern dar. Ein aktuelles Beispiel muss ich vielleicht überhaupt nicht ausdrücklich anführen. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass sich eine bessere politische Stellung des tschechischen Volkes im westlichen Teil der Monarchie auch nicht auf der Existenz eines nationalen Ganzen, sondern auf historischem Landesprinzip stützte.

Wie es aus dem oben Erwähnten ersichtlich ist, die Problematik der angeführten Kapitel hängt eng zusammen und dringt durch. Dadurch unterscheidet sich dieser Teil der Publikation von folgenden, wo die einzelnen Kapitel im Prinzip chronologisch aneinander anknüpfen. Auch das Schlusskapitel ist spezifisch. Der Herausgeber geht mit der Darstellung über das Jahr 1918 aus der Sicht der Kontinuität und Diskontinuität des slowakischen Nationalprogramms eigentlich schon zur Problematik des zweiten Teiles über. Bei der Sicht auf das Programm der slowakischen politischen Vertretung sieht er dabei vor allem die Diskontinuität infolge der Veränderungen, welche das Jahr 1918 brachte (das Jahr 1918 sieht er als *„eine wesentliche Zäsur, oder fast direkt eine Schlucht"*, S. 146).

Zweiter Teil – offensichtlich zur Erhaltung der Proportionalität – verbindet das Unvereinbare: demokratische Verhältnisse der Ersten Tschechoslowakischen Republik und die totalitäre Zeitperiode 1938 – 1945, bzw. 1938 – 1939 und 1939 – 1945. Den zweiten Teil eröffnet das allgemein konzipierte Kapitel von Milan Zemek sehr passend; er setzt die tschechoslowakische politische Entwicklung in Kontext der Entwicklung in anderen neu entstandenen europäischen Staaten. Diesen ordnete er auch diejenigen bei, deren Gebiet sich infolge des Krieges wesentlich veränderte. Der Autor konzentriert sich hier auf die Problematik des Maßes der Geltendmachung der parlamentarischen Demokratie und der Äußerung des politischen Extremismus in einzelnen Ländern. Weitere drei Beiträge spiegeln innere Dynamik der auf diese Art und Weise abgegrenzten Zeitperiode wider. Ľudovít Hallon widmet sich der technischen Modernisierung in der Zeit der Ersten Tschechoslowakischen Republik in der Slowakei und in seinem Beitrag verweist er auf Archivquellen aus allen Autoren am meisten hin. Er weist auf die Ungleichmäßigkeit der Entwicklung in dem Sinne hin, dass es sich nur einige Bereiche entwickelten, während andere stagnierten. Ivan Kamenec charakterisiert überzeugend die Änderungen der Beziehung der Bevölkerung zum Staat und zum Regime in der Slowakei zwischen 1939 – 1945 und analysiert dabei zutreffend die individuelle und Gruppenmotivation slowakischer Bürger. In Anknüpfung daran verfolgt Michal Schvarc den Charakter und Änderungen der Außenpolitik der Slowakischen Republik (1939 – 1945). Er macht auf grundlegende Bedeutung des sog. Schutzvertrages vom März 1939 und auf die sich daraus ergebende Abhängigkeit der Slowakei vom nationalsozialistischen Deutschland aufmerksam.

In fünf Beiträgen des dritten Teiles der Arbeit sind die Schlüsselmomente der slowakischen Entwicklung nach 1945 aufgefasst. Im Hinblick auf das spezifische Interesse für die Problematik der Nachkriegsentwicklung[1] widme ich größere Aufmerksamkeit diesem Teil, bzw. den zwei Einführungskapiteln.

Im ersten *(Antritt der kommunistischen Totalität 1948)* analysierte Jan Pešek die Äußerung der Entwicklung der Jahre 1945 bis 1948 in die Februarkrise. Nach einer kurzen Charakteristik der vorherigen Zeitperiode und der Erinnerung der politischen Herbstkrise im Jahre 1947 in der Slowakei konzentrierte er sich auf den Verlauf der Februarereignisse in den böhmischen Ländern, bzw. in Prag und dann in der Slowakei und machte dabei auf eine Reihe wesentlicher Abweichungen aufmerksam. Seine Darstellungen schloss er mit der Charakteristik der Machtfestigung der Kommunistischen Partei in folgenden Monaten ab (mit Betrachtungen zur ganzen Regierungszeit der Kommunistischen Partei), wo repressive Maßnahmen eine bedeutsame Rolle spielten. Der Autor bemerkt zwar im Schluss, das Monopol der Kommunistischen Partei sei nicht nur auf der von Repressionen mannigfaltiger Intensität und Einstellung hervorgerufenen Angst gegründet, aber trotzdem scheint der Beitrag in dieser Richtung gewissermaßen einseitig zu sein. Hier fehlt die Erklärung des gegensätzlichen Merkmals, das die erste Phase der Entwicklung nach Februar 1948 charakterisiert. Es handelt sich um Tatsache, dass viele das neue Regime gerade am Ende der vierziger und in der ersten Hälfte der fünfziger Jahre ohne Zwang und sogar mit einer großen Begeisterung unterstützten.

An ersten Beitrag knüpft die Darstellung über die Modernisierung slowakischer Volkswirtschaft in fünfziger und sechziger Jahren vorigen Jahrhunderts an. Es werden die problematischen tschechoslowakischen wirtschaftlichen Fünfjahrespläne charakterisiert und Grundänderungen der Ökonomik in der Slowakei und die daraus folgenden Änderungen der Sozialstruktur geschildert. Meinem Erachten nach bewertet der Beitrag die Vor- und Nachteile der ökonomischen Maßnahmen für slowakische Gesellschaft in einer ausgeglichen Weise. Dem aufmerksamen Leser (insbesondere, wenn es sich um einen Juristen handelt) entgeht jedoch nicht, dass das Zitat vom kommunistischen Historiker Viliam Plevza *„bei uns wurde auch die letzte Ziege verstaatlicht"* (S. 289) zwar effektvoll ist, jedoch es stellt keine beste Demonstrierung des Umfangs der Verstaatlichung dar, denn „die Ziegen" wurden nicht verstaatlicht, sondern die Landwirtschaft wurde kollektiviert, was etwas anderes ist. Auch die Feststellung, dass *„mehr als 62% tätigen Personen"* in volkseigenen (oder staatlichen) Betrieben nach der Verstaatlichung im Jahre 1945 in der Slowakei arbeitetet, klingt anders, als es der Autor gedacht hat. *„Tätig"* waren auch die Landwirte und vor Februar 1948 gehörte *„fast 50% der Bevölkerung zum Sektor der Landwirtschaft"* in der Slowakei (S. 291 – 292). Dies evoziert noch eine Bemerkung formellen Charakters: im Falle der Berufung auf ähnliche quantitative Angaben konnte der Autor auf die Quellen konsequenter verweisen, die er in seiner Arbeit benutzte.

Der Beitrag von Stanislav Sikora konzentriert sich auf den Versuch um eine Reform des Sozialismus aus dem Jahre 1968. Der Autor beurteilt hier einige bisher nur schwarzweiss präsentierte Momente. Er macht auf die Kontraproduktivität des unkritisch lobenden Dokuments *„Zwei tausend Worte"* oder auf die Tätigkeit einiger Journalisten aufmerksam, wobei es ihm gleichzeitig gelingt,

[1] Die Entstehung dieser kleinen Buchbesprechung ist mit dem Forschungsvorhaben *„Politischer Prozess mit slowakischen Angehörigen der Staatssicherheit im Jahre 1953"* (Masaryk-Universität Brünn, MUNI/A/0939/2011, Bearbeiter: Mgr. Michal Škerle) verbunden.

schlagende mildernde Umstände für Entstehung dieses radikalen Dokuments, sowie für „ungeduldige" Journalisten zu finden. Die Vorbereitung einer neuen Verfassung in der zweiten Hälfte der achtziger Jahre interpretiert Josef Žatkuliak als ein *„Schlüsselmoment"*. Auf diesem Moment demonstriert er die Uneinheitlichkeit und die Unentschlossenheit damaliger Parteiführung, die sich der Notwendigkeit der Änderungendurchführung bewusst war, jedoch sie befürchtete diese Änderungen. Seine Aufmerksamkeit wendet er selbstverständlich auf die Lösung der tschechisch-slowakischen Beziehung und ihrer Widerspiegelung im beabsichtigten Staatsaufbau. Er erwähnt auch die Stellung der oppositionellen Vertreter. Im zweiten Beitrag beschäftigt sich Milan Zemko mit der Zeitperiode zwischen der Herstellung der Demokratie am Ende des Jahres 1989 und der Entstehung der selbständigen Slowakischen Republik. Er verfolgt den Weg zu ersten demokratischen Wahlen und zum Zerfall der tschechoslowakischen Föderation.

Die Mehrheit der präsentierten Abhandlungen stammt aus der älteren Arbeiten der Mitglieder des Autorenkollektivs oder anderer Forscher. Sie bringen jedoch keine neuen Erkenntnisse. Ihr Beitrag besteht vor allem in der Anwendung einer neuen Methodik. Die Autoren wollen die nur durch die Optik des eng wahrgenommenen nationalen Interesses gesehenen Segmente der nationalen Vergangenheit nicht präsentieren. Sie bemühen sich die Nationalgeschichte, bzw. *„ihre Schlüsselprobleme"* in richtigen Proportionen und in weiteren Zusammenhängen der untersuchten Erscheinungen zu erfassen. Wie ich schon oben festgestellt habe, das Positivum besteht auch in der geeigneten Themenauswahl. Auf der letzten Feststellung ändert nichts auch die schon erwähnte Tatsache, dass die Auswahl der in Frage kommenden Themen sicher nicht erschöpfend ist und dass die untersuchte Zeitperiode durch diese Themen also nicht ganz bedeckt ist.

Ich bin davon überzeugt, dass dieses Werk vom jedem begrüsst wird, wer sich für neuere slowakische, tschechoslowakische und europäische Geschichte interessiert, einschließlich der Juristen, denen die (Rechts)geschichte nicht gleichgültig ist.

Ladislav Vojáček*

* Prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc., Lehrstuhl für Rechts- und Staatsgeschichte (Lehrstuhlinhaber), Juristische Fakultät der Masaryk-Universität Brno, Tschechische Republik.

An Eager Pursuit of Justice
Remarks on the Collection Volumes of Gábor Hamza

A well-known and widespread commonplace as it may be, but writing a review on a book is never an easy task, and this becomes an even harder undertaking when the review is supposed to cover a tome of selected studies. Now, if the task is to present a three-volume series of such works, especially those by Professor Gabor Hamza[1], then it can fairly be stated that a really hard assignment was taken on.[2] Again, it is also kind of a truism that in case of such a work the selection itself should be somewhat characteristic of the person whose papers are gathered. Even preliminarily, it should be pointed out that as a consequence of all that have been said the editors must have faced a tough issue during the preparations, namely which articles should be picked to represent Professor Hamza's outstanding and exceptional *oeuvre*. Not that it would be that much troublesome to collect such treatises representing the Professor's devotion to work of the highest scientific standard, as each and every work published by him is a unique example of this commitment. The problem – if one can call it so – rather stem from the fact that the Professor's works consequently stick to such a high standard, therefore handpicking the appropriate titles may seem to be fairly complex. The point from where the idea of the publication of collected papers stem was the illustrious occasion for the Professor's 60th birthday celebrated on February 22nd, 2009, and it was evident from day one that a single volume will be anything but sufficient to successfully represent – let alone cover – a rich list of publications. Therefore the present three-volume collection is equally aiming to offer a rather wide spectrum of selections, divided into different main chapters, than boasting with fully covering the corpus. At this point it should be noted that the way we see it, such a volume that contains essays of the celebrated serves much better as *homage*, than a set of articles written by other scholars – the former solution is much more personal and better expresses respect and appreciation.

[1] Professor Gábor Hamza, Head of the Department of Roman Law ELTE, Budapest Member of the Hungarian Academy of Sciences, member of several Hungarian and international scientific organisations, holder of many famous honours and awards. His field of research covers Roman law, history of private law and comparative law.

[2] *Hamza Gábor*: Iura antiqua ac iura moderna methodo comparativa investigata – Opera selecta. / Ausgewählte Schriften zur antiken Rechtsgeschichte, zur Rechtsvergleichung und zum geltenden Recht. Edited by: Volumes I-II: *Földi András*, *Boóc Ádám*, *Buzády Csongor*, *Sándor István*, *Siklósi Iván*; Volume III: *Földi András*, *Boóc Ádám*, *Buzády Csongor*, *Sándor István*, *Siklósi Iván, Fekete Sára*. ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, Tomus I: 2010, Tomus II: 2011, Tomus III: 2013.

Besides this rather representative character of the series (which is referred to here as a virtue), it should also be pointed out that all papers gathered in these three volumes contain foreign language papers published exclusively in different Hungarian, and – for the most part – international journals[3], as well as volumes presented as tribute to other professors, or commemorations of particular occasions.[4] The high scientific standard of all these papers is clearly proven by the fact that many of them have been frequently cited by several well-known scholars – whether they are of Hungarian or foreign origin, Roman law experts or representatives of other fields of research.[5]

A primary statement is to be made with regards to the structure of the volumes. The first two volumes consist of three chapters respectively, covering certain topics of Roman law and Antiquity, the subsequent fate of Roman law in the first book, while comparative law, modern law in the second, with a chapter entitled "Varia" closing each of the first two books. Tome three in comparison contains four chapters, dealing with Roman law, its subsequent fate, comparative law in the order of their appearances, finishing again with a "Varia" segment at the end. It is highly interesting; in case of a Roman law professor it may as well be called strange that the second volume – as it apparently turns out from the above structural presentation – lacks any direct involvement in Roman law. It should, however, be hastily added that it is not at all a problem, as the diversity of the volumes with regards to their contents positively satisfies all needs. In addition, after a deeper scrutiny it becomes obvious that the volumes represent a certain unity or rather continuity as for their contents: these treatises are altogether capable of describing the main characteristics of Professor Hamza's scientific approach.

When trying to explain the use of the expression 'main characteristics', it is not by all means far-fetched to think about how it would be possible to cover each and every segment of an exceptionally rich scientific *oeuvre*. All papers added to the collection beyond doubt efficiently represent the Professor's devotion to scientific achievement.[6]

The diversity of contents could be well paired with the variety of languages offered in these volumes, even compared to other multilingual publications, as papers in the three books are presented in German, Italian, French, Spanish and English.

After the general presentation of the volumes, some words should be dedicated to the appearance of the series as well, since the elegant, though humble outlook corresponds with the high standard of the inner content: on the cover the reader can see a photo of one of the five Master Lawyers, Herennius Modestinus[7], whose statue is situated in front of the Palazzo di Giustizia in Rome. This gesture adequately symbolises the link and continuity between Roman and modern law. The typography of the texts is aesthetic: both the font style and size attract the reader's eye, the texts are transparent, well-edited. It was a very good choice not to merely republish the offprints of these papers: the uniform appearance of the texts better fits the concept of the publication. Of course, the latter solution – namely publishing the offprints of the articles – may as well bear a certain sense and value, but in case of anniversary volumes, it was a much better choice to give a homogeneous outlook to all volumes. Despite the very transparent and reader-friendly form, it should be noted that all papers would be much easier to handle if the notes were footnotes instead of endnotes. In this latter case, however, some readers – especially those with deeper scientific interests – are bound to keep turning to the notes every now and then, if they are interested in literature information and further readings, remarks and extensions. This interrupts the reader, and as a result, the logic of a certain essay is less easy to follow, though all this is rather an inconvenience than a problem. Yet, it is still true that in case of footnotes, these pieces of information can be gathered in a simpler way, as they are all published at the bottom of the page. It would have equally been worth considering adding an index of sources to the volume, all the more so, as – besides secondary literature of course – a great number of primary sources are analysed in the papers. Though it should be pointed out that the absence of such a collection is not a vice, either – it is equally a sort of inconvenience that may occur in some instances.

With regards to the contents of the series, it can be stated that it is a nice example of Rudolf von Jhering's idea, which he happened to express in volume one of his "Geist"[8] and it referred to the importance of Roman law for modernity: "Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus – das ist der Wahlspruch, in dem für mich die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt beschlossen liegt". Roman law and Antiquity is a decisive factor, though not exclusively, of our contemporary culture.

---

[3] Cf. typically „Index: quaderni camerti di studi romanistici" (Milano, Editore Jovene, from 1970), or even „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" (Wien, Verlag Böhlau, since 1880). See also „Labeo. Rassegna di diritto romano". Editore Jovene, 1955-2004.

[4] *Hans-Georg Knothe – Jürgen Kohler* (hrsg von): Status familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag am 28. April 2001. München, Verlag C. H. Beck, 2011; *Hamza Gábor* (szerk.): Tanulmányok Werbőczy Istvánról – Studien über István Werbőczy. Budapest, Professzorok Háza, 2001; *Hamza Gábor* (szerk.): Szent István és Európa – Saint Étienne et l'Europe. Budapest, Professzorok Háza, 2001.

[5] As an example cf. Ciceros Verhältnis zu seinen Quellen, mit besonderer Berücksichtigung der Darstellung der Staatslehre in De re publica – *Jakab Éva, Michael von Albrecht*; Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano – *Reinhard Zimmermann, Rolf Knüttel, Andreas Wacke, Generoso Melillo, Földi András*; Die Idee des "Dritten Reichs" im deutschen philosophischen und politischen Denken des 20. Jahrhunderts – *Földi András, Karácsony András*; Réflexions sur l'harmonisation (unification) du doit privé en Europe – *Attilio Guarneri, Giuseppe B. Portale*; András Bertalan Schwarz, der auch international hochangesehene Romanist, Papyrologe und Privatrechtler (1886 – 1953) – *Földi András, Nagyné Szegvári Katalin*; Einige Anzeichen der rechtsvergleichenden Analyse bei Cicero – *Maxime Lemosse*; Quelques aspects de l'idée du contrat au domaine des droits antiques en Mediterranée – *Joachim Hengstl*, and the enumeration could be continued.

[6] This is also supported by the fact that the first two volumes of the series is listed on the webpage of „Religion and Law Consortium"; with the following link: http://www.religlaw.org/index.php?blurbId=1997&table=Blurb.

[7] With respect to Modestinus cf. e.g. *Franz Wieacker*: Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Abschnitt. Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike. München, Verlag C. H. Beck, 2006. 146; *Arthur A. Schiller*: Roman Law. Mechanisms of Development. The Hague, Mouton, 1978. 364-365.

[8] *Rudolf von Jhering*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung I. Leipzig, 1852. 14.

It is also true that it practically end up in every scholar citing and repeating Roman law roots and forerunners, while Roman law itself bears far deeper and more complex correlations. Both ideas are transparently reflected in the Roman law chapters of the series, whether they are about theoretical-philosophical approach, which are besides related to Cicero's activity[9], or actual legal institutes of phenomena.[10] This attitude also results in the papers covering certain aspects of comparative law, which is all the more important, because the development process of law becomes effectively palpable in these chapters.[11] There's though a transition between the fields of Roman law, legal history and comparative law which is best indicated by such papers that could be published in other chapters of these books, despite their publication amongst papers on comparative law.[12] In addition to all this, however, most theses strongly depict the *radix studiorum* character of Roman law; this is most obvious from those articles which cover the history of codification both in Hungary and in Russia, or later in the Soviet Union, as well as those which present the laws of King Saint Stephen I, and Werbőczy's law book "*Tripartitum*".[13] These papers also put a stress on the importance of *ius commune*, and they do not try to deny the preponderant role of *ius canonicum*. Codification, however, plays a central role amongst those topics the Professor regularly deals with – and the significance of this issue is also revealed in some papers, such as the one comprising the matters and current stance of harmonisation or unification of European Private Law, or the one which treatises the defence of legal persons in the Peruvian Civil Code.[14] It should also be remarked that all these papers are great examples of the manifold cited academic knowledge of Professor Hamza.

Other great examples of this latter characteristic are those treatises which are published in the chapters entitled "Varia" of each volume, regardless to the fact, whether one thinks about the papers that present the biography of two outstanding scholars, or one refers to those articles which scrutinise the history of private law, or in some instances the history of particular legal phenomena. From these works it quickly becomes apparent that the whole subject of Roman law and Antiquity are rather complex to the extent that they deserve far more attention than simple references to Roman law or antique forerunners as mere and obligatory historical footnotes. Roman law is almost the last example of the continuity in thinking. Consequently, all works in these three volumes are supposed to be addressed towards a wider circle of readers than Romanists and legal historians, though it is equally doubtless that the potential readers should be capable of successfully dealing with the multilingual challenge of the tomes. Besides this, readers may get a glimpse of how legal historians think: from these volumes the Ciceronian idea of *veri inquisitio atque investigatio* becomes all but tangible.[15] In addition, this tireless effort is successfully paired with a continuous strive for widening the popularity of scientific achievement.

As a final remark it could be stated that it is a great pleasure to see even a part of Professor Hamza's treatises collected and published in these volumes. Both the design and the inner content reflect the same high standard of work, therefore these works are recommended to all who are interested in Roman law, legal history and comparative law.

János Erdődy*

[9] Cf. Zum Begriff des ius naturale bei Cicero I/19-36; Ciceros Verhältnis zu seinen Quellen, mit besonderer Berücksichtigung der Darstellung der Staatslehre in De re publica I/37-46; L'«optimus status civitatis» di Cicerone e la sua tradizione nel pensiero politico I/47-64; Einige Anzeichen der rechtvergleichender Analyse bei Cicero III/17-34.

[10] Cf. Aspetti della rappresentanza negotiale negoziale in diritto romano I/65-126; Riflessioni sulla garanzia per vizi nella compravendita in epoca romana postclassica I/127-150; Réflexions sur les présomptions relatives aux comomourants (commorientes) en droit romain I/159-181; Quelques aspects de l'idée du contrat dans le domaine des droits antiques en Méditerranée III/59-75.

[11] From the works on this topic see especially Comparative Law and Antiquity in the Trends of Legal Humanism and Natural Law II/15-36; Réflexions sur la représentation dans la vente internationale II/37-44.

[12] Cf. Die Untergliederung der modernen Rechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition I/263-299; Rechte der klassischen Antike und das Erforschen der Rechtsinstitute der geltenden Privatrechtsordnungen III/35-58.

[13] Les lois de Saint Étienne et l'Europe I/185-196; Das „Tripartitum" von István Werbőczy als Rechtsquelle. Bemerkungen zur Rechtsquellenlehre in der europäischen Rechtsgeschichte I/17-214; Historia de la codificación del derecho civil en Hungría I/215-234; Römisches Recht und Kodifikation des Privatrechts in Russland und in der Sowjetunion I/235-262. There's one more paper related to this topic: L'influsso delle tradizioni del diritto privato europeo-continentale sugli ordinamenti giuridici extraeuropei III/79-181. It is published for the first time in this volume.

[14] Cf. mainly Réflexions sur l'harmonisation (unification) du droit privé en Europe II/49-65. With regards to modern law see e.g. El desarrollo del derecho privado europeo II/69-146; Codificación y recodificación del derecho privado en Europa del Este II/147-160; Reflexiónes sobre la defensa juridica de la personalidad en el Código civil del Peru de 1984 II/161-177.

[15] Cf. Cic. de off. 1, 13. This phrase is also referred to in the editors' preface.

* Janos Erdődy, Ph.D., Department of Roman Law, PPKE JÁK, Budapest, Hungary.

Annex:
Historical and Written Constitutions: Past and Present

Historical and Written Constitutions: Past and Present

The following block of the Journal contains the presentations of the international conference in Budapest entitled **Historical and Written Constitutions: Past and Present** in Budapest (27th November 2012). The conference was opened by Prof. Dr. Péter Paczolay (President of the Hungarian Constitutional Court). This workshop was part of the series of the bilateral Czech-Hungarian scientifical conferences, which are traditionally realized in the cooperation of the Institute for Legal Studies of the Centre for Social Sciences (Hungarian Academy of Sciences) and the Institute of State and Law of the Czech Academy of Sciences. This means that the participants came not only from Hungary, but also from Bohemia and Moravia too. The main reason of the conference was the adoption of the new Fundamental Law of Hungary in 2011. This document has tried to revitalize the notion of the historical constitution in Hungary in its preamble. The majority of the papers are reflecting the historical and political context of the idea of historical constitution in Central Europe.

Ivan Halász*

* Dr. Ivan Halász, Ph.D., senior research-fellow, Research Center for Social Sciences, Hungarian Academy of Sciences; associate professor, National University for Public Service, Faculty of Public Administration, Budapest, Hungary.

The Doctrine of the Holy Crown in the Hungarian Historical Constitution

*Zoltán Szente**

Abstract

The study analyses the basic characteristics of the doctrine of the Holy Crown in Hungarian constitutional thinking from a historical perspective. The author gives an in-depth analysis on the functions and roles of the royal crown in Hungarian public law. He finds that it was not merely a coronation jewel, or a pure symbol of the royal prerogatives, but rather, it was respected as a centerpiece of the historical, 'one-thousand-year-old' constitution of the country. While this doctrine was a unique Hungarian constitutional theory, symbolizing the national independence, it was sufficiently flexible to serve different political ideas and ambitions. Professor Szente describes how all sovereign powers were originated from the Holy Crown. He discusses the old principle of radix omnium possessionum, using to sustain the legal claim for all historical lands and territories of the Hungarian Monarchy. The Crown always embodied the monarchical form of the Hungarian state, and its sacred nature symbolized the strong alliance of the throne and the altar, that is, the fusion of the monarchy and the Catholic Church. As a consequence of this analysis, in contrast to the revival of the constitutional significance of the Holy Crown in the contemporary Hungarian public law, Professor Szente argues that the basic elements of its doctrine are irreconcilably incompatible with the values and requirements of the modern European and Hungarian constitutionalism.

Key words: *Holy Crown; sovereign power; historical constitution of Hungary; monarchical form of government; development of constitutional ideas; modern constitutionalism.*

Introduction

The preamble of the new Hungarian Fundamental Law of 2011 declares that "*[w]e honour the achievements of our historical constitution and we honour the Holy Crown, which embodies the constitutional continuity of Hungary's statehood and the unity of the nation. We do not recognise the suspension of our historical constitution due to foreign occupations.*"

The first chapter of the constitution ("*Foundations*"), in its Art. I, Para. (1), designating the state symbols, says that in the coat of arms, *"[t]he Holy Crown shall rest on top of the shield"*. Furthermore, the Art. R, Para. (3) of the same chapter declares that *"[t]he provisions of the Fundamental Law shall be interpreted in accordance with their purposes, the National Avowal* [the preamble, the author] *and the achievements of our historical constitution"*.

Although the Holy Crown has been recognized by law as a state symbol for a couple of years,[1] it gained real constitutional importance as a principle of constitutional interpretation, only with the new Fundamental Law. Nevertheless, it is not clear yet, what the significance of the historical constitution and its inherent part, the doctrine of the Holy Crown will be, and what normative requirements derive from them.

Before the adoption of the first written constitution of Hungary in 1949, the so-called historical or one-thousand-year-old constitution was in effect (1,000 counting from the state foundation by St. Stephen, the first king of Hungary from the very beginning of the 11th century). Although Hungary, in her long history, was occupied by foreign powers in many times, the text of the new basic law claims that the legal continuity of the historical constitution was broken only by the Nazi occupation in 1944 and, until now, it has never been restored. The opponents of the revival of the historical constitution argue that its content is out of date in a modern society or that it is obscure as to what it should mean today.

Nevertheless, if the historical constitution and one of its most important institutions, the Holy Crown, has such an emphasized role in the new Fundamental Law, it is worth examining what traditional meaning and content it has or, at least, which components or institutions belonged to it inherently.

* Prof. Zoltán Szente, DSc, Department for Constitutional law and Political Science, Faculty of Law, University of Győr, Hungary.

[1] See Act No. LXXXIII of 1995 on the national symbols of the Republic of Hungary, and Act No. I of 2000 on the memory of the state foundation by St. Stephen and the Holy Crown.

1. The basic characteristics of the doctrine of the Holy Crown in Hungarian constitutional thinking

The doctrine of the Holy Crown was a central institution and theory of the unwritten, historical constitution or with its traditional name, the "one-thousand-year constitution".[2] According to the conventional wisdom, the historical constitution has consisted of those "cardinal" (or fundamental) laws, decrees, charters, international treaties, conventions, habits and customs, which related to the exercise of public power or were regarded as guarantees of the independence of the country that had been created or developed at different historic times since the foundation of the state (in 1000). Since these legal acts and practices have never been written into a uniform constitution in an authentic way, its content had changed from time to time and thereby had always been highly flexible. Nevertheless, it has some constant institutions and principles, like the doctrine of Holy Crown, that have gone through almost the complete history of the country.

The Holy Crown (*Szent Korona*) is a piece of the crown jewels, with which the coronation could take place in a legitimate way. It is an irreplaceable, sacral subject. All thoughts and canons relating to its constitutional significance, as well as political or moral status, are embodied in the doctrine or theory of the Holy Crown (*Szent Korona-tan, -eszme*).

The meaning and constitutional significance of the Holy Crown has evolved gradually and the interpretation of its role in public life has frequently changed. Sometimes it was forgotten for decades or even centuries, while sometimes it was used to justify the independence of the state or legitimize the exercising of public power.

Thus, it is a theoretical challenge to identify the basic components of its constitutional status and meaning, as well as its major characteristics, as the constitutional benefits of the theory of Holy Crown today, even if the latter will not be discussed in this study.

2. The Holy Crown as the source and subject of state sovereignty

In those ages, when the constitutional role of the Holy Crown was strongly emphasized, it was identified with state sovereignty. According to this doctrine, the Holy Crown is the source, symbol, and subject of all public power. Traditionally, it was seen as a major principle of the historic constitution.[3] The sovereign power is vested in the Holy Crown (*Iurisdictio Sacrae Coronae*), as well as royal prerogatives, and citizen loyalty and obedience.[4] This approach is quite different from that of the Western European theories of the late medieval and modern times, where the supreme power was attributed to the monarch or the royal office as such but not to an objectified symbol of power.

However, such a doctrine of sovereignty in the Hungarian constitutional thinking was far from continuous and unbroken.[5] It is also worth noting that after its cult in the medieval ages its respect was not permanently dominant in the modern times, either. Virtually, the constitutional significance of the Holy Crown was rediscovered in the 1890s and the doctrine of

---

[2] The adjective of "one-thousand-year" refers to the state foundation, that is, the establishment of the Hungarian medieval kingship at the time of (St.) Stephen I.

[3] BALOGH Arthur, *A magyar államjog alaptanai*, Budapest, 1901. 5.; KMETY Károly, *A magyar közjog tankönyve,* Budapest, 1905. XVIII.; TIMON Ákos, *A Szent Korona elmélete és a koronázás*, Budapest, 1920. 12, 14, 27.; MOLNÁR Kálmán, *Magyar közjog*, Budapest, 1929. 251.; CSEKEY István, *Magyarország alkotmánya*, Budapest, 1943. 27–28.; TOMCSÁNYI Móric, *Magyarország közjoga*, Budapest, 1943. 281.

[4] KMETY, *supra note 3*, 183. Since the 15th century, all dwellers of the country were subjects of the Holy Crown, either having full civic status or not, and belonging to any nationality. ECKHART Ferenc, *A Szentkorona-eszme története*, Máriabesenyő–Gödöllő, 2003. 64, 75. [Original publication: Budapest, 1941.]

[5] The first handbooks describing Hungarian public law did not refer to the Holy Crown, or did not attribute an essential role to it, but only refer to the Crown in connection to the coronation ceremony, like Antonius Moyses CZIRÁKY, *Conspectus iuris publici Regni Hung. Ad annum 1848. hist. animadversionibus illustratus*, Viennae, 1851. BEÖTHY Zsigmond, *Elemi magyar közjog*, Pest, 1846. 21–22. In the latter book, the Crown is only one of the coronation jewels, like the cloak of St. Stephen, the sword, the orb or the sceptre. *Beöthy*, op. cit., 25. o.; SUHAYDA János, *Magyarország közjoga. Tekintettel annak történeti kifejlődésére és az 1848-ki törvényekre*, Pest, 1861. 30–31., 40–41.; and VIROZSIL Antal, *Magyarország nyilván- vagy közjoga mint az alkotmánya eredetétől 1847/8-ig fennállott: Történelmi szempontból tekintve s röviden előadva*, Buda, 1861. Emil Récsi, another ancient author, in his book published firstly in 1861, calls the king as the owner of the supreme power, and regards the Crown only as a symbol of it. RÉCSI Emil, *Magyarország közjoga*, Buda-Pest, 1869. 195. From the so-called *Pragmatica Sanctio* [which recognized the principle of women succession of the throne of the Habsburg-dynasty in 1723] to the civic revolution of 1848, under a continuous Habsburg rule, the doctrine was cited only to strengthen the claim of the territorial unity of the old Hungarian kingship, while the tenet of the derived nature of the royal power was pushed into the background. Although the Hungarian orders (*status et ordines*) continued to insist on the traditional coronation with the Holy Crown, the royal position was based on the right to succession of the House of Habsburg-Lotharingen, as it is clear from Act No. III of 1791, which provided the royal position to the successor already before the coronation.
The Holy Crown did not have any significance during the preparation of the so-called "Compromise" (*Kiegyezés* in Hungarian, *Ausgleich* in German) or the reconciliation of Hungary and the Habsburg Empire; the Hungarian politicians had not referred to it in legitimizing Hungary's constitutional independence. Ferenc Deák, the leading figure of this development, mentions the Holy Crown only once in his essential book arguing that the concept of "Crown" does not mean the symbol of the royal power but the entire state. See DEÁK Ferenc, *Adalék a magyar közjoghoz*, Pest, 1865. 82–83.
No outstanding role was attributed to the Crown in the Dualist Monarchy of Austria-Hungary between 1867 and 1918 either, when the classical sovereignty doctrine, owing to the sensitivity of the Habsburg monarch Franz Joseph, faded. Most authors of this time claim only the national respect of this symbol. See BONCZ Ferenc, *Magyar államjog*, Budapest, 1877. 251.; KORBULY Imre, *Magyarország közjoga, illetőleg a magyar államjog rendszere*, Budapest, 1877. 255.; HORVÁTH János, *A magyar királyság közjoga*, Budapest, 1894. 184.; KISS István, *Magyar közjog (magyar államjog)*, Budapest, 1888. 278–281.; NAGY Ernő, *Magyarország közjoga (államjog)*, Budapest, 1897. 183, 217.

the Holy Crown became predominant in Hungarian constitutional theory in the interwar period of the 20th century.[6]

Notably, when the public law status of the Holy Crown was recognized, the Crown as such was regarded as the exclusive source of state sovereignty. However, the status of the Crown has never been sufficiently clarified. Before the World War II, many scholars did not make any difference between the source, the owner, and the exercising of state sovereignty, and some of them deduced from it other entities (in particular, the king and the nation). More often than not, the various sovereignty theories reflected particular political ambitions of the time. In the 1920s, for example, the so-called "free royal electors" emphasized the "national sovereignty", claiming that the basic public power is vested solely in the nation, when the royal power – for any reason – is not exercised (i.e., the throne is vacant). In fact, they wanted to justify the dethronement of the Habsburg dynasty in 1918 and the recognition of Miklós Horthy as the head of state as a governor of the kingdom. In this approach, the Holy Crown embodies the whole nation (since 1848 including the peasantry), which is the real source of the sovereignty, and the coronation is an action by which the nation empowers the king.

But this view did not correspond to the ancient theory of the Holy Crown, according to which the sovereignty is an inherent property of the Crown or deduced the public power from the very concept of *Regnum Marianum*.[7]

It is also worth noting that in many times during Hungarian history there was an embarrassingly great difference between the constitutional thinking and the actual political practice. The kings of Hungary since the Árpád dynasty to the Habsburgs (including the last king, Charles IV) always considered themselves as rulers from the grace of God (*Dei gratia*) and they derived their sovereign rights from divine authority. In their eyes, the Holy Crown was at most only the mediator of the will of the Creator.

Another tenet of the ancient doctrine of the Holy Crown on state sovereignty was the so-called "mutual transfer of power" between the king and the nobility. According to this view, while the royal power originates from the nobility, the nobles receive their immunities and privileges from the king, as "the monarch is elected by the nobles, who are made by the king".[8] This theory was also used to explain the purely "public law nature" of the royal power, emphasizing that the king may exercise his prerogatives constitutionally only together "with the members of the Holy Crown".[9] On this basis, the Hungarian monarchy was frequently described as a "limited kingdom". It is worth noting that originally, this theory was developed by István Werbőczy, who, in his seminal work '*Tripartitum*', summing up the ancient laws and customs of Hungary, used it to justify the equality of all nobles against the high (landowning) aristocracy in the 15th century.[10] However, much later, in particular in the interwar period, many saw in this theory the roots of the modern principle of the sovereignty of people. Similarly, when the goal was to justify the "kingdom without the king" in the Horthy-era, the coronation charter of 1440 of Vladislaus I was often cited because it said that "the coronation always depends on the will of the residents of the country, and its effectiveness and strength depends on their consent". Much later, this declaration was referred to as one of the first manifestations of the principle of people's sovereignty.[11] Indeed, since 1848, the concept of nation was extended also to the non-noblemen and the theory of the "mutual transfer of power" was changed accordingly, inasmuch as the public power was hereto transferred to the monarch by the whole nation; not only by the nobility (*a communitate et communitatis ab auctoritate*). In this way, the monarch and the nation "unite in the Holy Crown" and, in organic terms, they together constitute the "body" of the Holy Crown (*totum corpus Sacrae Regni Coronae*).[12] As a consequence and a political requirement of this approach, "the king may exercise the full public power, if the nation, through the National Assembly, crowned him, conferring the ruling and governing power (*regimen et gubernium*) on him".[13] So the crown embodies the public power divided between the monarch and the nation.[14]

No doubt this constitutional theory fell very far from the political reality, as in the history of Hungary it was so often questionable that the royal dignity originated indeed from the

---

[6] This rebirth of the Holy Crown-based sovereignty doctrine can be traced back to the seminal work of Hajnik Imre, *Magyarország az Árpád-királyoktól az ősiségnek megállapításáig és a hűbéri Európa*, Pest, 1867. Later, Ákos Timon's works had a major impact on the revival of the theory. Timon Ákos, *Magyar alkotmány- és jogtörténet, különös tekintettel a nyugati államok fejlődésére*, Budapest, 1910. 487–505., see also in German: Ákos, Timon von, *Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte* (Felix Schiller vert.), Berlin, 1904.; Timon Ákos, *A szent korona és a koronázás közjogi jelentősége*, Budapest, 1907., and Timon, *supra note 3*. As Eckhart says, until the 1890s, the public lawyers did not attribute special importance to the doctrine of the Holy Crown. Eckhart, *supra note 4,* 189, 192.

The highlighted role of the Holy Crown was not generally recognized in the Hungarian legal history, either. Ferenc Eckhart held that the views relating to the "one-thousend-year-constitution" (and to the doctrine of the Holy Crown) had not been underpinned by sufficient evidence (see the *note 4, supra*) but the theory lacked any special significance in other books on Hungarian constitutional history as well. See e.g. Ladányi Gedeon, *A magyar királyság alkotmánytörténete a szathmári békekötésig*, Debreczen, 1871.

[7] This view attributed constitutional significance to an action of St. Stephen who, just before his death, offered Hungary (as *Regnum*) to the Madonna in the 11th century. Since then many written historical sources have referred to Hungary as a "country of the Madonna". The sanctity and the myth of the Holy Crown originate from this action, as the supporters of this view claim.

[8] Werbőczy István *Hármaskönyve*. I. Rész, 3. czim. 7. §. Budapest, 1897. 59.

[9] Kmety, *supra note 3,* 161.; Timon, *supra note 3,* 21.; Egyed István, *A mi alkotmányunk*, Budapest, 1943. 85.

[10] Kardos József, A Szent Korona és a Szentkorona-eszme története, Budapest, 1992. 29.

[11] See for example Csekey, *supra note 3,* 23. Recently BerténYi Iván, A „népszuverenitás" jelentkezése I. Ulászló 1440. júliusi királlyá koronázásánál. In: *Történelmi tradíciók és az új Alkotmány* (szerk: Téglási András), Budapest, 2011. 86–91. and Zétényi Zsolt, A történeti alkotmány időszerűsége (2010 adventjén). In: *Történelmi tradíciók és az új Alkotmány* (szerk: Téglási András), Budapest, 2011. 36.

[12] Timon, *supra note 6 (1910),* 493.; Csekey István, *A magyar trónöröklési jog*, Budapest, 1917. 33.; Molnár, *supra note 3,* 250–251.

[13] Csekey, supra note 3, 25.

[14] Balogh, *supra note 3,* 5.

will of the nation. It is to be noted too that the ancient theories of the 'limited monarchy' and 'mutual transfer of power' reflected the peculiar historical situation of Hungary and even if they created the idea of the restricted royal power, they were far from the modern constitutionalism and the phenomenon of the constitutional monarchy developed in Western Europe in the 18th and 19th centuries.

3. The Holy Crown as the symbol of the Hungarian Monarchy

Another basic institution of the Hungarian historical constitution, symbolized also by the Holy Crown, was the monarchy. After 1687, [15] Hungary, after the extinction of the House of Árpád was an elected kingship, while from 1687 she always was a hereditary monarchy.[16] Substantially, the country was a "monarchical state", [17] and the life of the nation was an inseparable from the kingship for almost a thousand years. [18] According to the conventional wisdom, Hungary was "an independent, autonomous, monarchical state-unit, restricted by the historical constitution". [19] In this view, the kingship was a limited monarchy but not as a constitutional monarchy in modern sense, rather, because the king was not sovereign of his own but he exercised a conferred and undivided power vested in the Holy Crown. Consequently, as this doctrine states, the royal power had purely a nature of public law [20] or, otherwise, on no account a private privilege. [21] The function of the "state personality", as it was embodied by the Holy Crown, was to make a distinction between the state sovereignty from the royal dignity; the monarch exercises his rights not as his own personal power (by virtue of inheritance, military force or as a landlord), but rather, form the will of the nation, mediated by the Holy Crown. This public law character of the royal power granted the right of resistance for the nobility, if the ruler ignored the restraints of his power (e.g., if he violated the nobles' rights and privileges or alienated the crown lands). As a matter of fact, it was a constitutional guarantee, which became highly significant under the Habsburg rule and, since it lasted so long, these principles were indeed deeply anchored in the domestic thinking regarding public law.

Apart from the doctrine of state sovereignty, the Crown symbolized the unified monarchy. [22] No other royal insignia were fused so strongly with the royal dignity and the monarchical form of the state as St. Stephan's crown. It was an organic and inseparable part of Hungarian historical consciousness. The state was an equivalent concept with the monarchy.[23]

The constitutional theory of the interwar period claimed that the monarchy was inherently a national institution, which was chosen by the nation for itself.[24] The Hungarian nation was held deeply committed to the monarchy and loyal to the king, which feeling was "stronger than any other European nation's sentiment". [25] The monarchical principle as a state-building idea, as was argued, was so deeply rooted in Hungarian thinking of public law, [26] that Hungary was held as a kingship even "when the crown does not adorn the head of any king", that is when the throne was vacant and the royal prerogatives were exercised by somebody else. [27] It is characteristic that after the years of turmoil in 1918/1919, in the heavy debate about the issue of legal continuity, both conflicting parties, that is both the "free royal electors" and the legitimists[28] argued for the restoration of the monarchical form of government because only this was considered to be compatible with the historical constitution and the doctrine of the Holy Crown. [29] On this platform, it was widely held throughout the Horthy-era that the duties of the head of state (by a governor) were fulfilled in a provisional way, until the throne would be filled again. [30] Thus, no one challenged the validity of the monarchical principle and no serious republican movement existed before the Word War II.

---

[15] Act No. II of 1687 recognized the hereditary kingship of the heirs of (Habsburg) Leopold I. Nevertheless, already since 1526, the reign of Ferdinand I, the Hungarian king always came from the Habsburg dynasty but prior to 1687, in a formal sense, only as an elected monarch.

[16] RÉCSI, *supra note 5*, 196.

[17] BALOGH, *supra note 3*, 9.

[18] MOLNÁR, *supra note 3*, 254.

[19] SZABÓ Béla, A' Magyar Korona országainak státusjogi és monarchiai állása a' pragmatica sanctio szerint, Pozsony, 1848. 5, 84.

[20] KMETY, *supra note 3*, 161.

[21] The reason of this principle was to prevent the monarch (who was also, for centuries, the king of other countries as well) from alienating any part of the country.

[22] SZABÓ, supra note 19, 182.

[23] In the medieval ages, the concepts of the state and the monarchy were so intertwined that both of them were called *regnum*. EGYED, *supra note 9,* 83. In addition, the form of government of Hungary, apart from the short revolutionary period of 1918/19, was a monarchy until 1944.

[24] KMETY, *supra note 3,* XIV.

[25] TIMON, supra note 3, 41.

[26] "No doubt, since St. Stephen, the monarchy was the institution unifying the Hungarian nation into a state in which the independence of the state and the sovereignty of the Hungarian nation were embodied." TIMON, *supra note 3,* 9.

[27] CSEKEY, *supra note 3,* 29.

[28] The "free royal electors" had supported Miklós Horthy to be the temporary head of state as governor, until a new, legitimate king would be elected by the nation. In contrast, the legitimists strove for the restoration of the Habsburg rule, that is the recall of the last crowned Hungarian king, Charles IV of the Habsburgs.

[29] Kardos, *supra note 10,* 53–61.

[30] See the Government decree of 2394/1920., saying that "[a]lthough Act No. I of 1920 on the restoration of the constitution and the provisional exercise of the supreme public power stated that the royal power had ceased to be exercised on 13 November 1918, Hungary had not changed her thousand-year-old form of government, and neither the royal dignity, nor the royal power as legal institution had been abolished". This approach was even reinforced by Act No. XLVII of 1921 "on the abolishment of the royal prerogatives of His Majesty Charles IV (*IV. Károly*) and the succession of the House of Habsburg", declaring that "the nation invariably sustains the monarchy as the ancient form of government but it postpones the occupation of the royal throne".

4. The sacred nature of St. Stephen's Crown

One of the basic characteristics of the historical constitution and the doctrine of the Holy Crown was the institutional and spiritual merger of the monarchy and the Catholic Church. The Hungarian monarchy was a Christian kingdom, which was explicitly recognized by the "apostolical" adjective of the official title of the monarch. [31] It was also marked by the church government powers of the king, like his right to approve the promulgation of the circulars of bishops and archbishops and the papal encyclicals (*ius placeti*), as well as his right to appoint the church leaders (*ius supremi patronatus*). In addition, the king of Hungary could only be a roman catholic, [32] who had been crowned by the sacred crown of St. Stephen. All these were also reinforced by those centuries-old constitutional traditions that required the involvement of the Roman Catholic Church in the act of the coronation. In Hungary the ancient charters and laws often emphasized and confirmed the Christian character of the monarchy, as in the so-called Millennium law of 1896, article 1 of which expressed the legislature's gratitude to the "divine Providence" for adopting this country in her protection.[33] The theory of the Holy Crown served to justify the national and Christian nature of the historical kingdom.[34] It was also derived from the "mystery" of the Holy Crown that the supreme power is an "inherent propriety" of the Crown. [35] Consequently, the canons that the Holy Crown is the source or even the owner of public power, requested no proof. Some commentators claimed that this certitude is rooted in the spirit or in the "public law genius" of the Hungarians or it comes from the long history of Hungarian constitutionalism.

5. The unalienable property rights of the Holy Crown

It was an intrinsic part of the doctrine of the Holy Crown that all lands were in the property of the Crown and, therefore, the crown lands were permitted only to belong to possession but they could not be alienated. In other words, all land rights were rooted in the Holy Crown (*radix omnium possessionum*).[36] Moreover, it was also an important principle of the dominant theory that the Holy Crown was the ultimate holder of all royal revenues (*bona vel peculia Sacrae Regni Coronae*), rather than the king himself.

Besides that, the property rights of the Holy Crown contained not only the lands of private individuals but also the so-called "associated countries and states".[37] "The supreme power of the Holy Crown extends not only to the current territory of Hungary (…) but it extends also to other domains as well. (…) And even, the rights of the Holy Crown are preserved for those territories too, which are, for a long time, under a foreign control".[38] The "associated countries, parts and provinces (…) are inseparable from each other and are in themselves indivisible." [39] The unified body of the country is composed of "the mother country and her associate territories. The indivisibility naturally derives from the Hungarian Holy Crown, which symbolises [also] the royal power",[40] that is all territories, which once belonged to the propriety of the Holy Crown, were held as an organic part of the country and could not be legally alienated.[41] It is the king's duty to guard over the implementation of these principles, as the alienation of any land of the country, on whatever legal title it occurs; "the laws of the country strictly prohibit".[42] The indivisibility theory of the country's territory derived mostly from the so-called *Pragmatica Sanctio* of 1723, which recognized the right to succession of the throne of the women of the House of Habsburg-Lothringen, stipulating that this right was acknowledged with the preservation of the territorial integrity of the monarchy.[43] This requirement was always upheld by later legislation as well. In 1938, for example, when some historical territories, like Upper Hungary, Subcarpathia and a part of Transylvania were regained by Hungary, the relevant laws spoke about their return to the "body of the Holy Crown".[44]

After the peace of Trianon[45] the doctrine of the Holy Crown became quite popular in the country again because it appeared to be an appropriate theory for justifying the claim for the lost territories, referring to the "historical" right of Hungary. "The Hungarian nation, which was dismembered owing to the [first]

---

[31] The Hungarian public law documents before WWII uniformly claimed that the title of "apostolic monarch" of the Hungarian kings was given by the pope Clement XIII in 1758, for recognizing their merits in spreading the Christian faith.

[32] Act No. II of 1723, Art. 7.

[33] Act No. VII of 1896, Art. 1.

[34] Kardos József: A király nélküli királyság a szent korona jegyében. In: Pölöskei Ferenc–Ránki György (szerk.). *A magyarországi polgári államrendszerek*. Tankönyvkiadó, Budapest, 1981. 444.

[35] Timon, supra note 3, 11.; Timon, supra note 6 (1910), 491.; Timon, supra note 6 (1907), 4–6.

[36] Hajnik Imre, *Egyetemes európai jogtörténet a középkor kezdetétől a franczia forradalomig*, Budapest, 1899. 236.; Timon, *supra note 3,* 13.; Csekey, *supra note 12,* 32–33. Notwithstanding, some scholars claimed that after the civil revolution of 1848, with the abolishment of the feudal tenure and entail, this "had languished". Kmety, *supra note 3,* XIX.

[37] Hajnik, *supra note 36,* 236.; Kmety, *supra note 3,* 17.; Eckhart, *supra note 4,* 68, 70.

[38] Récsi, *supra note 5,* 30–31.

[39] Szabó, *supra note 19,* 8.; Korbuly, *supra* 151–152. In their royal charter and coronation oath, every new king had to promise the preservation of the territorial integrity of the state, as 'Hungary […] has never resigned from her forcefully separated parts of territory, which once had belonged to her but she has always maintained her rights on them". Korbuly, *supra* 152.

[40] Récsi, *supra note 5,* 74–75.

[41] Szabó, supra note 19, 156.; Balogh, supra note 3, 7.; Csekey, supra note 3, 28.

[42] Récsi, supra note 5, 77.

[43] Act No. II of 1723.

[44] Act No. XXXIV of 1938, Act No. VI of 1939, and Act No. XX of 1940.

[45] After the First World War the peace treaty between the Allies and Hungary was concluded in 1920, in a castle near Versailles, France. As a consequence of this treaty, Hungary has lost around 72 per cent of her earlier territory, and approximately 64 percent of her population.

world war and the Bolshevism, sees a mystically enormous strength in the personality and mystery of the Holy Crown, which will restore, even if with great fights, the state unity of the people and territories belonging to the Holy Crown."[46] "The Holy Crown symbolizes the constitutional unity and the uniform sovereign body of St. Stephen's realm in which the associated countries are also included, as they are also the members of the Holy Crown."[47]

6. Some other features of the Holy Crown doctrine

Although all the theoretical components of the doctrine of the Holy Crown had been imported by the Hungarian public law from other nations, a number of Hungarian public lawyers emphasized its special and unique development. According to this view, the historical public law of Hungary has a nature, which distinguishes it from the constitutional history of any other country.[48] Some of these specialities are only products of the historical romanticism, like holding that the Hungarian nation was the first that improved the concept of statehood and public power or that the Hungarians have a stronger public spirit and constitutional genius, which was brought from the ancient homeland.[49]

Apart from these myths, the doctrine of the Holy Crown really had some peculiarities. One of them was that the crown itself was held as irreplaceable, which means that only the original crown of St. Stephen's had a constitutional significance,[50] in contrast with the dominant European tradition, according to which the coronation of the new monarch usually took place with a new crown. Furthermore, while in the case of other countries, in general, the legal claim of the royal power is connected to the order of succession of the ruling dynasty in Hungary it originated, in theory at least, from the Holy Crown. Thus, as it was discussed above, the source of state sovereignty was the Holy Crown itself, rather than the royal will or any other authority.[51]

Another peculiarity of the doctrine was to connect it with the organic concept of the state. In general, it is believed that Werbőczy was the first who set out this connection in the *Tripartitum.*[52] On the one hand, the doctrine of the Holy Crown deduced, as we saw, the state sovereignty from the crown itself and thereby separated the royal power from the supreme power of the country, and on the other hand, the organic concept of the state described the state (or the Holy Crown itself) as a living organism, similar to the human body.[53] The latter theory was applied to all the three pillars of the modern approach of the state, that is to the public power, the population of the country, and the state territory. While, for example, the king is the "head" of the body of the population, the nobility (and, after 1848, the whole nation) is the trunk of it. In this way, the body of the Holy Crown is an "organic unity embracing the king and the nation".[54] In other words, "the territory, the people and the sovereignty unite in the concept of the Holy Crown".[55]

Finally, it is worth drawing attention to the fact that the understanding of the doctrine of the Holy Crown is difficult not only on account of its complexity and abstraction but because some concepts connected to the doctrine were used in an unusual and idealistic way. It was a basic tenet of this doctrine, for example, that the approach of the personified statehood (separating it from the monarch), provided that the kings of Hungary could exercise their privileges always only within constitutional limits. Nevertheless, the constitutional monarchy, as a form of government emerged only in the 17th century in Europe, flourishing as late as during the 19th century, as a transitional power arrangement between the absolute and parliamentary monarchies.[56]

7. Closing remarks: the future of the Holy Crown in contemporary public law

Undoubtedly, it is a political question today, whether the constitution-maker attributes any legal significance to the doctrine of the Holy Crown or not. However the margin of appreciation of the lawgiver is not unlimited in this issue, if it respects the historical truth. There is a difference between the revival of an old tradition or to re-interpret it abandoning its original meaning. It is sure that some basic elements of this doctrine reflect the historical circumstances of the time of their

---

[46] TIMON, supra note 3, 4.

[47] TIMON, supra note 3, 35.

[48] One of the most famous disputes in the history of Hungarian public law was the so-called Eckhart-controversy, which broke out after the publication of a seminal work of Ferenc Eckhart, a legal historian in which he sharply criticised those public lawyers and legal historians of the time, who had referred to the "thousand-year-old constitution", and he held chauvinistic views that had claimed the curiosity of the historical constitution of Hungary. Eckhart urged the re-evaluation of the legal history-writing, and the abandonment of the old dogmas. See ECKHART Ferenc: Jog- és alkotmánytörténet. In: Hóman Bálint (szerk.), *A magyar történetírás új útjai*, Budapest, 1931. 277, 305. For this debate see KARDOS József: *A szentkorona-tan története 1919–1944*. Akadémiai kiadó, Budapest, 1987.; and TÓTH Zoltán József, *Magyar közjogi hagyományok és nemzet i öntudat a 19. század végétől napjainkig. Adalékok a Szent Korona-eszme történetéhez*, Budapest, 2007.

[49] TIMON, *supra note 3,* 6–7, 11.

[50] However, it is a prevailing view that only some parts of the crown, which is exhibited in the building of Parliament today, originate, at most, from the time of St. Stephen's rule (i.e., from the beginning of the 11th century).

[51] REINHARD, Wolfgang: Geschichte der Staatsgewalt. Eine verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart. C.H. Beck, München, 2002. 94.

[52] See e.g. EGYED, *supra note 9,* 85.

[53] CSEKEY, *supra note 3,* 24.

[54] TIMON, *supra note 3,* 14–15.

[55] FERDINANDY Gejza, *Magyarország közjoga (alkotmányjog)*, Budapest, 1902. 54.

[56] See for instance, MENGER, Christian-Friedrich, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Eine Einführung in die Grundlagen*, Heidelberg, 1993. 117.; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, In: Conze, W. (Hrsg.), *Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1967. 91.; MEZEY Barna–SZENTE Zoltán, *Európai alkotmány- és parlamentarizmustörténet*, Budapest, 2003. 525–527.

genesis and it is questionable whether these peculiarities are compatible with the modern European constitutionalism. The theory of the Holy Crown has never recognized, for example, the principle of the people's sovereignty.[57] Instead, as we saw it, the Holy Crown was postulated as the source of all public power. Accordingly, the right to vote was limited throughout the periods when this doctrine was in use.

As it was discussed too, the religious content played also an important role in the doctrine of the Holy Crown. According to the explanation, St. Stephen, the first Hungarian king, by offering Hungary to the Madonna and asking her patronage for the country, established the divine nature of the royal power. In this doctrine, the Holy Crown was, on the one hand, the mediator of the divine legitimacy of the monarchy and, on the other hand, it was also the symbol of the constitutional continuity of the state. This claim of continuity of public power was the reason why the traditional theory of the historical constitution accepted the coronation only if it took place with the original crown of St. Stephen.[58] As a matter of fact, the conceptions of sanctity and myth of the Holy Crown are hardly compatible with the modern principles of the neutrality of the state and the separation of the state and the church.

The doctrine of the Holy Crown has never been a coherent and well-specified constitutional theory but rather it has always been a value-laden, deeply ideological set of ideas, flexible enough to be adjusted to the political needs of the ruling elites. In contrast with the popular belief, it is a political myth that the constitutional significance of the Holy Crown has always been a fundamental doctrine of the historical constitution. This myth was spread due to political reasons in the interwar period in the 20th century, when the whole theory became almost an official ideology.

Virtually, the respect of this doctrine was not continuous and unbreakable in Hungarian constitutional history.[59] Notwithstanding, the Holy Crown played indeed an important and progressive role in Hungarian history and public thinking, as, for example, a symbol of the national independence and the unity of the (political) nation. That is why it should be respected and not for justifying particular political ambitions. Some inherent elements of the doctrine of the Holy Crown, like the refusal of the popular sovereignty or the recognition of the Catholic church as a state religion, are incompatible with the principles and values of modern European constitutionalism, while the revival of some of its other intrinsic features, like the monarchical form of the state or the territorial integrity of the historical Hungary is unreal today. Thus, the Holy Crown should probably be treated as a historical relic and as a Hungarian revolutionary proposed more than one and a half centuries ago, the crown "should be placed in the National Museum".[60]

[57] "It has to be realized that the principle of people's sovereignty and the doctrine of popular sovereignty are not rooted in Hungarian constitutional law." Molnár Kálmán: *A jogfolytonosság helyreállításának jogelvi szükségessége és lehetősége*, Pécs, 1930. 41.

[58] The originality of the Holy Crown, that is the question, whether St. Stephen was crowned with the crown, which is displayed in the building of the Parliament, is a subject of endless debates. According to the most widespread view, some parts of it are really derived from the 11th century.

[59] This was recognized even by the enthusiastic supporters of the doctrine. As a leading constitutional scholar of the interwar period, István Csekey wrote, the public law thinkers "entirely neglected" the earlier constitutional role of the Holy Crown and regretfully mentioned that its principles were ignored even "in the times of '48" [the year of the civic revolution]. Csekey, *supra note 12,* 40. Bartoniek Emma, an important researcher of the history of the Holy Crown reported also that the noblemen lost their interest in the Holy Crown between the 16th and 18th centuries, and during this long period, they did not referred to it even on the occasions of coronations. Bartoniek Emma, *A magyar királykoronázások története,* Budapest, 1939. 168.

[60] Táncsics Mihály, Respublika, *Munkások újságja*, 1848. október 17.

Hungary's Fundamental Law and the Concept of the Historical Constitution*

*Ádám Rixer***

Abstract

Hungary has adopted a new Constitution in 2011 (named Fundamental Law of Hungary). The reason for creating this paper was the tremendous number of questions and impetuous debates which surrounded the establishment of this instrument abroad and within the borders. During the examination of the Hungarian constitution and the Hungarian legal system in general several "sharp" preliminary questions shall be answered, such as why it was necessary to create a new fundamental law more than two decades after the fall of the iron curtain, less than one decade after joining the European Union, in possession of a constitution which fully complied with international requirements. Answering these questions we have to emphasize that a specific line of the new legal concept, formulated by the Fundamental Law, is the aspect with which it views the notion of legal continuity.

The historical constitution is mentioned several times in the Fundamental Law. According to the first sentence of the third paragraph of the National Avowal "We honour the achievements of our historical constitution"; according to Article R) paragraph (3) of the Foundation "The provisions of the Fundamental Law shall be interpreted in accordance with their purposes, the National Avowal and the achievements of our historical constitution."

***Key words**: Fundamental Law of Hungary; formal legal continuity; material legal continuity; limited concept of historical constitution; radical concept of historical constitution; openness of the Fundamental Law*

1. Reasons for establishing the Fundamental Law

Hungary has adopted a new Constitution in 2011 (named Fundamental Law of Hungary). The reason for creating this paper was the tremendous number of questions and impetuous debates which surrounded the establishment of this instrument abroad and within the borders.[1] During the examination of the Hungarian constitution and the Hungarian legal system in general several "sharp" preliminary questions shall be answered, such as why it was necessary to create a new fundamental law more than two decades after the fall of the iron curtain, less than one decade after joining the European Union, in possession of a constitution which fully complied with international requirements.

The subject's literature is rich in different statements: there are some who view the new constitution as result of some symbolic efforts, which would not have been necessary at all, as the post-1989 versions of the previous constitution – while keeping the original numbering of the act – established a fully democratic state governed by the rule of law in every sense, which proved to be operable also in practice. Some express their concerns about the euro-conformity of the Fundamental Law due to its unspecified (legal) notions and the limitation of certain institution (e.g. the narrowing down of the Constitutional Court's competences). Moreover, some stress that the Hungarian Fundamental Law not only meets the basic values of the European Union, but it goes further: it specifies, confirms and explains its basic values in a creative way. Among others with the method that originating from the requirement of human dignity it views the world in the correlation of family and public interest, and it establishes a definitely European, but still original and model construction which rewrites balances.

In order to answer the above assumption – but at least to shed light on the background legislative goals – it is useful to read one of the most authentic sources, the opinion of the prime minister of the Hungarian government after 2010, who explained the practical role of the new Fundamental Law

* This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

** Ádám Rixer, B.A., M.Sc., M.A., Ph.D., Head of Department of Public Administration of the Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary.

[1] The evaluation regarding the partly new problem raising, value system, priorities, moreover, circumstances of creation of the new Hungarian Fundamental Law (and through this the complete legal system) would be full scope only if it was supplemented with a comprehensive analysis mirroring international trends, through which expectations regarding the new fundamental law "would be put into place". The size of the latter task, however, exceeds the frameworks of this work, as well as the possibilities of its author. In this topic – in Hungarian language – see e.g.: JAKAB, ANDRÁS – KÖRÖSÉNYI, ANDRÁS (editor.): *Alkotmányozás Magyarországon és máshol. Politikatudományi és alkotmányjogi megközelítések. (Constitution-making in Hungary and elsewhere. Political science and constitutional law approaches)* MTA TK Political Science Institute – Új Mandátum Kiadó, Budapest, 2012. p. 309.

as follows: "The events of 2006[2] made it clear for Hungarians that our constitution – together with all of its modifications – is a constitution of failures, which cannot protect us from anything. It was not able to protect us from total indebtness, from political lies, abuses of power, from police brutality, from the complete destruction of economy, from speculation […] In 2006 the Hungarians realised that Hungary was unprotected and that the basic reason for this is the powerless transitional constitution. […] They came to understand that the renewal of Hungary required a new fundamental law, which provides proper protection to Hungary and to Hungarians, and gives modern answers to the challenges of the 21st century. […] We missed our self-esteem [before]. Our national self-esteem. We missed to proudly tell everyone who we are, how we are connected, what we want; where we came from and where we are going, what we believe is good and what we consider bad."[3]

2. The Fundamental Law and legal continuity

In addition to the necessity of making a new constitution it is worth examining in advance what the relationship of the new document is to the old one, and to other instruments of Hungarian legal history.

It may be stated in advance that approximately one-third of the new Fundamental Law's provisions fully complies with the text of the previous Constitution's text, another one-third shows great similarity, material correspondence regarding the essence of the regulation, and „only" one-third of the fundamental act may be considered brand new, therewith it introduces new legal institutions and fills old ones with new content.

It is also worth mentioning in advance that the catalogue of rights starts with some general rules which comply with the main requirements formulated during the two decade practice of the Constitutional Court (e.g. principle of necessity and proportionality, material content of fundamental right…) and the list of given rights and their material description is also not "surprising".

The Parliament approved the Fundamental Law on the 25th of April 2011, based on Article 19 paragraph (3) point a) and Article 24 paragraph (3) of act XX of 1949.[4] These provisions establish continuity – which shall be further explained, naturally – between the Constitution and the Fundamental Law, together with the fact that the version of the Constitution established after 1989 considered itself transitional. Moreover, Article 5 of The Transitional Provisions to Hungary's Fundamental Law states that *"The coming into force of the Fundamental Law shall not affect the effect of legislation, normative decisions or orders, or other legal instruments of state administration, concrete decisions or commitments of international law which were adopted, issued, made or undertaken before the Fundamental Law came into force."*

Therefore, as its legitimate basis the Fundamental Law refers (also) to act XX of 1949, not to its Stalinist version, of course. This consequence may be drawn from the comparison of two provisions: the "reconciliation" of the National Avowal's – serving as preface of the Fundamental Law – "We do not recognise the communist constitution of 1949 […][5] statement with Section 2 of the Closing provisions ["Parliament shall adopt the Fundamental Law pursuant to Sections 19(3)a) and 24 (3) of Act XX of 1949"] may be possible only in one way.

This primary picture is supplemented with further provisions of the Fundamental Law; so far as the declared goal of the Fundamental Law – in addition to the delegitimization of a given period of the past – is to restore legal continuity with the pre-1949 (legal) situation. The goal of the Fundamental Law is – among others – to open up towards the past, to facilitate the resuscitation of the so-called historical constitution. The National Avowal – partly for achieving the above mentioned goals – presents (also) the Holy Crown as embodiment of state continuity, and describes the period between 19 March 1944 and 2 May 1990 as the interruption of continuity, stating that Hungary's autonomy was missing in this period.

A specific line of the new legal concept is the aspect with which it views the partial (legal) continuity (!) between the period between 2 May 1990 and 25 April 2011 (1 January 2012) and the (legal) system of the previous Communist dictatorship: according to point 5 of the preamble of Hungary's Fundamental Law's Transitional Provisions *"At the time it was not possible to prosecute the crimes committed under the communist dictatorship and aiming at the building and maintenance of the regime, and, in the absence of a constitutional turning point which could have interrupted legal continuity, no possibility to prosecute these crimes opened up even after the first free elections."* Therefore one of the most important practical (legal) aspects of the topic of legal continuity and facing the past is the problem of limitation, the partial settlement of the which is attempted by the latter document.[6]

The historical constitution is mentioned several times in the Fundamental Law. According to the first sentence of the third paragraph of the National Avowal *"We honour the achievements of our historical constitution"*; according to Article R) paragraph (3) of the Foundation "*The provisions of the Fundamental Law shall be interpreted in accordance with their purposes, the National Avowal and the achievements of our historical constitution."* The National Avowal takes it for granted that there has been and there is today a legal

---

[2] The speech of Ferenc Gyurcsány, who established government after the elections of 2006, held in front of his peers "was leaked" in the late summer of 2006. In the speech the Prime Minister admitted that they had continuously "lied" for victory at the elections. After the release of the speech the greatest turbulences of Hungarian history from the times of the 1956 revolution took place, among others on 23 October 2006, on the 50th anniversary of the Hungarian revolution and freedom fight.

[3] Orbán, Viktor: Az újjászületés dokumentuma. (Document of revival) *Magyar Nemzet*, 25 April 2011. p. 6.

[4] Fundamental Law of Hungary, Closing Provisions, point 2. Relevant provisions of the Constitution: "Article 19 (3) a) Within this sphere of authority, the Parliament shall adopt the Constitution of the Republic of Hungary."; "Article 24 (3) A majority of two-thirds of the votes of the Members of Parliament is required to amend the Constitution and for certain decisions specified therein."

[5] *"We do not recognise the communist constitution of 1949, since it was the basis for tyrannical rule; therefore we proclaim it to be invalid."*

[6] About limitation see in details: Varga, Csaba: Elévülés? Visszaható törvényhozás? Csapdahelyzet és jogtechnikai semlegesség a jogban. [Limitation? Law-making with retroactive force?] Trap and legal technique neutrality in law. *Iustum Aequum Salutare* 1/2012. pp. 103-115. [hereinafter referred to as Varga Csaba (2012)]

framework – for eternal time – originating from Saint Stephen (1000-1038) and lasting till 1944, and the validity of which – as it has been mentioned – was "suspended" only temporarily, from 19 March 1944 till 2 May 1990.[7]

The concept of legal continuity which looms also in the new fundamental law[8] has several antecedents in Hungarian legal literature and public thinking. In the past the issue of legal continuity was present in legal public thinking in somewhat different context and with different content than today; so far as its forms of appearance were mainly repeated king crowning formulas, oath texts [9] and crowning letters (diploma inaugurale) about the keeping of the laws and costumes, freedoms, exemptions and privileges of Hungary. Today the main – and regarding legal certainty almost only – question is obviously whether despite foreign legal systems existing often for more generations it is possible to return, even if partially, to legal institutions, legal practices, social values appearing as legal values abandoned before – even in under force, – especially that there was also a "pause in the film" after 1948 in those social sciences which are supposed to present these.[10] The answers of the older legal literature – despite the acknowledgement of real difficulties – are *basically* positive; let us review some of these in the following!

"Faithfulness to the constitution proves the continuity of the constitution, i.e. legal continuity. This means that the constitution may be modified only through legal, thus constitutional methods. Therefore everyone shall stand upon the basis of the present constitution until its modification through a legally recognised way was performed. The use of revolutionary means is as well dangerous as coup-like attempts. Such actions may only hamper the execution of the constitution, but shall not terminate its validity. First, legal continuity shall be re-established and legal development shall be continued from where it terminated some time ago. In 1867 it was managed to put down the foundations of 1848 despite the long term resistance of the emperor" – writes István Egyed.[11] Nowadays Norbert Varga shares this opinion: "With the realisation of the compromise following the neo-absolutism legal certainty was restored, which meant the survival of our historical constitution. This continuity was realised – in addition to the restoration of the old legal order – in the restoration of legal institutions (right to vote at popular elections, ministers' responsibility, etc.")[12]

When Egyed puts it in a way that "Revolutionary times, the eras when states shake are seedbeds of establishing constitutions",[13] we can also add that among the possible goals of changes there may be – *naturally* – the restoration of legal certainty.

The shared approach of viewpoints originating from before and during the Second World War is that – the mainly external – forced changes do not affect the basis of the legal system, and as these are of moral aspect, they may be reproduced and restored any time: "The Hungarian state has gone through many convulsions. […] Today it is torn, is unprotected; but it has not lost its faith in its future and is imbued by some mystical force, unswerving belief. […] State may be made by force, but only temporarily. […] The value of our statehood comes from the fact that […] the individuals are connected not only by artificial legal bonds, but also by moral ties; everything holds us together which may make a mass a nations, which may transform the area of the state into a homeland" – we may read.[14] Similarly "[When] after the great difficulties of the long years of the war the spirit of constitution making was raving throughout Europe and new constitution were prepared in a row not only in defeated, but also in neutral, moreover, in victorious countries, the tiny, torn Hungary – even in times of difficulties which seemed to be undefeatable – defined the way of public law reorganisation in the return to old constitutionalism."[15]

The opinion of Gyula Moór is somewhat more tinged, as he does not only mention the issue of returning to the old, but he extends the possibility of legal certainty to certain legal relationships established by the „usurper power", based on practical reasons: "Those who denied the possibilities of establishing revolutionary law would confront the lessons of world history, which prove that from the violation of law (conquest, usurpation, revolution or coup) often new law was established. The legislative power of revolutionary facts is acknowledged by the legitimist approach in the form the *postliminium* institution of public law, which means that the usurper power may establish legal relationships which will be approved by the returning legitimate power, as it has no other choice. (For example Article 9 of Act I of 1920 in Hungary)."[16] It is not enough, therefore, to draw attention to the fact that "[the] two break-ups with legal continuity which intended to be final in 1919 and in 1943 were both illegitimate, they were forced

---

7 APOR, PÉTER: A történeti alkotmány. (The histroical constitution) o. n. http://www.szuveren.hu/jog/a-torteneti-alkotmany (1 February 2012)

8 The declared goal of the Fundamental Law is to restore legal continuity with the pre-1949 (legal) situation. The aim of the Fundamental Law is to „open to the past" and facilitate the „revival" of the historical constitution.

9 About the crowning of the last king see e.g.: STEPHAN BAIER – EVA DEMMERLE: *Habsburg Ottó élete. [Life of Otto Habsburg]* Európa Könyvkiadó, Budapest 2003. pp. 31-32.

10 Despite its radical nature it is typical that the fact of the approval of the new Constitution of 1949 was not indicated in the thick book of Hungarian Historical Chronology – From prehistory to 1970. (*Magyar Történeti Kronológia – az őstörténettől 1970-ig. [Hungarian Historical Chronology – From prehistory to 1970.]* 5th edition. Tankönyvkiadó, Budapest, 1971. p. 588.)

11 EGYED, ISTVÁN: *Az ezeréves magyar alkotmány. [The thousand years old Hungarian constitution.]* Légrády Testvérek, Budapest 1941. pp. 249-250.

12 VARGA, NORBERT: Ideiglenesség és jogfolytonosság. Történeti jogintézmények szerepe a magyar alkotmányozásban. [Transition and legal continuity. The role of historical legal institutions in Hungarian constitution-making.] *DIEIP* 2/2011. 4. [www.dieip.hu; 16 May 2011] [hereinafter referred to as VARGA, NORBERT (2011)].

13 EGYED op. cit. p. 246.

14 EGYED op. cit. p. 245.

15 EGYED op. cit. p. 248.

16 MOÓR, GYULA: *A jogbölcselet problémái. (Problems of legal philosophy.)* Magyar Szemle Társaság, Budapest 1945. p. 25.

by Bolshevik dictatorships"[17], but in each such case – in a supplementary way – we shall also give account about how those legal relationships may be settled which were influenced by the authorities in the given periods, and the acceptance of the further validity and enforceability of certain laws shall also be reasoned (e.g. the requirement of legal certainty). "But simply based on theoretical considerations we shall arrive to the same conclusion – Gyula Moór continues his train of thought – as if we denied the possibility of revolutionary law, we would state that law may be established only in legitimate way, i.e. always in compliance with itemized law. This means that older law, which facilitated the establishment of a newer law had to be established also upon the provisions of an even older law. The retrospection cannot go on *ad infinitum*. We shall finally indicate a first law which could not be established upon the provisions of an even older law – because there was no such law before – but it came into being upon its own force. This is the same as revolutionary law, as this is also established as law depending on its own force."[18]

During any attempt to interpret the relationship between the Fundamental Law and the historical constitution the separate examination of legal continuity receives special attention also in the newest legal literature:19 "A precondition of historical constitution, however, – partly as a type of constitutions, and also as the historical constitution embodied in the Hungarian Holy Crown theory – is traceable organic development, legal continuity. The notion of legal continuity is inseparably related to the constitutional development of customary law; historical constitution may exist only where constitutional continuity is unbroken. Without this counter-related legal development cannot be interpreted, thus the notion of historical constitution shall not lack the temporal succession of written and unwritten law, and the compliance with the legal system serving as background for the before mentioned. *Formal legal continuity*, therefore means that the constitution may be modified only by those with proper authorisation, in a legal way defined in the constitution, regardless of the content of the changes. On the contrary, *material legal continuity* imposes a further requirement in additions to the conditions of formal legal continuity, namely that the reform shall originate from existing institutions, constitutional structures, the development course of the constitution, which can ensure organic development.[20]

Regarding legal continuity looming in relation with the Fundamental Law it may be also examined whether such formal and material legal continuity may exist in connection with the historical constitution and with cardinal acts, but it is an unavoidable fact that in parallel with the annulment of Act XX of 1949 – in the opinion of Péter Paczolay, President of the Constitutional Court – the cardinal acts were not and could not be restored with their original content, and other legal tools of the present were not renewed upon old requirements.[21]

3. Certain important features and functions of the Fundamental Law

3.1 The Fundamental Law as basic norm and a tool of legitimization

The establishment of the Fundamental Law on the short run and partially unconditionally extends the area of movement of the establishing political force(s), therewith the values and institutions contained therein definitely comply with the actual, main directions of social control, of its political and other intentions. Moreover – especially because of the atypical nature of two-third majority necessary for the modification of the Fundamental Law – the Fundamental Law made under exceptional historical and political "synods" may be able – in a neutral sense – to "capture" the future, again establishing a framework in Hungarian legal development which may remain unchanged for decades.

In positive law sense the constitution is the basic norm of the legal system and at the same time it is part of the legal system.[22] It is disputed, however, how much these facts make the fundamental norm the basis of the system of social norms, and how much these make it a part of it at all. From this aspect it is what its maker wants the Fundamental Law to be viewed; at what way and at what degree it wishes to make the Fundamental Law the part and basis of social norms. Viewing this issue from the aspect of our specific topic it is obvious that the new constitution may lead to *focusing on the conservative legal approach*.[23] In the perception of conservative legal approach – among others – law is subjected to moral principles or at least some kind of higher principles, law and moral cannot be divided as sharply as stated by legal positivism; furthermore, the role of legal development by judges is very important.[24]

---

[17] Paczolay, Péter: *Alkotmány és történelem. [Constitution and history.]* Elhangzott a Történelemtanárok 21. Országos Konferenciáján Lecture given at the 21st National Conference of History Teachers – 8 October 2011, Kossuth Klub. [hereinafter referred to as Paczolay (2011)]

[18] Moór op. cit. p. 25.

[19] Csink Lóránt – Fröhlich Johanna: Történeti alkotmány és kontinuitás az új Alaptörvényben. [Historical constitution and continuity in the new Fundamental Law.] *Közjogi Szemle* 1/2012. pp. 5-6. [hereinafter referred to as Csink – Fröhlich (2012a)].

[20] Formal and material legal continuity was defined this way upon Tóth József Zoltán by Csink – Fröhlich (2012a) p. 6 The authors supplement their statement with the following: "We do not consider as part of this notion the public law continuity falling beyond legal continuity, which in this sense means, regardless of any attempts which may be interpreted as the interruption of continuity, the continuous development of public law culture. With this regard we may mention the return to the acts of 1848 or to act I of 1946 at the time of the change in the system, even though public law continuity did not exist." (Ibid.)

[21] Paczolay, Péter: A történeti alkotmány és a konzervatív jogi gondolkodás. (Historical constitution and conservative legal thinking.) In: *Magyar konzervativizmus – Hagyomány és jelenkor. (Hungarian conservativism – Tradition and the present.)* Batthyány Lajos Alapítvány, Budapest 1994. p. 34. [hereinafter referred to as Paczolay (1994)]

[22] Szigeti, Péter: *Társadalomkutatás – mi végre? Politikatudomány – Alkotmányjog – Világrendszerelmélet.* [Social research – for what? Political science – Constitutional Law – World system theory.] Publicationes Jaurinenses op. 9. Széchenyi István Egyetem, Győr, 2011. p. 55. [hereinafter referred to as Szigeti (2011)]

[23] Paczolay (2011) op. sic.

[24] The phrase conservativism has significant role with regard to the examined processes and phenomenons, but its explaining force is limited. For this see Balázs, Zoltán: Menczer Béla gondolkodásának helye a magyar konzervativizmus hagyományában. [Place of Béla Menczer's theories in the traditions of Hungarian conservativism.] *Politikatudományi Szemle* 1/2010. pp. 94-95.

If we accept the possible division of political and legal constitutional development it may be stated that the advantage of "legal" constitutional approach may be relative accuracy and interpretation security, while its disadvantage is the is the danger that state goals and value preferences are missing.[25] However, – as it has been referred to before – the new Hungarian political regime and the Fundamental Law itself – contrary to the primacy of rules – declares the primacy of principles and values. Uncertainty may be significant regarding the appearance of these – partially – new principles in itemized law because without legal (constitutional court, ordinary court) practice the real content, scope, direct referability (!), etc. of these provisions is strongly doubted.

Within the evaluation of the legitimization of Hungary's Fundamental Law – according to András Jakab – the clarification of preliminary questions regarding the function of the constitution are necessary (therewith that if any constitution meets these requirements, út may be considered legitimate, worth to be followed): "We usually expect three things from modern constitutions: (1) they shall embody the self-control of power (this is declared in the protection of fundamental rights and the basic theory of the division of powers), (2) the most important basic institutions of the state structure shall be established (constituted) democratically, and (3) they hall be symbols which keep the society together.[26] This latter one is closely related to the notions and procedures of institutionalisation and legitimization, which is the transformation of behaviour into habitual and typical in social roles, while legitimization problem occurs when experiences abstracted in the languages are transferred to the next generation. The legitimization procedure explains and certifies institutionalised processes for those who – as they did not take part in the establishment of these procedures – do not consider institutionalisations natural.[27] As soon as certain rules become obvious, i.e. they institutionalise as public agreements, the procedure starts immediately, within which the relationship between the rule (social and individual expectation) and its direct moral reasons starts to get more and more fragmented and ambiguous. This may indicate the significance of the Fundamental Law and in its context of the historical constitution, therewith the (given) notion and its content outlines, fixes and regulates the methods of transfer of social experiences. In order to prevent this information from becoming fragmented and ambiguous – regarding its content and ways of access – the most obvious tool is existence of a constantly "updated" and enforced social value catalogue.

3.2 Certain features of the concept of the historical constitution

Another question which is difficult to separate from the above mentioned issue of legal continuity is the approach of the Fundamental Law regarding to historical constitution, which is worth considering in order to indicate the practical significance of the thrive of this legal approach.

The Fundamental Law describes itself as a fundamental law restoring the nation's historical constitution. Even though this "historical constitution" is one of the main legal sources of the new structure, its meaning is barely mentioned in the preamble.[28] Legal historical experience shows that in the existence and *reappearance* of traditional law – even in the newest era – there is a phenomenon that countries becoming independent or separating in any way sooner or later include into their ideological-political reasons the intent of relativisation of traditional law.[29] In Hungary the emphatic appearance of historical constitution in the (new) Fundamental Law – also becoming an element of interpreting itemized law – may be evaluated as similar development.

It is supplementary information to this question that the historical feature of the constitution has never meant pertification; historical constitution is also changing. "This change, however, it not forcible interruption and an introduction of a new system, but [organic] development, further building, the [continuous] inclusion of necessary reforms into the constitution."[30]

The sources for getting to know the old Hungarian law, thus the "one thousand years old" Hungarian constitution, the historical constitution are – mainly – *customary law, law and privilege*. The *leges cardinale* (cardinal acts) meant the core notions of the historical constitution, which *theoretically* consist of cardinal acts which may be listed one by one, as it has been tried by many.[31] "The consequence of the historical constitution is that Hungarian constitutional theory used the material notion of constitution (interpreting it as special organisation of society). In Hungarian history the constitution in material sense – the basic values of state – was regulated by the so-called "cardinal" acts."[32] It is an important supplement that the cardinal feature and fundamental feature of laws were established by customary law. [33]

We may state that the difference between written and historical constitutions may be apprehended mainly through differing ways of thinking: while for written constitution itemized (positive) law is the primary source, historical constitution originates mainly from constitutional conventions.[34] From the aspect of the present Fundamental Law an important "[question] therefore is whether 'genre differences' between written and historical

[25] Szigeti (2011) p. 55.

[26] Jakab, András: Mire jó egy alkotmány? Avagy az újonnan elkészülő alkotmány legitimitásának kérdése. (What is a constitution good for? The question of legitimacy of the newly established constitution.) In: Jakab, András: *Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei.* (The establishment of the Fundamental Law and its practical consequences) HVG-ORAC, Budapest, 2011. p. 131. [hereinafter referred to as Jakab (2011)]

[27] Karácsony, András. Konstruktivizmus a társadalomelméletben. (Constructivism in the theory of social science) In: *A társadalom és a jog autopoietikus felépítése. (The autopoiethical structure of society and law.)* (editors Cs. Kiss, Lajos – Karácsony, András) Budapest 1994. p. 14.

[28] Apor op. cit.

[29] Kulcsár Kálmán: Jogszociológia. (Legal sociology.) Kulturtrade Kiadó, Budapest, 1997. p. 129. [hereinafter referred to as Kulcsár (1997)]

[30] Egyed op. cit. p. 248.

[31] E.g. Csizmadia, Andor: Hajnóczy József közjogi-politikai munkái. [Public law-political works of József Hajnóczy.] Akadémiai Kiadó, Budapest 1958. pp. 236-240.

[32] Paczolay (2011) op. cit.

[33] The earlier legislation also used the terminology of fundamental law: the title of act III of 1827 was maintaining the validity of fundamental laws.

[34] Jakab, András: Mire jó egy alkotmány (What is a constitution good for?) *Kommentár (Commentary)* 6/2010. p. 13. [hereinafter referred to as Jakab (2010)]

constitution may be superable; whether the achievements of the historical constitution may provide help in the interpretation of a system which is basically of different logic (written constitution). We shall examine therefore whether there is an 'achievement' which may be useful for the interpretation of the Fundamental Law."[35] The expression of achievement – in the Fundamental Law[36] – itself probably refers to the fact that not necessarily concrete – contemporary – texts return to legal life, but background principles may be settled, returned, strengthened, provided that these principles are defined in a properly clarified way, which may be presented also in the present social-legal context. Zoltán Szente states that the theory of the Holy Crown and the Fundamental Law are concepts which cannot or can hardly be harmonised with each other, and he arrives to the conclusion that within the framework of the Fundamental Law the resolution of the before mentioned conflict may only happen by disregarding the achievements of the Fundamental Law and the declarations related to the theory of the Holy Crown[37]. In reality one possible approach of the historical constitution is which – at most – attributes symbolic importance to the notion and phenomenon of historical constitution, stating that the relevant parts of the National Avowal and Article R paragraph (3) wish to facilitate and strengthen respect for the achievements of the historical constitution. "Such constitutional provisions are obviously self-generating norms, the designation of which is to realise the social cohesion strengthening effect attributed to the Holy Crown and to the historical constitution."[38] Truly, the category of historical constitution – as separate type of norms – may be hardly inserted into the hierarchy of norms, primarily due to its ambiguous content.

The most common mistake in relation with the historical constitution – however – is that we only consider as important issue the notion of the historical constitution, its "itemized" content; however, in parallel with this we could ask the question why it is useful, what it can be used for: i.e. whether through the historical constitution we can get closer to the solution of the present problems. And from this approach there are great opportunities lying in the historical constitution: István Egyed said the following: "[Each] historical constitution has its immeasurable advantage that it really mirrors the public opinion of the nation. We did not receive our constitution, we did not copy it, it was not made at all; it grew out from the national soul as result of natural development as the greatest work of national culture. Such historical constitution may be best described as the nation's own way of being; it perfectly suits the characteristics, spiritual state of the nation. Such constitution, therefore, is the carrier of great traditions and at the same time it is the way of future development."[39] The real force of the historical constitution, therefore, shall be searched for in common understanding, i.e. in common understandings regarding important principles[40], in those ones which may be worked out under given circumstances without the direct political defeat of any of the parties. At the same time, however, maybe this is the most significant obstacle preventing the historical constitution from becoming an organic part of living law, as a living historical constitution – even if only as a method (!) of interpreting law – can only exist if the relationship to the past is clarified, settled and definitely majority. As in the wider social-political environment one of the main and constant difficulties is the lack of common and valid tradition which may serve as basis for material discussions, every institutionalised way trying to establish it may be "desired solution".

Phrasing it in a rather biased way: today the question is not (only) whether it is necessary to have a historical constitutions, but (also) in what way we should start the rebuilding of the common past which serves as a foundation of the present and which is still searching for its contours, and thus upon this basis where we can define the place of the historical constitution in this common legal and everyday history. One of the greatest weaknesses of Hungarian politics and social (public) life is – traditionally – the separation, opposition of its elite along expressly political aspects and breaking lines (and this has significant consequences in several fields of social life). Therefore we shall not treat historical constitution as temporal problem of (legal)dogmatic (e.g. the question of fitting it into the hierarchy of laws), but we may view it as a living framework, an objective way of being, which may be suitable to establish basic compromises without obvious forces and self-abdication in fields which lack these nowadays. The clarified historical constitution, as specific objectivation, as specific institution may facilitate, for example, the development of political etiquette, the expansion or reduction of the number of topics which may be discussed in public, and eventually may lead to the establishment of new social common agreements. It could be a new political framework, which could provide for the common acceptance of common values without – obvious political – defeats and unnecessary losses, due to its novelty and freshness.

Nevertheless, in the establishment of the "body" of the historical constitution legal science shall have a determinative role, as well as the Constitutional Court and the courts; law in this regard – as a tool of social engineering – may shape the society's and the nation's way of thinking, approaches and biases (in certain ways influencing also governmental capacities…).

Therefore two opinions may be outlined about the meaning of historical constitution introduced in the Fundamental Law of Hungary:

---

[35] Csink, Lóránt – Fröhlich, Johanna: *Egy alkotmány margójára. Alkotmányelméleti és értelmezési kérdések az Alaptörvényről*. [On the margins of a constitution. Constitutional theory and interpretation questions about the Fundamental Law.] Gondolat Kiadó, Budapest, 2012. p. 4. [hereinafter referred to as Csink – Fröhlich (2012b)]

[36] It is stated in the National Avowal that "We honour the achievements of our historical constitution and we honour the Holy Crown, which embodies the constitutional continuity of Hungary's statehood and the unity of the nation", and Article R) paragraph (3) according to which „The provisions of the Fundamental Law shall be interpreted in accordance with their purposes, the National Avowal and the achievements of our historical constitution."

[37] Szente, Zoltán: A historizáló alkotmányozás problémái – a történeti alkotmány és a Szent Korona az új Alaptörvényben. (Problems of historical constitution making – the historical constitution and the Holy Crown in the new Fundamental Law.) *Közjogi Szemle* 3/2011. pp. 1-13.

[38] Csink – Fröhlich (2012a) p. 98.

[39] Egyed op. cit. p. 247.

[40] Thought of Barna Mezey (expressed: at the round table discussion 'The relationship between the Fundamental Law and the historical constitution', on 29 February 2012 at the Faculty of Law of Eötvös Loránd University).

I. A limited concept – historical constitution as legal culture

For the representative of this approach the historical constitution is much more a catalogue of legal (public law) culture than that of legal sources and independent legal (political) solutions. From the most cited authors András Jakab refuses to give more space to historical constitution in the context of the new Fundamental Law than a "reasoning decorating role".[41] As it has been mentioned before, Péter Paczolay is at the same opinion: "The Hungarian historical constitution – despite all theoretical attempts made to justify it – was a constitution with significantly reduced force, the instalment of which was eventually destroyed by the storms of the 20th century. However, some parts of the old Hungarian constitution, mainly the symbolic ones, may be preserved. Today legal continuity is maintained mainly in symbolic elements, such as the coat of arms and the Himnusz (Hymn)."[42] In summary: for the representatives of this approach the historical constitution is much more a catalogue of legal (public law) culture[43], than that of legal sources and independent legal (political) solutions.

This "way of use" regarding the historical constitution may be also described as the renewal of the *red tail concept*[44], which focuses more on historical, comparative approaches during the legal interpretation activities of the Constitutional Court and other courts, with well selected historical examples and reasons trying to find further confirmation to its opinion established regardless of the mentioned institutions. Among the virtues of this concept it shall be mentioned that during the examination of given legal institutions it broadens the time horizon, and quasi forces the interpreter of law, the legal practitioner to expand the need for the clarification of notions to historical questions and aspects which it earlier mentioned only with one sentence or a reference. This may also be the danger of the concept: sematic and forced use of law might not increase respect for historical achievements, on the contrary: the unlimited nature of references may have alienating effects on legal practitioners, while during the shaping of general legal beliefs it may have effects which result in false, unreal expectations and ideas.

II. A radical concept – the historical constitution as a way for itemized law extension and the direction of making political public agreements

A "domesticated" form of this concept is the idea which would try to create an expandable "achievement-catalogue" – composed of individual institutions incorporated again into valid, positive law – partly in order to vest the interpreted notion with material meaning by „taking the Fundamental Law seriously", and partly in order to prevent the establishment of domestic scientific schools speaking in parallel with the use of unspecified, discursive and undefined legal categories. This opinion identifies the institutionalised way of connecting with the past with the establishment a more careful, partial material legal continuity. This approach, therefore, may be called the concept of partial material legal continuity. This approach, however, also states that the – already started – "resuscitation" of individual historical legal institutions "may be possible only by taking into account the constitutional requirements of the past period"[45], thus it considers it necessary to create some kind of a *test* also in this area.

In this approach – as it has been mentioned – it is also important – in given cases – that reasons looming from the past may be not only interesting, but not independent supplements, but at the same time also elements – inseparable from legal practice, but going beyond it – which are able to shape the present's public opinion and common agreements.

The intention of the legislator to re-introduce the historical constitution into the Hungarian legal environment as material legal institution may be shown by the fact that not only the Avowal refers to its significance, but also paragraph (3) of Article R) transforms its application as an explicit requirement: its presence in the Fundamental Law, therefore, is not limited to the declarative elements, but also as a legalising item, as a significant tool of interpretation. This is important also because in the newer legal literature there are opinions according to which the political declarations of the preambles are separated from the legally binding norm content and may not [necessarily] provide obligatory guidelines for interpretation.[46]

Article 28 of the Fundamental Law refers to the – not clearly defined – use of the historical constitution by legal practitioners: "*In applying laws, courts shall primarily interpret the text of any law in accordance with its goals and the Fundamental Law. The interpretation of the Fundamental Law and other laws shall be based on the assumption that they serve a moral and economical purpose corresponding to common sense and the public benefit.*" Based on the comparison of the cited paragraph of Article R) and Article 28 the only possible consequence is that in their interpretation activities based on the Fundamental Law the courts shall take the achievements of the historical constitution as a starting point.

In connection with this interpretation activity we may state that Article 32/A of the previous Constitution did not reserve the right of interpretation of laws to the Constitutional Court, and from Article 70/K and paragraph (2) of Article 77 it was possible to explain the possibility of judges to apply the

---

41 JAKAB (2011) p. 199.

42 PACZOLAY (2011)

43 Thought of Elemér Balogh (expressed: At the round table discussion 'The relationship between the Fundamental Law and the historical constitution', on 29 February 2012 at the Faculty of Law of Eötvös Loránd University).

44 A stylistic approach common during the state Socialism, which placed a summarising thought – which ideologically suited the official expectations of the time – to the end of linguistically formulated works (articles, studies, novels, film, etc.), sometimes expressly conflicting the actual meaning of the work.

45 E.g. VARGA, NORBERT (2011) p. 323.

46 A preambulumok egyes szerkezeti elemei és az értelmezési lehetőség közötti összefüggést lásd For the correlation of certain structurel elements of preambles and the possible ways of interpretation see ANTAL, ATTILA: „A preambulum ornamentikája és közjogi ereje" ("Ornamentics and public law force of the preamble") In: ANTAL, ATTILA – NOVÁK, ZOLTÁN – SZENTPÉTERI NAGY, RICHÁRD (eds.): *Az alkotmány arca. (The face of the constitution.)* Budapest, L'Harmattan 2011. p. 30.

Constitution directly, even though ordinary courts usually rejected those claims which were submitted exclusively due to the violation of constitutional rights, requiring other reference to an act or any other piece of law in order to deal with the subject.[47] Without analysing the relevant provisions of the Fundamental Law it may be stated that it is obvious that in sketching the essence and outline of the judicial behaviour „paying attention" to the achievements of the historical constitution the Constitutional Court and the Curia will play an important role.

The frameworks of the above mentioned two concepts (I-II) are strengthened by the polemy which unfolded in Decision IV/2096/2012 of the Constitutional Court. The following may be read in the reasoning of the decision examining the issues of the pension age of judges: "It shall be a minimum requirement to the consolidated interpretation of Hungarian historical constitution to accept the fact that acts constituting the civil transformation in the 19th century form part of the historical constitution. These act established – after not insignificant antecedents – the firm basis of legal institutions on which the modern state under the rule of law is based. Therefore when the Fundamental Law quasi opens a window to the historical dimensions of our public law, it draws attention to those institution historical antecedents, without which our present public law relationships and in general our legal culture would be rootless. In this new situation the responsibility of the Constitutional Court is extremely important, one could say it is of historical importance: at the examination of given cases its shall include into its critical horizon the relevant source of legal institution history". In the given case the Constitutional Court acted so, using the provisions of two acts from the 19th century as independent reasons. However, in the examined field Béla Pokol's separate opinion strictly opposes this reviving practice: "Article R) of the Fundamental Law in fact refers to interpretation in light of the achievements of our historical constitution, but its presently undefined nature obliges us to act carefully. The present legal historical citations from these acts mentioned in the reasoning simply mean the detailed rules of an old regulation. Should we treat these as obligatory today and confer normative force upon them contrary to the will and laws of the present legislative majority, then in reality we would question the concept of changeable law. Therefore in my opinion Article R) shall not be used, because it is contrary with the theory of changeable modern law. In addition to this as precedent it may present a bad example, because the petitioner lawyers of the present days submitting constitutional complaints will have dozens of laws at their disposal from the 19th century, which may be referred to against the legal regulations of the present days, as 'achievements of the historical constitution'. Within a short period of time this may create a false-historical reasoning dimension in the flow of constitutional complaints, in which hundreds of trainee lawyers may receive the task of doing research in and prepare the use of various documents of legal history. The final result of this cannot be anything else, but the discrediting of the theory of the historical constitution."

It is an important supplement to the significance of the Fundamental Law that the Fundamental Law cannot be considered as strong instrument of positive law as the previous one, due to its function as "a door to the past and to the future". (See in details in the following subsection.)

3.3 A Fundamental Law open from down, from up and from the side

Now we shall draw attention to the fact that the new Fundamental Law stands in front of us as a constitution open from downwards, from upwards and from the side. *Openness from downwards* mean that by declaring legal continuity it theoretically opens the possibility to attribute – not yet clearly defined – actual law meanings to some parts of the historical constitution. *Openness from upwards* may be interpreted in a way that under the force of the new Fundamental Law it becomes the responsibility of the state (and its organisations) to proceed during the enactment of any normative or individual act or the interpretation of Hungary's Fundamental Law by paying attention to the interests of future generations.[48] The protection of the interests of future generations requires us to "limit the enforcement of the empirical majority with reference to an actually non-existing population – eventually to a principle valid regardless of the opinion of the actual majority – let it be at political elections or through the market game of demand and supply".[49] For its reliable operation in practice, however, the traditional principles of democratic representation and decision making shall be supplemented[50], therefore new institutionalised solutions are / will be needed.

Openness from the side shall be interpreted in a way that by the Transitional Provisions to the Fundamental Law of Hungary and the cardinal acts the *constitution is practically doubled* and fills the "available space" even more than before, if it is possible.

The constitution which is temporally – i.e. regarding its own time scope – is open from up and down relativises itself: partly the obligation to interpret its provisions upon the historical constitution uniquely – retrospectively – reduces the bonds of the constitution to the given time period, and partly – within the explanation of constitutional values – the constitutional-fundamental law approach focusing on the interests of the future generations makes the actual meaning of the fundamental law's/constitution's itemized provisions uncertain. This – above explained – openness itself significantly increases the importance of cardinal acts, uniquely reproducing the situation in which the main feature of the historical constitution was that a well-outlined and palpable, though – regarding its principles and rules – not complexly written constitution was – mainly – made of cardinal acts. In this regard the new Fundamental Law – which can be interpreted only together with the cardinal acts related and attached to it – uniquely opens up and at the same time weakens itself, giving more space to the infiltration of ideas not – necessarily – based on legal positivism – both in legislation and in the practice of constitutional adjudication in a strict sense.

[47] Gárdos-Orosz, Fruzsina: *Az emberi jogok alkalmazásának lehetőségei a rendes bíróságokon, különös tekintettel a magánjogi jogvitákra. (Possible ways of using human rights at ordinary courts, with special attention to private law disputes.)* Theses of doctoral essay. Győr, 2010. pp. 11-12.

[48] See e.g. Article P) of Hungary's Fundamental Law: "*All natural resources, especially agricultural land, forests and drinking water supplies, biodiversity – in particular native plant and animal species – and cultural assets shall form part of the nation's common heritage, and the State and every person shall be obliged to protect, sustain and preserve them for future generations.*"

[49] Lányi , András: Az ökológia mint politikai filozófia. [Ecology as political philosophy.] *Politikatudományi Szemle* 1/2012. p. 105.

[50] Ibid.

Fundamental Law – Cardinal Law – Historical Constitution: The Case of Hungary since 2011

*Gábor Schweitzer**

Abstract

The paper is focusing on the revitalization of the idea of historical constitution in Hungary after the adoption of the new constitution (Fundamental Law) of 2011. This notion has many faces and it is determinded by long legal history of Hungary. The author has also reflected the new terminology of the new Hungarian constitutional law. He focuses mainly on the notion of fundamental law, cardinal law and the Holy Crown of Saint Stephen in the Hungarian historical and modern constitution.

Key words: *historical constitution; fundamental law; cardinal law; Holy Crown of Saint Stephen; suspension of the historical constitution; historicizing elements of the constitution.*

The legislation of the Republic of Hungary adopted Hungary's Fundamental Law on April 18, 2011, which entered into force on January 1, 2012. The outcome of the constitutional process was not a capital C Constitution, but, as an innovative solution in Hungarian constitutional law, a capital F Fundamental Law. Not only the unusually lengthy preamble of the Fundamental Law bearing the title of "*National Avowal*" contains certain historicizing elements pertaining to public law, but even the text and the reasoning part of the Fundamental Law.[1] In this paper I will discuss a few them.

1. Historicizing Elements of the Fundamental Law of Hungary

The "*National Avowal*" of the Fundamental Law states that "*We honour the achievements of our historical constitution and we honour the Holy Crown, which embodies the constitutional continuity of Hungary's statehood and the unity of the nation. We do not recognise the suspension of our historical constitution due to foreign occupations. (…) We do not recognise the communist constitution of 1949, since it was the basis for tyrannical rule; therefore we proclaim it to be invalid.*" It further states that Hungary lost its sovereignty on March 19, 1944. The country's self determination was restored on May 2, 1990, when the first freely elected body of popular representation was formed. "*We shall consider this date to be the beginning of our country's new democracy and constitutional order.*"

Paragraph (3) of Article (R) of the Fundamental Law states that "*The provisions of the Fundamental Law shall be interpreted in accordance with their purposes, the National Avowal and the achievements of our historical constitution*." Additionally, the Fundamental Law also uses the concept of a cardinal law, which is also a well-known traditional concept in Hungarian public law: a cardinal law, according to the Fundamental Law, is any law whose adoption or amendment requires the votes of two-thirds of the members of parliament present.

The first paragraph of the general preamble declares that the Fundamental Law, as Hungary's *"first unified, democratic, written fundamental law* [without capitalisation in that instance] *fits into the thousand-year history of the historical Hungarian constitution."* Naturally, the Fundamental Law, as did the Constitution before it, has a fundamental character. That is to say, the fundamental law, as the law of laws, is at the peak of the hierarchy of legal provisions.[2] Apart from the obvious tautology, the legislative assembly emphasised that the Fundamental Law is the foundation of law and order: *"a covenant among Hungarians past, present and future."*

The Holy Crown mentioned in the *"National avowal"* is the emblem of sovereignty of King Saint Stephen, the founder of the Hungarian state, which later became a symbol of public law. The *"foreign occupations"* refer to the occupation of Hungary, at that time an ally of Hitler's Germany, by Germany on 19 March 1944, and the liberation/occupation by the Red Army,

* Dr. Habil. Gábor Schweitzer, senior research fellow, MTA Centre for Social Studies Institute for Legal Studies – assistant professor, Department of the Universal History of State and Law, Eötvös Loránd University of Budapest, Hungary.

1 SZENTE Z.:: A historizáló alkotmányozás problémái – a történeti alkotmány és a Szent Korona az új Alaptörvényben. (The problems of historicizing constitutional process – the Historical Constitution and the Holy Crown in the new Fundamental Law) *Közjogi Szemle*, 2011/3. 1–13.

2 JAKAB A. – VINCZE A.: 77. § [Az alaptörvényi jelleg]. In: *Az Alkotmány kommentárja II.* (szerk.: Jakab A.) (The Commentary of the Constitution. Vol. II.). Századvég Kiadó, Budapest, 2009. 2743.

who drove the Nazis out of Hungary between the autumn of 1944 and the spring of 1945, The term *"communist constitution of 1949"* refers to Act XX of 1949, which was amended extensively during the 1989/90 period of the change of system. In the formal sense, the Constitution of the Republic of Hungary in effect until 1 January 2012 was indeed Act XX of 1949, but apart from its numbering, it had no resemblance to the original text of that Act, particularly in view of the fact that even the extensively amended version that had been adopted at the time of the change of system was amended further on at least twenty occasions.

In both the main text and the preamble of the Fundamental Law, the authors of the constitution failed to furnish an answer to the question of what the term *"historical constitution"*, used in the *National Avowal*, refers to, and neither did they explain what they mean by the *"achievements"* of that historical constitution that the Constitutional Court is obliged to take into account when it interprets the Fundamental Law.

2. The interpretation of historical constitution before 1945

Prior to 1945, the Hungarian theory of law had approached the concept of the historical constitution, whose meaning and content also varied from era to era, in a number of different ways. In his repeatedly published manual, Móricz Tomcsányi (1878-1951), a professor of public law at the Budapest University of Sciences, characterised historical constitutions as follows: *"they are spiritually rooted in the depths of the people's mind, the spirit of the nation"*, with the result that *"when deciding certain constitutional issues, it is often not sufficient to consider the express provisions only, but inspiration should be sought from the totality of all the related legislative decisions and other expressions of constitutional law (in particular the constitutional common law) in order to perceive the spirit of the constitution and to establish its fundamental principles."* At the same time, the historical constitution does not preclude a supplementary role for legislation alongside the development of common law, just as explicit, written constitutions can be accompanied by institutions of common law. The conclusion that professor Tomcsányi drew from all that was that *"there exist neither purely historical (common law) nor purely written constitutions"*.[3] In relation to the aftershocks of the World War (World War I, that is), he noted that the Hungarian constitution had not lost its historical character, as the country remained *"an ancient kingdom"* as to its form of government, and the national assembly, as a supplementary body, had not changed the nature and historical character of the constitution, either. István Egyed (1886-1966), professor of public administration law at the Palatine Joseph University of Technology and Economics, published the following opinion about the historical constitution in 1943: *"The constitution of the State of Hungary is not a written, but a historical constitution. This means that the tenets of our constitution have never been formulated in a unified, transparent constitutional law. Saint Stephen didn't write a new constitution for the State of Hungary, and none of his successors did so, either. The Hungarian constitution is not the work of specific individuals, but the work of countless generations, it was constructed by the nation over centuries."*[4] István Csekey (1889-1963), a professor of public law at the University of Kolozsvár (today Cluj, Roumania), in his book also published in 1943 adopted a somewhat similar approach to the historical constitution that he considered to be *"the most original creation of the Hungarian national spirit"*. Our constitution, he claimed, *"is the result of a thousand years of unbroken development"*. The rules of the Hungarian constitution *"are contained in various laws and conventions of common law of various eras, rather than in a unified constitution or charter"*.[5] But the tenets of the historical constitution are difficult to recognise as they are not unified. Yet professor Csekey held that this was in fact *"one of the main strengths"* of the historical constitution. The provisions of the historical constitution *"lived on as customary law, passed on from generation to generation as the convictions of the people"*. The historical constitution is integrated with *"the feelings and the thinking"* of the nation to such an extent that it *"truly becomes the emotional source of patriotism"*. And wherever *"the millennial constitution was infused in the customs, morals and thinking of the people, that is a better safeguard of the survival of that constitution than any constitutional guarantee"*.[6] He concluded his train of thought by noting that as in our country the constitution has become so intimately entwined with the *"spirit and the personality of the nation"*, *"setting it aside"* – i.e. neglecting the historical constitution – would be tantamount to the death of the nation.[7]

So, according to the position of the Hungarian theory of public law in the civil era, the historical constitution is a construct of several centuries – according to some, even a thousand years – that has been shaped by various cardinal and fundamental laws, *"expressions of constitutional law"*, and *"customary constitutional law"*. Although its principal tenets are difficult to pinpoint as they are not summarised in a constitutional charter, that was the very feature that lent it flexibility in contrast with the charter constitutions that were considered rigid.[8] Yet today, due to the requirement of legal security, it seems clearly necessary for the constitutional legislator to formulate exactly what concepts and material elements of the historical constitution it wishes to resurrect.

3. Fundamental Law – cardinal law

Naturally, before 1945 Hungarian public law did recognise and indeed apply the concept of "fundamental law", although not its capitalised version. The Hungarian public jurisprudence

[3] TOMCSÁNYI M.: *Magyarország közjoga*. (The Public Law of Hungary.) Királyi Magyar Egyetemi Nyomda, Budapest, 1943. 49.
[4] EGYED I.: *A mi alkotmányunk*. (Our Constitution.) Magyar Szemle Társaság, Budapest, 1943. 42.
[5] CSEKEY I.: Magyarország alkotmánya. (The Constitution of Hungary.) Renaissance Könyvkiadó, Budapest, 1943. 9.
[6] *Uo*. 10.
[7] *Uo*. 13.
[8] RIXER Á.: *A történeti alkotmány helye mai jogunkban*. (The Status of Historical Constitution in our Contemporary Legal System.) Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Budapest, 2012. 1– 93.

of the bourgeois era understood fundamental law as he legal provisions containing the essential principles or tenets of the constitution.[9] Accordingly, the core of the historical constitution consisted of a dozen fundamental laws. During the period of the historical constitution, Hungarian laws were not differentiated as to the form of their creation, amendment or cancellation: fundamental laws were adopted using the same formalities and by a simple majority, just lake "ordinary" laws. The difference was not formal, but concerned content. That was the basis on which the pre-1945 Hungarian literature on jurisprudence distinguished between fundamental laws in the formal sense and laws that were considered fundamental due to their content. While Hungarian constitutional law prior to World War II did not recognise a fundamental law in the form of a charter specifying the constitution, adopted in a special procedure, it did recognise and use the concept of fundamental laws that were adopted through the normal legislative procedure, but whose content rendered them fundamental. It is a further shortcoming of the historical narrative of the Fundamental Law adopted in 2011 that the meaning it attributes to the concept of 'cardinal law' is also entirely contrary to the context of the historical constitution. In actual fact, the Hungarian tradition of public law used the terms 'fundamental law' and 'cardinal law' interchangeably. The only difference that can be discerned between the two was the name itself: *lex fundamentales* and *lex cardinales*. Prior to World War II, constitutional law and public jurisprudence recognised no differences whatsoever between fundamental laws and cardinal laws as regards content or the manner of adoption. In the sterling formulation of Gyula Joó (1876-1945), professor at the legal academy of Kecskemét: *"Laws that contain the main principles of our constitution (usually established long ago) are called fundamental or cardinal laws. These laws do not constitute a separate legal concept as to their nature. They are only distinguished from other laws of the empire by the gravity of their content."*[10]

4. Fundamental Law – Constitution

It appears that in 2011, contrary to its intentions, the Hungarian legislature equated the Fundamental Law with a constitution written in the form of a charter while placing the term 'Fundamental Law' back in the context of the historical constitution, based on false premises. In actual fact, the 2011 Fundamental Law cannot be incorporated in the conceptual framework of the historical constitution, neither as regards its content, nor in the formal sense. The Hungarian legislature identified the Fundamental Law adopted in 2011 as a unified, written fundamental law adopted by a qualified majority that was unknown in Hungary during the period of the historical constitution. A unified, written fundamental law adopted by a qualified majority coincides with the concept of a constitutional charter, a written constitution, which was not used in Hungarian constitutional law prior to 1945 (except for the Soviet Republic that existed during the spring and summer of 1919, the period in which Hungary's first ever constitutional charter was drawn up – but those few months were not actually a part of the period of the historical constitution).

It is conceivable that by resurrecting the terminology of a historical constitution in 2011, the legislature intended to lay out the constitutional system of Hungary using lower-case fundamental laws and cardinal laws with the same characteristics of content and form – in accordance with the historical tradition – while it wished to relegate the concept of a capital-letter Constitution to the status of a memento of the recent past. But in that case, the concept of the historical constitution is most likely to refer to a constitutional construction. This is possible, but the Fundamental Law has failed to clarify any of the associated concepts, but rather it attempted to attribute meanings to certain terms from the history of public law that are historically unjustifiable.

5. The Holy Crown of Saint Stephen

In its "National avowal", the Fundamental Law, as we have quoted above, declares that the Holy Crown "embodies the constitutional continuity of Hungary's statehood and the unity of the nation". It is conspicuous that the formulation is in the present rather than the past tense. If it were in the past tense, there could be no objections. But the use of the present tense indicates that the creators of the Fundamental Law attributed not only a symbolic and historic but also an actual significance to the Holy Crown[11], the supreme emblem of the sovereignty of Saint Stephen (cca 970-1038), founder of the Hungarian state, which once was held to symbolise "the totality of the nation" and represent the state in the literature on public law. The Holy Crown is undoubtedly one of our most valuable relics of the history of public law. But it is not possible to disregard the changes of constitutional law that have taken place. First among them is that Act I of 1946, considered to be the "little constitution" of Hungary, determined that Hungary is a republic. The closing provision of that Act also annulled all the laws concerning the defunct monarchy and the governorship that existed between 1920 and 1944. As a consequence, the Holy Crown became a relic of the history of public law. Opinion about the royal symbol shifted during the period of the change of system.[12] After the change of system, the Holy Crown was added to the Coat of Arms of the Republic of Hungary, regulated in the Constitution, as an ornament. The royal insignia, consisting of the Holy Crown, the sceptre, the sword and the orb were moved to the Parliament building on 1 January 2000. The "public law reinstatement" of the Holy Crown was realised in Act no. I of 2000 on the memory Saint Stephen's foundation of the Hungarian state and the Holy Crown. The "Crown Act" summarised the exceptional historical role of the royal emblem as follows:

[9] EGYED I.: Alaptörvények a magyar alkotmányjogban. (Fundamental Laws in the Hungarian Constitution.) *Magyar Jogi Szemle*, 1927. október. 313–318.

[10] JOÓ GY.: A magyar törvény fogalma és jogi természete jogtörténeti és összehasonlító alapon. Első részlet. (The Definition and Legal Character of the Hungarian Act in a Legal Historical and Comparative Perspective. First Part.) Sziládi László Könyvnyomdája, Kecskemét, 1908. 248.

[11] MOLNÁR K.: Magyar közjog. (Hungarian Public Law.) Danubia, Pécs, 1929. 250.

[12] HALÁSZ I. – SCHWEITZER G.: *Szimbolika és közjog. Az állami és nemzeti jelképek helye a magyar alkotmányos rendszerben*. (Symbolics and Public Law. The Status of State and National Symbols in the Hungarian Constitutional System.) Kalligram, Pozsony, 2010. 85–101.

"The Holy Crown lives in the consciousness of the nation and the Hungarian tradition of public law as a relic embodying the continuity and independence of the Hungarian state." The Act primarily situated the Holy Crown, revered as a relic, within the context of the tradition of public law. In view of our republican form of government, the present-tense formulation of the Fundamental Law may also give rise to misunderstandings. That is because the Holy Crown may at best only embody the continuity of the state and the unity of the nation symbolically and emotionally, that is to say in a virtual world. What's more – according to the provisions of the Fundamental Law itself – the unity of the nation is also embodied by the President of the Republic, which may give rise to further questions of interpretation concerning the Holy Crown.[13]

6. The suspension of the historical constitution

In the *"National avowal"*, the Fundamental Law decrees – as we have quoted above – as follows: *"We do not recognise the suspension of our historical constitution due to foreign occupations"*. In addition to the comments made above, we must also point out, in relation to the suspension of the historical constitution, that the meaning of the historical constitution changed from era to era. The historical constitution of the feudal period was replaced after the bourgeois revolution of 1848 and the Austro-Hungarian Compromise of 1867 by the historical constitution of the bourgeois period. At the end of World War I, the bourgeois democratic revolution that broke out in the autumn of 1818 led to the proclamation of the republic, which commenced to demolish the system of institutions of the historical constitution that was "modernised" during the dualist age. Naturally, the soviet republic of 1919 abandoned the concept of the historical constitution altogether as well as the bourgeois democratic establishment that was only completed partially, anyway. After the fall of the revolutions, the period of "the monarchy without a king" that was established at the turn of 1919-1920, the quarter of a century of the so-called provisional form of government restored and lent new power to the historical constitution within a peculiar framework of public law. After World War II, Act I of 1946, while proclaiming a republic, also annulled the entire body of legislation associated with the monarchy and the governorship that existed between the two world wars with a single stroke.

The historical constitution determined by fundamental laws or cardinal laws and "constitutional customs", as a constitutional construct, had varied content from era to era, during an extended period which, to put it simply, was characterised by the permanence of monarchy accompanied by a varied range of forms of government. The literature on public law prior to 1945 presented the character of the historical constitution, which spanned several centuries of legal development and suffered from internal inconsistencies, quite accurately. In relation to that subject, Kálmán Molnár (1881-1961), professor of public law at the University of Pécs made the following observation: *"The organisation of the Hungarian state – as regards the participation of its citizens in public power – has developed over the course of more than a thousand years; that is why we call our constitution a historical constitution"*.[14] He also noted that *"the individual tenets of the historical constitution are separated by centuries, so they reflect the varied forms of thought of various ages, the apparent contradictions can only be remedied by the correct interpretation of the law, and rules still in effect can only be distinguished from those that no longer apply by a sure grasp of the entire body of the law."*[15] It was on the basis of those considerations – with emphatic regard to the technique of legislation and the application of the law – that Kálmán Molnár believed that a *"written constitution"* was superior to a historical constitution, since the rules of a written constitution *"reflect the uniform thinking of a single period, with the individual tenets made consistent with each other while repetitions and contradictions are avoided"*. As a result of all that, a written constitution *"is easier to grasp and to apply, because the entire material is together in the constitutional charter"*.[16] In addition, he also stated that the historical constitution *"does not imply immobility, petrification, it does not mean a denial of progress"*. As living conditions change continuously, the law must adapt to the evolution of living conditions. He believed that so-called *"eternal laws"* are contrary to the very *"nature"* of the life of the state, and even if a law states its own immutability, *"such a limitation, which does not take into account the requirements of the developing life of the state, will be disregarded by later laws"*.[17] The present-day interpretation of the historical constitution should also take those exhortations into account.

7. Act XX of 1949 (the "Stalinist Constitution") as a part of the historical constitution

As a curiosity in the history of constitutional law, it is worth recalling one of the comments made during the parliamentary debate on the 1949 Bill on the Constitution of the People's Republic of Hungary. Ferenc Harrer (1874-1969), the leading spokesman of the Hungarian Radical Party – a notable specialist in the theory of public administration – argued that the Constitution proposed for adoption is essentially compatible with the historical constitution.

"There are certainly some that say – and perhaps even some that believe – that the new constitution will put an end to the historical constitutional development of Hungary, and that we wish to create an artificial state on purely ideological grounds, that is to say that we wish to replace our historical constitution by a written constitution. This is not the case! The reason is that the constitution is the legal encapsulation of a configuration of power that has taken shape as a result of social development, essentially economic development, and the laying out of the foundations of the corresponding organisation of power, that is to say, the state. I ask you: is there a historically more far-reaching and deeper social transformation in the life

[13] MAJTÉNYI B.: „Vár állott, most kőhalom." Alaptörvény és irodalom. ("Neath the fort, a ruin now." Fundamental Law and Literature.) *Fundamentum*, 2011/4. 103–104.
[14] MOLNÁR: Magyar közjog. (Hungarian Public Law.) Danubia, Pécs, 1929. 244.
[15] Ibid. 245.
[16] Ibid. 245.
[17] Ibid. 246.

of a nation than the transfer or power from the privileged to the entire people, the working people? It is clear that this is a historical process of development, and as this process is gaining ground around the world, it is indeed a process of development in world history. Our new constitution, which expresses the great change that is in progress in the life of mankind as a whole, is essentially a historical constitution and only a written constitution in form: a work elaborated with great codificatory talent whose creators deserve full recognition."[18] The words of Ferenc Harrer suggest that the 1949 Constitution, the fist written constitution of the country, which he viewed as the result of a global historical transformation, is an organic part of the development of the Hungarian constitution, the notion of a historical constitution. As if Act XX of 1949 were the crowning achievement of the historical constitution!

***

The above arguments may be summarised as follows. The historical narrative of the 2011 Fundamental Law of Hungary attempts to establish a continuity of public law between our present-day republication constitutional form of government and the period of the historical constitution, whose content varied from age to age but which was always tied to the notion of monarchy, and which in fact came to a close many long decades ago. It wishes to situate the Fundamental Law itself within the conceptual context of a historical constitution that it does not define with any exactitude, yet wishes to revitalise, while, at the same time, it takes an entirely novel approach to the concepts of 'fundamental law' and 'cardinal law', which were the definitive norms of the period of the historical constitution. The archaizing terminology of public law that it applies and the many pathos-filled locutions equally serve that intention. At the same time, the constituent legislature also set a difficult task for the Constitutional Court when it instructed it to take into account the achievements of the historical constitution when interpreting the Fundamental Law. But such historicizing endeavours can only realise their objectives if, in addition to using the concepts of public law in a precise fashion that matches the historical context, they also support every single historically relevant transformation by undeniable facts and arguments. Otherwise, the historicizing intent may easily miss its target and may soon be reduced to anachronism.

[18] *Az 1949. évi június hó 8-ára összehívott Országgyűlés naplója. I. kötet.* (The Diary of the Parliament of 1949. Vol. I.) Budapest, 1950. 205–210.

„WE THE MEMBERS OF THE HUNGARIAN NATION…" Remarks on the Changing Concept of Nation in the New Fundamental Law of Hungary

Ivan Halász[*]

Abstract

The main topic of the presentation is the changing national narrative of the Fundamental Law of Hungary. This narrative is more ethnical today. The central question of the presentation is the changing concept of the nation in the Hungarian constitutional system after the adoption of the Fundamental Law in 2011. The adoption of the new Fundamental Law of Hungary in 2011 has opened the new period in the Hungarian constitutional life. The preamble of the Fundamental Law redefines the notion of nation in the Hungarian legal context. But this redefinition, which is concerning on the cultural elements in the definition of nation, is not consequent. The preamble introduce the new terminology and several new notion too (e.g. Hungarian political community). The paper reflects the question of the minorities rights and the problem of Hungarian electoral system too.

Key words: *constitution; Fundamental Law; notion of nation; organic law; preamble; kin policy; diaspora; archaisation.*

The Hungarian Parliament, elected in 2010, adopted on 18 April 2011 the new Fundamental Law of Hungary. This Fundamental Law – the new Constitution – led to many discussions not only in Hungary but also abroad. Several universal (UN) and regional international organizations (like Council of Europe or OSCE) were interested in the process of preparation and adoption of this document.

Maybe the new Hungarian Fundamental Law contain several problematic ideological and technical elements, but the process of constitution-making is a sovereign right of every democratic political community. It is also important to admit that sometimes the parliamentary majority in Budapest shoots an own goal. as well. The attempt for unnecessary „archaization" of the text of the Constitution proved to be especially counterproductive (and sometimes also suspicious). The new Constitution contains several modern and innovative paragraphs as well (e.g. on public finance, ecology etc.), but the very intensive use of archaical historicism overshadowed this modern part of the constitutional content.

[*] Dr. Ivan Halász Ph.D., senior research-fellow, Research Center for Social Sciences, Hungarian Academy of Sciences; associate professor, National University for Public Service, Faculty of Public Administration, Budapest, Hungary.

The major problem of the new Fundamental Law is the rehabilitation of the idea of Hungarian historical constitution not only as an important part of the Hungarian national legal heritage but also as a real „living" fact and guideline for interpretation of legal norms. What is the meaning ofhistorical constitution in the Hungarian legal context? The notion of historical constitution meant in the Hungarian history the system of several important fundamental laws. As the new Fundamental Law of Hungary has a character of complex charter constitution of the country the current situation is very strange. The parallel coexistence of the charter and historical constitution may cause problems of interpretation in the future. I would like to focus on only the national narrative of the Fundamental Law of Hungary in my presentation. The main question is the changing concept of the nation in the Hungarian constitutional system after the adoption of the Fundamental Law in 2011. Maybe it was not intentional, but the current majority of the MPs in the Hungarian Parliament, which openly tried to reach a maximum rehabilitation of the Hungarian legal and historical heritage, exactly on this issue in the last minute unwillingly diverted from the current Hungarian constitutional tradition.

This tradition lied in the preference of rather political understanding of the word „nation" in the constitutional law than its cultural-linguistic (meaning ethnical) interpretation. This tradition is rooted in the 19th century. The 19th century was the period of the establishment of the Hungarian liberal nationalism. This ideology was built on the feudal and multiethnical concept of „Natio Hungarica"[1] and supported first political, then cultural and mental assimilation of the Non-Hungarian citizens of Kingdom of Hungary.[2] Talking about the constitutional definition of the concept of political and/or cultural nation in Hungary, we must take into consideration the concept of people as well, since this notion has constitutional relevance. It is noteworthy to explore the definition of people and also the meaning of nation, because these expressions were confused or used in a complementary way in Hungarian public law many times in the past. This is not only a current problem, which is proved by the fact that Hungarian public lawyers dealt a lot with this issue before the Second World War.. The period of state-socialism preferred the notion „people", because the notion of „nation" had been discredited during the period of fascism. After the transition in 1989 and 1990, the phrase of „nation" became more accepted than the discredited notion of „people." The allusions to the phrase of „people" disappeared from the denomination of institutions, associations, and even from the title of sports journals, There was no chance to remove completely the term of „people", because the constitutional law need this notion.This discrepance was partially affected by the constitutional amendment adopted in 1989.

The tendency of rehabilitation of the notion of „nation" continued after the elections in 2010 and during the process of new constitution-making. The issue of the Hungarian nation and nationalities living in the country developed in an interesting way also in the preamble (National Avoval) of the constitution. This essential document, speaking in the name of members of the Hungarian nation who feel responsibility for every Hungarian, expresses in its first part the following issue. Namely *„WE, THE MEMBERS OF THE HUNGARIAN NATION, at the beginning of the new millennium, with a sense of responsibility for every Hungarian, hereby proclaim the following:..."* The document further on promises that the spiritual and intellectual unity of the nation, which was separated in the last century, will be preserved. *(„We promise to preserve the intellectual and spiritual unity of our nation torn apart in the storms of the last century.")* In this part, the preamble declares the following: *„The nationalities living with us form part of the Hungarian political community and are constituent parts of the State."* The notion of *„Hungarian political community"* is new in the Hungarian constitutional history and law in this form. (The first official and articulated draft of the Fundamental Law from 14 March 2011 formulated this subject in a different way. Instead of the *„nationalities living with us"* it spoke about the *„nationalities and national groups living with us."* But the professional term „national groups" is not very popular in Central and Eastern Europe after the Second World War and the Hungarian Parliament decided to remove this word from the text.) If the „nationalities living with us" are parts of the Hungarian political community, they are not parts of the Hungarian nation. The „Hungarian political community" is ethnically more neutral than the „Hungarian nation."

The modern Hungarian public law used a dual conceptualization of the nation (political and cultural) before 2011. The concept of cultural nation was complementary and directed mainly outwards, towards Hungarians living abroad or in the diaspora. It had partial inwards direction as well, but only in regards to the national and ethnic minorities. The Hungarian state did not take any other inner „cultural nation-building" tasks.

The situation has changed in 2011. The current concept of nation was changed in the last minute and the originally politically and ethnically perceived concept of „nation" became more ethnicized, although the conclusion of the document already speaks in the name of the citizens of Hungary. A gesture towards the nationalities is also the fact that the „National Avowal" promises protection of their language and culture, which is also a change compared to the version of 14th March, which promised similar protection only for the Hungarian culture, language and the natural and man-created values of the Carpathian Basin. The process of disputes around the changing concept of the nation started in Hungary actually already in last few years with the adoption of the amended Citizenship Act.[3] The majority of the critics of this amended law accuses its authors inter alia of certain ethnicization of the concept on citizenship, whereby the previous version of the law was more ethnicized paradoxically. The current text is more neutral from the point of view of ethnicity and it is more related to the territorial

[1] Members of this nation were the privileged social classes regardless of their ethnicity.
[2] Before 1945 the official name of country was Kingdom of Hungary.
[3] Act LV of 1993 on Hungarian Citizenship.

principle. The text of Article 4 paragraph (3) declares the following: *„In the case of meeting the conditions set out in points b) and d) of paragraph (1) a non-Hungarian citizen whose ascendant was a Hungarian citizen, or who demonstrates the plausibility of his or her descent from Hungary and provides proof of his or her knowledge of the Hungarian language may – on his or her request – be naturalized on preferential terms."*[4] From the legal point of view, this is really an interpretation which is more difficult to be attacked than the previous one, which preferred in the process of naturalisation mainly those immigrants who had Hungarian nationality (Hungarian ethnical background) and at the same time whose ancestors had Hungarian citizenship in the past. Certainly another issue is the question of the final effect of the amended law which really can have a bit ethnicizing consequences. The above mentioned beginning of the preamble itself, which begins with the following words is not appropriate: *„WE, THE MEMBERS OF THE HUNGARIAN NATION, at the beginning of the new millennium, with a sense of responsibility for every Hungarian, hereby proclaim the following:..."* It is not appropriate mainly because it makes an impression as if the members of the Hungarian nation were those who adopt the constitution, and not the representatives of the Hungarian political community. The self-definition of the Fundamental Law is also very transcendental and ethnical: *„Our Fundamental Law shall be the basis of our legal order: it shall be a covenant among Hungarians past, present and future; a living framework which expresses the nation's will and the form in which we want to live."* What is the problem here?

The notion of the nation in other parts of the preamble is successfully ethnicized. As long as national minorities are part of the Hungarian political community, but not part of the Hungarian nation, one cannot call them members of the Hungarian nation – constituent which is adopting the constitution. At the same time the nationalities are declared as state-forming actors *(„Nationalities living in Hungary shall be constituent parts of the State.")*, so the constitution is adopted also in their name. Why is this statement not clear from the first sentence of the preamble? There is a clear discrepancy in the terminology and also a bit of chaos in the preamble. The authors of the National Avowal apparently talked too much and caused certain confusion. Less would be more.

The last sentence of the preamble tries to introduce the political concept of the nation as well, when it declares the following: *„We, the citizens of Hungary, are ready to found the order of our country upon the common endeavours of the nation."* It might be a current definition of the Hungarian political community, ergo definition of the political or civic nation of Hungary. The following declaration has a similar political function: *„The head of State of Hungary shall be the President of the Republic, who shall embody the nation's unity and shall safeguard the democratic operation of state organisation."*

the relationship between the words „political community" and „nation" without adjectives is an open question. Who will cooperate in this system – only the citizens or the whole nation, including the transborder parts of Hungarian cultural nation? But the transborder parts of the nation are not living in the country. How and why can they participate in the process of constitution-making in Hungary? Is the process of constitution-making the task only for a community of the Hungarian citizens or for the whole Hungarian nation? It might be a task primarly for the constitutional political community of the Hungarian citizens (they have representatives in the constituent parliament), but it exerts influence upon the whole ethnical nation. The formulation of the first sentence is the next problem of the National Avowal. Why members of the Hungarian nation declare the sense of responsibility for every Hungarian and forget the sense of responsibility for every citizen? Someone can argue: this declaration is unnecessary because the sense of responsibility for its own citizens is a logical consequence of every constitution and it is a task for every democratic government. It is right, but when a constitution as the new Hungarian Fundamental Law, has a so complicated national and historical narrative, it is more correct if the constitution clearly declares this evident fact as well.

On the other hand the preamble of the new Fundamental Law declares also the following sentences: *„We hold that the common goal of citizens and the State is to achieve the highest possible measure of well-being, safety, order, justice and liberty. We hold that democracy is only possible where the State serves its citizens and administers their affairs in an equitable manner, without prejudice or abuse."* These declarations are the most civic elements in the narrative of the new Hungarian constitution.

In the normative part the Fundamental Law of Hungary redefines the tasks of the Hungarian state towards the Hungarians living abroad. The new regulation is more explicit, but in fact it does not change radically the spirit of the current text. The text of the former constitution of 1989 in the „clause of national responsibility" (6. Art 3. par.) was most general and had a more or less open content. The new text is unnecessarily concrete when it declares the following tasks: *„Bearing in mind that there is one single Hungarian nation that belongs together, Hungary shall bear responsibility for the fate of Hungarians living beyond its borders, and shall facilitate the survival and development of their communities; it shall support their efforts to preserve their Hungarian identity, the assertion of their individual and collective rights, the establishment of their community self-governments, and their prosperity in their native lands, and shall promote their cooperation with each other and with Hungary."* These activities are legitime and more or less they remain within the limits of traditional kin-minority policy. The new element is the declaration of the *„role of the national contact-person for Hungary"* in the relationships among the Hungarian communities living abroad and Hungarians living in Hungary. Hungary has the possibility to influence the contacts within this transborder national community theoretically, but in fact it does not have the possibility to form independent bilateral contacts for example between the Hungarians in Transylvania and Voivodina. From this point of view this formula is useless. With regard to the declared support for establishment of community self-governments it is a very positive effort, but the final decision on this issue is not primarily in the competence of Hungary. On the contrary, this decision is primarily in

[4] See the new preferential criterias: the knowledge of Hungarian language and preferential treatment of descendants of previous citizens.

the competence of Hungarians living abroad and the countries where they live.

If we would like to understand the national context of the new Hungarian Constitution, we have to present briefly the rights and duties of the national and ethnical minorities living in Hungary as well, as the „national" context of the constitution has always two faces – the face of the ethnical majority and the face (or faces) of ethnical minorities. Hungary is relatively conservative and generous in this question.

The change of terminology is the first interesting fact. The constitutional text in1989 has used the notion of „national and ethnical minorities." This notion is well-known from the international legal documents. The new Fundamental Law uses the traditional notion – „nationalities living in Hungary." This terminology was dominant in Hungary before 1989. During the period of Austro-Hungarian dualism (1867-1918) the valid legislation used the term„nationalities" (they were theoretically parts of the unified political Hungarian nation). After 1949 the communist regime prefered this phrase as well. This terminological comeback in 2011 is possibly a consequence of the „Hungarian constitutional archaisation" as well.

The current constitutional text theoretically does not distinguish between the autochtonomous and migrant minorities, but the current Hungarian legislation is guaranting minority rights only for the traditional old minorities with citizenship. Article XXIX of the Chapter entitled „Freedom and Responsibility" determines the legal position of the nationalities living in Hungary: *„(1) Nationalities living in Hungary shall be constituent parts of the State. Every Hungarian citizen belonging to any nationality shall have the right to freely express and preserve his or her identity. Nationalities living in Hungary shall have the right to use their native languages and to the individual and collective use of names in their own languages, to promote their own cultures, and to be educated in their native languages. (2) Nationalities living in Hungary shall have the right to establish local and national self-governments. (3) The detailed rules for the rights of nationalities living in Hungary and the rules for the elections of their local and national self-governments shall be defined by a cardinal Act. 17."*

The issue of the representation of minorities in the Parliament is very interesting. The new Fundamental Law did not amend essentially the original organization of the state and the system of separation of powers in Hungary. However, some partial changes were still done, some of which were not unessential. The structure of the Hungarian parliamentary system, in which the one-chamber Parliament plays the dominant role, was preserved in principle. The national and ethnic minorities did not have a special representation before 2011 in the Parliament, but every major party (mainly conservatives, liberals and socialists) reserved several positions on the list of candidates for politicians with minority background. It is a good tradition of the Hungarian policy. The new Fundamental Law declared the following: *„Nationalities living in Hungary shall contribute to Parliament's work as defined by a cardinal Act."* This paragraph was not very certain specific, but the new electoral cardinal act has solved this problem.

The basis of the electoral system applied in Hungary is regulated. Besides the Fundamental Law and the text of the norm regulating the electoral process by the Act on the election of Members of the Parliament, which was adopted by the National Assembly on 23 December 2011.[5] The Law on Election sets the number of Members of the Parliament at 199: 106 representatives shall be elected via single-seat local constituencies, 93 representatives may / shall be elected via the national party list. The election of the Members of the Hungarian Parliament occurs in one round of voting. Voters who are residents in Hungary may vote for one candidate in the voter's single-seat local constituency, and for one from the party list. Residents of Hungary who are included in the voting registry as ethnic constituents may cast one vote in a single-seat local constituency and another one for a candidate on his or her ethnic list (if the latter does not exist, the second vote may be cast for a party's list). Constituents who are not residents in Hungary may cast one vote for a party's list. In the one round-election system, the winning candidate is the one who receives the most valid votes, regardless of the number of voters who took part in the election. 93 mandates are allocated from the national list, using a similar method to the present one, the so-called d'Hondt method. The essence of this method is that the total number of votes cast per party on the party list are added to the fragment votes and summarised in a table, then divided by 2, then by 3, by 4, etc. The acquired column of numbers determines the distribution of mandates: the party with the highest number in its column receives the first mandate, then the next, and so on until there are mandates available for distribution.

From the point of view of nationalities living in Hungary the following regulation **is** important: According to Article 9 (para 2) of the new Elections Act, nationality lists may be drawn up by nationality self-government[6], supported by at least one percent of the voters registered with a maximum of 1500 signatures from the nationality. The five percent threshold is waived for such nationality lists but they are entitled to one seat only if they secure at least one fourth of the electoral quota. The national minorities that fail to win a mandate will still be entitled to a non-voting parliamentary spokesperson, who is the unsuccessful candidate ranked first on the nationality list. The Venice Commission and the OSCE/ODIHR therefore welcome the introduction of such provisions aimed at favouring the participation of national minorities in the Parliament.[7]

[5] The provisions of Act XXXIV of 1989 on the election of Members of Parliament must continue to be applied until the date of the next general election following the coming into force of the new act has been decided.

[6] This possibility have a nationalities from the list of recognised national minorities, which is listed in an annex to the Act on the Rights of Nationalities. Current Hungarian legialtion recognised 13 nationalities living in Hungary.

[7] JOINT OPINION ON THE ACT ON THE ELECTIONS OF MEMBERS OF PARLIAMENT OF HUNGARY Adopted by the Council for Democratic Elections at its 41st meeting (Venice, 14 June 2012) and the Venice Commission at its 91st Plenary Session (Venice, 15-16 June 2012) on the basis of comments by Mr Ugo MIFSUD BONNICI (Member, Malta) Mr Ángel SÁNCHEZ NAVARRO (Substitute Member, Spain) Mr Kĺre VOLLAN (Expert, Norway)Mr Denis PETIT (Expert, OSCE/ODIHR) 13. s. (Opinion No. 662 / 2012)

With regard to the immigrants communities, the new Fundamental Law does not contain any significant new elements. Hungarian electoral legislation dealing with the local municipalities is relatively liberal towards the migrants. From 1989 every settled or immigrated foreigners (including the third country nationals) and refugees as well have the active electoral right on the local and regional level. The national level is reserved exclusivelly for the Hungarian citizens only. Citizens of the EU living in Hungary have the passive electoral law too, but only ont he local and county level.. This is the main difference between the EU citizens and third country nationals in Hungary. The possibility for the citizens of the EU living in Hungary to be elected as mayors of a city or village (possibility for a ballot for mayors) is the new element in the Fundamental Law is The constitutional text from 1989 reserved this position (together with the post of the county-assembly chairman) only for the Hungarian citizens. The new text of the constitution made the Hungarian electoral legislation more liberal towards the citizens of the EU.

On the Traditions of Czech State Right Thinking: Parliamentarianism and the Struggle for Czech State Right during the Second half of the Nineteenth Century

Karel Schelle – Renata Veselá***

Abstract

Moderate constitutional requirements became an integral part of the Czech national programme since its very beginning. At first, they were restricted to formal confirmation of the historical rights of the Czech state. The requirements of the Czech nation relied on the statement that the independent medieval Czech state had never de iure declined. Habsburg centralization and interference, the reduction of common Czech institutions, the transfer of decisive powers to Vienna and other similar measures were declared unlawful. Therefore the Czech representatives demanded in practical politics an internal reconstruction of the Empire along federal lines that might have ensured a similar position for the Czech state as it had held when the monarchy was created in 1526. The further fortunes of the Czech nation were therefore connected with the emergence of a Habsburg monarchy in which better conditions should have been created for national development (Austroslavism). The struggle for the Czech 'state right', as it was called, influenced Czech politics in the course of the second half of the nineteenth century. Unlike the Hungarian efforts, it was completely unsuccessful.

Key words: *Czech state right thinking; Parliamentarianism; Bohemia; František Palacký;*

Viewed from the standpoint of Czech constitutional legislative history, the second half of nineteenth century is marked by the formation of the Czech ‚state right' programme.[1] The rudiments of this development have to be sought, of course, as early as during the National Revival period, i.e. before the bourgeois revolution of 1848. Not until then, however, had the process of modern Czech nation formation been facilitated, along with finalizing its political and state right ideas. State right ideas and the resulting requirements were thus a part of the Czech national programme. These were at first restricted to formal acknowledgement of the historical rights of the Czech state. Czech patriots, for instance, considered the act of the royal coronation, undertaken by Leopold II in Prague in 1791, a great success. Czech state right consciousness constituted one of the most significant factors forming modern Czech nationalism since the beginning of the Czech National Revival. In that sense it is possible to discuss the specifically national roots of the Czech state right programme.

Moreover, the Czech state right programme in a number of respects did not differ very much from German demands for political representation. It included above all a demand for installing a constitutional form of government and civil liberties; it asked for a modification in the relationship between state and church, the removal of censorship, the establishment of liberty of the press, etc. For the countryside it requested the abolition of serfdom and of all its consequences. Beyond the scope of these constitutional requirements there crystallized, however, a state right programme peculiar to the Czechs and known to us in primeval form from March 1848. In this programme, arising from the St. Wenceslas' Baths convention conference, can be found, among other issues, a request for greater integration of the lands associated with the Bohemian Crown. State right reasoning, substantiating this claim for Czech political representation, focused on the historical-legal aspects, the so-called Czech historical state right. This state right argumentation based the claims of the Czech nation upon the statement as

* Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc., Department of the History of the State and Law, Faculty of Law, Masaryk University Brno, Czech Republic.
** JUDr. Renata Veselá, Ph.D., Department of the History of the State and Law, Faculty of Law, Masaryk University Brno, Czech Republic.

[1] The term ‚state right' *(Staatsrecht)* refers, in the Habsburg context, to claims advanced not just by Czechs but by Hungarians and Croats for an enhanced constitutional status on the basis of historical rights alleged to have existed, which the Habsburgs later violated. The status sought was essentially statehood but without the assumption of absolute sovereignty which the idea of a state has borne since 1918.

fact that the independent medieval Czech state had never *de jure* ceased to exist. It declared unlawful any interference from Habsburg centralization, the degradation of common Czech institutions, transference of crucial competencies to Vienna, and other similar steps. The explanation given by the author of an instructional manual written at the end of nineteenth century was that the Czech state is not just a historical dream and a raving fantasy for us but... the legal foundations of our Czech state have consecutively been and still are in existence, though in many respects the Czech lands are treated as a mere province .... the state right strife should bring us to nothing more than realization of the Czech state right and removal of all the conditions that, being contradictory to our state right, did not evolve here along the path of law and justice.[2]

Czech representatives, therefore, asked in practical policies for an inner rebuilding of the Empire based upon the federative principle, which would provide a similar position for the Czech state that it had enjoyed when the adminstration of the Habsburg lands was unified in 1526. Accordingly, they linked the future of the Czech nation to the existence of the Habsburg Empire, within which it would be necessary, however, to provide better conditions for national advancement (Austroslavism). This attitude was several times eloquently expressed by František Palacký. His best known *bon mot* is found in his Letter to Frankfurt (spring 1848): ‚If the Austrian state did not exist, we would have to take pains, for the sake of Europe and even humanity itself, to make it come into existence as soon as possible'.

During 1848 Czech politicians succeeded with their demands made of the Emperor neither in the spring (he dismissed them with empty and vague promises), nor during the parliamentary constitutional negotiations. And it was precisely when negotiating the so-called Kroměříž Constitution that the Czech state right programme was presented in its most radical form. The imperial parliamentary elections took place in the Czech lands in the stifling atmosphere of the recently suppressed Prague uprising. The Czech National Liberals, who thanks to the unsuccessful uprising got rid of their radically democratic competition, gained the upper hand. The election took place, nevertheless, and so on 22 July 1848 the Austrian Imperial Parliament (*Reichsversammlung*) was able to assemble in Vienna. Only Austria, in the strict sense of the word, was considered there; the main part was played by the Alpine and Czech lands, being the non-Hungarian half of the union, later called Cisleithia (*Předlitavsko*). The Imperial Parliament, assembled first in Vienna and, after October 1848, in Kroměříž, was to fulfill its main task, i.e. the elaboration of a new Austrian constitution that, much more than Pillersdorff's Constitution (April 1848), was supposed to be in conformity especially with the concepts upheld by the liberal factions then on the political scene. However, the Imperial Parliament was from the beginning very much politically differentiated. There were right and left wings and also those standing in the middle of the political spectrum. That produced totally different opinions on a number of fundamental issues. Among them was especially the contention between the centralist and federalist concepts of the Austrian state. Besides, in the autumn of 1848 the overall political atmosphere in Austria began to deteriorate strongly, and overshadowed the progress of the Kroměříž parliamentary session.

Forces began to gain ground.that not only abhorred revolution, but also stood against all concepts of a society dominated by the ideas of liberal citizenship associated with it. Prince Felix Schwarzenberg, Windischgrätz's brother-in-law, was appointed to head the Austrian government. Moreover, on 2 December 1848, after the abdication of Ferdinand V, the nephew of the previous Emperor, Francis Joseph I, succeeded to the imperial throne. Even though both Schwarzenberg and the new Emperor commited themselves to observing the constitutional order, because they needed time to deal with the revolution in Hungary and to reestablish Austrian rule in North Italy, it was becoming more and more apparent that developments were not heading towards the consolidation of constitutionalism, but in the opposite direction. Nevertheless, work within the Kroměříž parliamentary session went on. The federalist concept of Austria was represented there, above all, by the Czech parliamentarians led by František Palacký, who introduced his draft of the constitution to the parliament. He assumed that Austria would be divided into autonomous districts according to national minority principles. Each district was supposed to have its own Land Government and Parliament, its own minister or governor. He assumed, of course, that the abolition of the parliament would be based upon the principle of privilege gaining access to state power. Palacký wanted, moreover, to transfer the Jungmannian[3] understanding of the Czechoslovak nation to the political field by suggesting that one of the territorial groups be formed by the area inhabited by the Slav residents of Bohemia, Moravia, Silesia and Upper Hungary (Slovakia).

Nevertheless, the final consitutional proposal was a compromise between the federalists and centralists. The Parliament was supposed to have two houses, a House of People and a House of Lands. The first was to be elected by a direct vote based on a property requirement of five *zlatých* of direct tax. The House of Lands was supposed to be elected for six years by both the 14 Land Parliaments and the Regional Assemblies, while every three years half of the deputies would be exchanged. As for the suffrage, no-one at the Kroměříž Parliament session suggested establishing universal suffrage. The most radical request in this respect was that the only limitation be a census of literacy. The final shape of the suggested form of suffrage was eventually a product of the efforts of that part of the political class who considered only property owners to be lawful citizens. In the direct vote the active suffrage was granted to all citizens above 24 years of age who exercised civil rights and were independent, not currently on the dole. and paid at least five *zlatých* of direct tax or rented taxable property. The conditions for eligibility for election were established in a similar manner. Candidates

[2] L. Vojáček, *České právní dějiny do roku 1918* (Bratislava, 2004), p. 140.

[3] Josef Jungmann (1773-1847) was a leading personality of the Czech National Revival, linguist, educationalist, and author of the theory of a uniform Czech nation on the basis of a uniform common language

for election had to be only four years older, with a year's residence within the imperial territory. For the indirect elections to the House of Lands the legislative requirements were left to municipal law, since anyone who was eligible for the Land Parliament was also eligible for the House of Lands, but had to be older than 33 years of age.[4] Nevertheless, the Kroměříž assembly did not have time to pass the constitutional proposal because on 7 March it was dissolved. Even before that, as early as 4 March 1849, a second constitution, decreed by the Emperor, was proclaimed and named Stadion's Constitution after its author, Count Franz Stadion..

The March Constitution of 1849, issued by decree, could not be expected to present anything but tenacious centralism. During the absolutist period under Alexander Bach (Minister of the Interior, 1849-59), the police rated any straightforward manifestation of national awareness and any reservation towards the establishment as conspicuous and seditious activities, so that the new state right demands could only be put forward in the 1860s. By then all strata of Czech society stood for them. The 1860s were a time of heated negotiations about the change of state right arrangements within the monarchy. Czech politicians, not altogether unified in their proclaimed goals, were inspired by Austroslavism and Czech legal history, although this was modified by a more modern naturalistic legal principle which considered the right to decide one's fate the natural right of any nation. For the most part the aim was for the renewed unification of the Bohemian Crown lands and the federalization of the Habsburg Empire.[5] The programme determining the course of Czech politics was laid down by František Palacký in 1865 in an article, *‚Idea státu rakouského'* (The Idea of the Austrian State) in the paper *Národ* (the Nation,). The Czech members of the imperial Parliament expressed their dissatisfaction with the establishment of the February Constitution by a policy of passive resistance, boycotting the Austrian parliamentary sessions. Previously Palacký, who had been the only representative of the Czech political faction surprisingly created ‚a life member of the higher Imperial House of Lords', had already in 1861 stopped taking part in the parliament's sessions. The passive resistance policy terminated in 1879 with no appreciable results.

The Austro-Hungarian Compromise of 1867 was a disastrous failure for Czech national politics. What did the Austro-Hungarian Compromise and the subsequent passing of the December Constitution actually mean for state right conditions within the monarchy?

The Austro-Hungarian Compromise was the basis for the new Austro-Hungarian Dual Monarchy which, in an almost unchanged form, lasted for more than half a century. By means of this Compromise the Habsburg monarchy fell into two parts. The Hungarian Crown was acknowledged as an independent state having its own Parliament and its own Ministry. On the basis of so called Pragmatic Sanction (rules of succession), Hungary was connected to Cisleithia only by means of the person of the sovereign and in foreign affairs, the military, and finances in so far as the financial matters concerned formerly common issues. A hard-to-define state system thus appeared resembling a real union, for which according to a cabinet paper of 14 November 1868, alternative names were supposed to be used: ‚the Austro-Hungarian Empire' or ‚the Austro-Hungarian Monarchy'. At the end of 1867 the constitutional process culminated in the issuing of a series of constitutional acts considered the basic laws of the state, called the December Constitution.

The foundations of the constitutional system included the following constitutional acts:

1. Act No. 101/1867 ř.z. (of the Imperial Code) of 25 July 1867 on the ministers' responsibility, which purported actually to limit the sovereign authority of the Emperor, who henceforth could not carry out any governmental acts without the relevant minister's participation. At the same time, the ministers ceased to be the sovereign's officials but were held responsible by the Parliament.
2. Act No. 134/1867 ř.z. of 15 November 1867 on guild legislation, which included a substantial revision of the guild legislation of 1852.
3. Act No. 135/1867 ř.z. of 15 November 1867 on the right of assembly that allowed public assemblies of citizens indoors and in the open, as well as public marches, and specified the conditions for their lawful proceeding.

At the heart of the December Constitution were six constitutional acts of 21 Deecember 1867 (Acts 141-148/1867 ř.z.) that codified the positions of the central bodies of Cisleithia and their reciprocal relationship:

1. The Act on the Imperial Parliament transferred the general legislative competence to the Land Parliaments; the competence of the Imperial Parliament was henceforth restricted to only specified issues. Its competence was based, however, on the combined competence of the hitherto broader and narrower circles of the Imperial Parliament. Besides legislative competence the Imperial Parliament possessed also a controlling competence by approving of some of the sovereign's governmental acts, probing into the final governmental accounts etc. The Act also left as valid the curia system in existence since 1861 and did not change the number of the members of Parliament (203) nor the way they were elected through the Land Parliaments. Also, besides the House of Commons, the House of Lords remained based on unchanged foundations, consisting of members appointed there because of their lineage or lordship or being specially designated by the sovereign. The number of the House of Lords members was not fixed.
2. The Act on the general franchise included a catalogue of the basic civil liberties of an Austrian citizen.
3. The Imperial Court of Justice was newly established in Vienna. Presided over by a chairman, and consisting also of his deputy, twelve members and four substitutes, it was designed to decide jurisdiction conflicts and

[4] These issues are dealt with in detail by K. Kazbunda, *České hnutí r. 1848* (Prague, 1929); E. Fischer, *Rakousko 1848* (Prague, 1949); J. Dvořák, *Moravské sněmování 1848-1849* (Telč, 1898); K. Macůrek, *Rok 1848 a Morava* (Prague, 1948); J.M. Černý, *Boj za právo* (Prague, 1893).

[5] For more information see especially V. Urfus, 'Český státoprávní program na rozhraní let 1860-61 a jeho ideové složky', *Právněhistorické studie* 8 (1962).

disputes in statutory matters among the individual institutions and also adjudicate the citizens‘ complaints about related abridgements of constitutionally warranted political rights.

4. Guaranttes were given for the independence of judges and the public character of the legal processes. For some offences assizes were newly introduced and, in principle, the judiciary in all its institutions was separated from the executive administration power.
5. The administration of the supreme power that deliminated the Emperor‘s position was declared ‚sacred, untouchable and unaccountable' and thus guaranteed significant dynastic prerogatives, although the sovereign‘s power was not explicitly derived only from ‚the will of God'. The sovereign was formally bound by the oath that he/she would always rule only according to valid laws.
6. The Compromise Act itself, on the common affairs of all lands of the Habsburg monarchy, was analogous to paragraph XII of the Hungarian code of law of 1867.

This series of acts was amended by more so-called May acts on matrimonial law, school-church relations and the inter-confessional relations of the citizens which limited the previous position of the Catholic Church in relation to the other religious confessions (the Concordat of 1855 had suborduianted all matrimonial cases to the Catholic Church)..[6]

As Otto Urban wrote:[7] the stabilization of the constitutional monarchy‘s political system through a series of acts passed in the December Constitution of 1867 consummated the pervasive transformations of public political life without at the same time removing all the elements of absolute rule. And it did so not only practically, but formally. The sovereign remained an absolutely untouchable person, whose supreme position was under the new conditions even emphasized by deriving his sovereign power from ‚the grace of God'. The other members of the ruling dynasty, to whom some of the otherwise generally applicable norms of the civil code did not apply, also enjoyed privileged positions. In principle, solely the sovereign and his appointed authorities had the right to exercise executive power; in this sense also all the legislative authorities, be it the Imperial Parliament or the Land Parliaments, had the positions of ‚dependent state authorities', i.e. they lacked direct mandatory prescriptive power. The sovereign‘s influence remained very strong and sometimes even supreme in a broad area of executive and governmental power, while especially military and foreign affairs were the domain of the Emperor and his confidants. Thus the liberal system of the constitutional monarchy differed in all its construction and functioning from republican liberal systems.

As we have noted, the Austro-Hungarian Compromise was a disaster for the Czech state right programme. Czech political representatives never recovered from that shock, although some remedial measures were taken. The Czech state right concept under the conditions of the Dual Monarchy was embedded by the Czech Land Parliament members in the so-called Czech Declaration of 1868. It was the basis for the Czech representatives when negotiating with the Vienna government, where they still tried to reverse the ominous course of events ushered in by the Austro-Hungarian Compromise. The Declaration was addressed to the parliamentary presidium and it was signed by 81 Czech parliamentarians. The hereditary nobility did not join them.[8] The Czech Declaration enunciated the inalienability and infrangibility of the Bohemian Crown‘s state right. The Czech state right was contraposed there against the state right conditions within the Austro-Hungarian Empire created by the December Constitution. All the political institutions embodied in the Constitution were ignored and the formulation of the state right programme in the Declaration was accentuated into the rigorously held opinion that the relation between the sovereign and the Czech nation could be firmly founded only on a covenant between both parties and that the link between Bohemia and the other lands could therefore only be of a personal and dynastic, but not a state or legislative character. Finally, it also included two kinds of ideas: on the one hand, there was criticism rejecting the existing constitutional development; and, on the other, there were positive suggestions marking the way that could be followed to solve the constitutional issues comfortably and in agreement with the Bohemian Crown‘s state right. The Declaration did not restrict its criticism merely to the past year‘s happenings. In line with the hundreds-of-years-old roots of state right it ventured far into the past and adverted especially to the fact that not even Ferdinand II had dared to touch the legislative independence and peculiarity of the Czech state after the defeat of Czech national interests at the battle of White Mountain (*Bílá hora*, 1621). The Declaration explicitly proclaimed that the Habsburg Monarchy had never in the past been anything other than a conglomerate of various constitutional entities united by the personal, dynastic bond.

In 1871 Czech politicians even agreed with the Austrian government on the compromise Fundamental Articles that assumed, among other things, delimitation of common Austrian-Czech affairs; the intention was to introduce the office of an accountable state minister for the Czech lands, who should be the Royal Czech Court Chancellor, and establish a common parliament for the Czech lands. The Vienna government, however, influenced by the disapproving attitudes of the Hungarian magnates and by Prussian politics, broke off negotiations in their final stage. During the 1870s the state right ideology of the Czech politicians was obviously becoming obsolete. Thus a fundamental turning point appeared in Czech political ideology: the state right programme once and for all lost its nature as a nationwide programme. This was a product of practical politics at that time. The united parliamentary organization of the Czech parliamentarians – the Czech Faction – began to be convulsed by internal disputes. The Old Czech Party leadership

[6] Acts Nos. 47-49/1868 ř.z. of 25 May 1868.

[7] O. Urban, *Česká společnost 1848-1918* (Prague, 1982), p. 224.

[8] See K. Kazbunda, 'K pokusu rakouské vlády o české vyrovnání', *Český časopis historický* 27 (1921); K. Kazbunda, 'Ke zmaru českého vyrovnání', *Český časopis historický* 37 (1931).

of the Czech Faction advocated unconditional support for the government and together with other groups formed a reliable link in the famed ‚Iron Ring of the right wing', as those parliamentary factions were called that supported the regime of Prime Minister Taaffe. The Young Czechs soon began to oppose these tactics, refusing to wait in time-serving manner for a suitable opportunity and, by contrast, taking pains to follow their own political line that unambiguously advanced an oppositional attitude towards the government.

Thus the Old Czech state right programme went through a process of some deterioration. This resulted, above all, from those who advanced Old Czech policies being unable to think of a state right ‚compromise' and turning instead to the practical solution of the language problem in Bohemia, namely to efforts to secure for the Czech language equal rights in official transactions. This political line was substantially right and realistic and its really positive outcomes need to be pointed out. From the ideological point of view, however, it meant that the Old Czech party exchanged the absolute prospects of another state right ‚compromise' – be it in the triple-state form or in the form of a kind of municipal autonomy – for the idea of a language compromise, which from the original standpoint was but a small concession. However, a similar fate awaited the Young Czech Party. Despite their intense resistance to the Old Czech ‚crumb' policy they were in fact equally opportunistic. The difference was only that they put their hope more in radicalism than in loyal support of the government, which was alien to them because of its openly anti-liberal tendencies. Even in the hands of the Young Czech Party, state right became an empty slogan not containing any specific political programme. Very little remained with the Young Czechs of the original vision of state right ideas: it became only the programme of an opposition party that was supposed to represent the Czech political scene in its struggle for gaining an appropriate share within centralized Austria. The purpose of the state right programme, that in the 1860s had been aimed against Austria as a whole and against unifying centralism, had disappeared. On the contrary, highlighting that the Czech demands could be implemented within the framework of the existing constitution had become a part of the state right programme. And if the possibility of any changes was ever pointed out, then congenitally only gradualist development stages were mentioned, not a sudden constitutional upheaval.[9]

The merely vegetating nature of Czech national politics in the following years is illustrated by the unsuccessful policy of passive resistance and negotiating the abridged Fundamental Articles in 1890, in which it was proposed that the Czech lands should be divided into Czech and German districts. Czech society refused these almost unanimously and the Old Czech Party (led by F. L. Rieger) paid for this agreement with the Vienna government by losing their dominance on the Czech political scene.[10] Under the democratic conditions established by the 1867 Constitution and with the broadening of the suffrage, Czech political life further developed during the 1890s and segmented itself into a greater number of political parties. In some of their state right arguments (e.g. those of the Social Democrats), natural-right type arguments sounded ever more strongly, i.e. the idea that the Czech nation, like any other, had a natural, inalienable right to decide the form of its state right existence. Despite the activities of more political parties it is necessary to note that until 1914 practically all on the Czech political scene considered the preservation of the union of the Habsburg Empire a constant of the world order and did not propose to create an independent state. As in previous generations, it demanded just transformations in the inner ordering of the monarchy. T. G. Masaryk, for instance, whose name is linked to the foundation of the independent Czechoslovak state, wrote in the 1890s in *Česká otázka* (The Czech Issue) that ‚our politics cannot succeed unless they are inspired by genuine and intense interest in Austria's fortune'. And the later Austrian ‚parricide' and first Czechoslovak Prime Minister, K. Kramář,[11] claimed as late as 1913 that ‚all the Czech politicians always counted and still count on one thing: Austria, though of course a different, better Austria than the one with the historical German policy, worsened even more by Hungarian violations'.

The gradual dragging of the Habsburg Monarchy into the German sphere of influence, its dependence upon Germany and especially its initiating of a world war, which opened the way for far-reaching political combinations, changed the situation dramatically. By the end of World War I all the decisive movements in Czech politics saw the solution in finding their own way, independently of the Habsburgs.

[9] See T. Vojtěch, 'Organizační vývoj mladočeské strany do r. 1891', *Československý časopis historický* 25 (1977); T. Vojtěch, *Mladočeši a boj o politickou moc v Čechách* (Prague, 1980).

[10] See K. Kazbunda, 'Krize české politiky a vídeňská jednání o tak zv.punktace r. 1890', *Český časopis historický* 41 (1935).

[11] Karel Kramář (1860-1937) – since 1891 deputy of Vienna Parliament, promoter of cooperation between all Slavic nations, after the establishment of the Czechoslovak Republic in 1918-1919 the Chairman of the first Czechoslovak Government, political opponent of T. G. Masaryk.

Regeringsform, Grunnlov, Grundlov: Written Constitutions in Scandinavia in the 19th Century

*György Képes**

Abstract

This study focuses on the 19th century developments of the constitutional history of the Nordic countries, beginning with the new Swedish Instrument of Government of 1809 that primarily intended to restore the balance between the King and the old Parliament, however in many aspects it was an important step towards a constitutional monarchy. The famous Norwegian Constitution of 1814 which is still in force, was rather a product of the modern constitutional thought, based on the concept of separation of powers, influenced by the Constitution of the United States as well. The Constitution of Denmark of 1849 meant the end of almost two centuries of absolute monarchy. Similarly to the perfection of the Royal Law of 1665 that established royal absolutism in Denmark, the new Constitution established very accurately the institutions of a modern liberal democracy supported by guarantees, protecting fundamental rights and creating an almost universal male suffrage. These three Scandinavian constitutions of the 19th century were definitely milestones on the road of parliamentarism, making Denmark, Norway and Sweden model countries of the constitutional monarchy.

Key words: *constitutional law; constitutional history; Scandinavia; Nordic countries; Denmark; Sweden; Norway; Regeringsform; Grundlov; Grunnlov.*

In the Scandinavian monarchies, the written constitutional documents have had a strong tradition since the early modern era. The present Swedish constitution is determined by four organic laws: the Instrument of Government (in Swedish: *Regeringsform*), the Order of Parliament (*Riksdagsordning*), the Freedom of the Press Act (*Tryckfrihetsförordning*) and the Act of Succession (*Successionsordning*). Such acts are commonly called the "fundamental laws of the realm" (*rikets grundlagar*). Denmark and Norway indeed have had unified constitutional charters in the last two centuries: Norway since 1814 (the famous Norwegian *Grunnlov* that is still in effect, however with significant modifications) and Denmark since 1849 (the *Grundlov* that has been formally replaced by newer versions but the structure is still the same). In the Danish constitutional law, the separate Act of Succession (in Danish: *Tronfølgelov*) is also considered as a fundamental law, while the succession to the Norwegian throne is regulated in the *Grunnlov* itself.

The first Swedish *Regeringsform* (literally: "form of government") was adopted by the Parliament in 1634, two years after the death of King Gustav II Adolf who had been killed in the battle of Lützen. According to the brilliant statesman, Chancellor *Axel Oxenstierna*, before his death the King gave his personal approval to this document drafted by the chancellor himself,[1] however it has not been sanctioned by any monarchs after its adoption.[2] The *Regeringsform* was the coronation of Oxenstierna's state reforms and established a balance between the Diet (called *Riksdag*) and the King (during the minorship of Queen Christina, the five highest ranked officials forming a regency council). On the central level the executive power was exercised through a collegial system of governmental bodies: the aristocratic *Riksråd* (Council of the Realm) and five specialised colleges (three civil and two military). The local governments were led by the newly appointed governors (*landshövding*s) who were obliged to follow the instructions received from the centre. This new system of Swedish administration was set up by Axel Oxenstierna on the basis of contemporary French and Prussian examples, and was at that time, as *Geoffrey Treasure* highlights, "the most efficient in Europe".[3]

The first *Riksdagsordning* was also a fundamental law issued in connection with Oxenstierna's reforms. In 1527, the first King of the independent Sweden, Gustav I (Vasa) summoned the four estates (the nobility, the clergy, the townsmen and the peasants), like *Engelbrekt Engelbrektsson*, the leader of the rebellion against the Danish supremacy within the Kalmar Union

* György Képes, Ph.D, assistant professor, Department of Hungarian Legal History, Eötvös Loránd University of Budapest, Hungary.

1 Bellquist, 1935, 859.; Nagy, 2005, 74.; Nordstrom, 2000, 60–61.

2 Nordstrom, 2000, 61.; Roberts, 1984, 81.

3 Treasure, 2003, 503.

had done the first time in Swedish history in 1435,[4] but the rules of their co-operation and decision making were only adopted by the diet held in 1617 in Örebro. According to this first Order of Parliament, the four estates shall first hold separate meetings, and then their common response to the King's propositions shall be presented to the King at a joint session.[5] If there is no consensus between the estates, the King may decide, but the Swedish monarch never exercised this decisive power.[6] Such basic rules of the Parliament remained in force until 1866,[7] only the so called sub-chambers of the Nobles' House (set up in 1626 in a separate act called *Riddarhusordning*, the Order of the Nobles' House) were re-united in a new *Riksdagsordning* in 1810.[8]

The third of the traditional Swedish organic laws,[9] the Freedom of the Press Act (*Tryckfrihetsförordning*, 1766) was the product of the historical period called the Age of Liberty (*Frihetstiden*) that lasted from the collapse of the absolutistic government of Charles XII and coronation of Frederick I of Hessen (1720) – marked with a new Instrument of Government adopted in 1720 – until the *Regeringsform* of Gustav III (1772). In this period of "parliamentary absolutism", the power of the monarch was considerably weakened and the country was in fact governed by the ruling party in the parliament.[10] Similarly to the contemporary English politics, the Swedish diet was separated to a conservative and a liberal faction called "the Hats" (*Hattarna*) and "the Caps" (*Mössorna*).[11] The Freedom of the Press Act was the result of the politics of the Caps (the liberals).[12] At the end of the period, Sweden seemed to fall into chaos of fruitless political disputes and even into corruption;[13] however achievements like the abolition of censorship in secular publications and protection of political critics expressed in the press are determining for the modern constitutional thoughts of the country. As *Lester B. Orfield* points out, in 1766 "Sweden became the first country after England to establish freedom of the press by legislation".[14]

The fourth fundamental law of Sweden is the Act of Succession (*Successionsordning*). In 1544, the diet held in Västerås declared the dynastic kingship of the Vasas (*Arvförening*).[15] This resolution can be considered as the first organic law of the early modern Sweden. The rules of dynastic succession were renewed and amended several times: the most important modifications are the *Arvförening* of 1650 when Queen Christina made the parliament accept her cousin (Charles X Gustav) as the heir to her throne,[16] and the resolution of the diet in 1719 when the sister of Charles XII, Princess Ulrika Eleonora was elected as queen regnant.[17] The first act officially called *Successionsordning* was accepted in 1810, when Napoleon's general *Jean Baptiste Bernadotte* was invited to the throne as the heir to the old Charles XIII.[18] This Act of Succession is still in effect: all Swedish monarchs to date have been members of the Bernadotte dynasty. According to the amendment of 1980, "the eldest child regardless of sex" (i.e. Crown Princess Victoria born in 1977) will be the successor.

The constitutional situation of Denmark between the second part of the 17th century and 1849 was unique in Europe. On the last Diet convoked by Frederick III in 1660, the Danish estates gave up their ancient right to elect the monarch and absolved the king of his coronation oath and charter (*håndfæstning*) of 1648.[19] The Diet was dissolved in November 1660 and never convened again in its original form. A document signed in January 1661 by more than 1,500 representatives of the first three estates (noblemen, clerics and burghers) and strongly supported by the peasants as well, called Act of Autocratic and Hereditary Government (*Enevolds-Arveregelingsakt*), the king was endowed with the plenitude of power, in its very absolutistic sense, yet without any legal details.[20]

Four years later, the former royal librarian and now the king's secretary, *Peder Schumacher* drafted a complete constitutional charter for the Danish absolute monarchy on the basis of Jean Bodin's political thoughts.[21] This was the famous *Kongelov* of 1665, the document usually referred to as "the Royal Law". It was called in Latin *Lex Regia Perpetua* as it was intended to remain in force forever: according to Article III, the king can make, amend and abrogate all laws at his own discretion, "this Royal Law alone being the exception, which, as the proper foundation of the kingdom and its constitution, must forever remain

4 Herlitz, 1939, 15.; Orfield, 1953, 235., 257–258.
5 Képes, 2011a, 31.; Lockhart, 2004, 31.; Nordstrom, 2000, 60.; Orfield, 1953, 258.
6 Roberts, 1984, 78.
7 Bank–Miszler, 2010, 276.; Kan, 1976, 151–152.; Kiss, 1991, 174.; Orfield, 1953, 260.; Petersson, 2009, 14.
8 Kan, 1976, 129.; Verney, 1957, 5.
9 Roberts, 2003, 166–167.; Skuncke, 2011, 136.
10 Herlitz, 1939, 26–28.
11 Miszler, 2010, 55.; Ertman, 1997, 314.; Kan, 1976, 97–101.; Metcalf, 1982, 251–261.; Orfield, 1953, 258.; Roberts, 2003, [especially] 111–175.; Treasure, 2003, 519–523.
12 Bregnsbo, 2008, 285.
13 Bregnsbo, 2008, 285–286.
14 Orfield, 1953, 258.
15 Kan, 1976, 66.; Képes, 2011a, 30.; Lockhart, 2004, 8.; Orfield, 1953, 258.; Roberts, 1986, 142.
16 Roberts, 1962, 45.
17 Roberts, 2003, 7.; Treasure, 2003, 519.
18 Bain, 1905, 392.; Bank–Miszler, 2010, 274.; Kan, 1976, 130.; Svanstrom, 1934, 323–324.
19 Derry, 1979, 137.; Ekman, 1957, 103.; Iuul, 1962, 165–167.; Jespersen, 2004, 41.; Johansen, 2006, 158.; Kan, 1976, 88.; Kaspersen, 2004, 79.; Képes, 2009, 50.; Képes, 2011b, 147.; Lockhart, 2007, 245.
20 Derry, 1979, 137.; Ekman, 1957, 103.; Iuul, 1962, 167.; Jespersen, 2004, 42.; Johansen, 2006, 158.; Képes, 2009, 51.; Képes, 2011b, 148.; Munck, 1998, 202.; Sashalmi, 2006, 137.
21 Ekman, 1957, 104.; Jespersen, 2005, 39.; Lockhart, 2007, 249.; Munck, 1990, 341. [The first draft was prepared by *Søren Kornerup* in 1662. Johansen, 2006, 159.]

unchangeable and irrevocable".[22] And this was the case until the mid 19th century.

By virtue of the *Kongelov*, the king of Denmark was "above all human laws and knowing no other head or judge above him, either in spiritual or secular matters, except God alone" (Article II).[23] He had the all constitutional powers concentrated in his hands: the legislative (including taxation and matters of war and peace), the executive and the judiciary as well. The Danish public administration had already been organised in line with such rules both on central and local levels between 1660 (when the aristocratic council called *Rigsråd* had been abolished, handing over all duties to the new governmental colleges) and 1662 (when royal administrators had been appointed to the newly established counties).[24]

The Royal Law had been solely signed by the king, and was kept as a state secret until 1670, when it was presented to the members of the recently constituted Danish Privy Council (*Gehejmekonseil*).[25] Then it was partially published in 1683 in the introductory part of Christian V's code called Danish Law (*Danske Lov*), but a complete publication of its text did not appear until 1709.[26] Naturally, the *Kongelov* has not remained effective eternally, as it has been replaced by a modern constitution on 5 June 1849, but almost two hundred years of existence as an absolutistic constitutional charter still makes it worth being an exceptional chapter in world history. The dynastic rules of succession to the Danish throne, first established in the Act of Autocratic and Hereditary Government of 1661, were also integrated in the Royal Law. No separate Act of Succession was adopted in Denmark until 1853, so in this sense, the *Kongelov* even survived the new constitution of 1849.

As it is well known, the Kingdom of Norway had formed a personal union with Denmark and Sweden in the *Kalmar Union* since 1397. In the treaty of permanent union of Denmark and Norway concluded in 1450 in Bergen, the equality of the two countries was declared, and it was assessed that Norway would be governed "according to its own law and by its own inhabitants".[27] However, in fact all relevant local offices were held by Danes in that period as well, and in 1536, a decade after the independence of Sweden from Denmark (when the royal reformation was established by King Christian III) the Norwegian *Riksråd* (the council at that time led by *Olav Engelbrektsson*, the last Archbishop of Nidaros / Trondheim) was finally abandoned.[28] From that moment (right until the early 19th century), Norway was controlled from Copenhagen as a subordinate province of Denmark, however it could keep its separate jurisdiction (see: Christian V's *Norske Lov*, 1687).[29]

In August 1661, the Norwegian estates declared in two letters sent to Frederick III (one signed by the nobility and the clergy and the other by the townsmen and the peasants) to accept the introduction of the absolute monarchy in Norway.[30] In 1807, as the first step of Norwegian self-government, a temporary commission was appointed for Norway, but seven years later the Danes had to hand over the country to Sweden (Treaty of Kiel, 1814). Thus, between 1665 and 1814, in the period of the common kingdom (often referred to in the history books as Denmark–Norway), the Danish Royal Law can be considered as the constitution of Norway as well.

The Swedish Constitution of 1809

The Age of Liberty ended in Sweden with the coup d'état of Gustav III (King of Sweden, 1771–1792). The new *Regeringsform* of August 1772 did not mean the introduction of Danish-style absolutism, at that moment it rather restored "the balance between the King and the Parliament" and "the authority of the Crown".[31] As *Eric Cyril Bellquist* remarks, this was "the first Swedish organic law built up definitely on the basis of separation of powers", and Gustav III allegedly said "we are something of a king again".[32] However, this was just the beginning: in the Act of Union and Security (*Förenings- och säkerhetsakt*) of 1789, a law adopted by the parliament after the King had repressed the revolt of the noblemen with the help of the tax paying estates (clergy, burghers and peasants), the *Riksdag* actually gave up all powers of the legislative except for the taxation.[33]

The Act of Union and Security meant an almost unlimited authorisation to the King to run the country at his own discretion.[34] The Council of the Realm was abolished on 11 May 1789,[35] and the government turned to the direction of the enlightened absolutism known in other countries like Denmark or Prussia. Gustav III's enlightened style of government was already reflected in earlier resolutions: torture was prohibited by the King in 1772; the applicability of death penalty was also limited in royal decrees in 1778–79; and in 1781–82 he guaranteed religious tolerance to the Catholics and Jews. Thereinafter, the Act of Union and Security declared the equality of the citizens before the law, guaranteed their right to property; and made clear that all appointments to governmental offices shall be based on skills, not on privileges.[36] The position of the freedom of press was far less favourable: the censorship abolished

[22] Ekman, 1957, 106.
[23] Ekman, 1957, 106.
[24] Jespersen, 2004, 43–44.; Képes, 2011b, 156–159.; Nordstrom, 2000, 58–59.; Orfield, 1953, 21.; Treasure, 2003, 420.
[25] Bain, 1905, 267.; Derry, 1979, 137.; Ekman, 1957, 104.; Képes, 2009, 57.; Képes, 2011b, 152.
[26] Derry, 1979, 137.; Ekman, 1957, 104.; Johansen, 2006, 159.; Képes, 2009, 57.; Képes, 2011b, 152.; Lockhart, 2007, 249.; Sashalmi, 2006, 137.
[27] Orfield, 1953, 143.; Rao–Supphellen, 1996, 85.
[28] Rao–Supphellen, 1996, 85.
[29] Gustafsson, 1994, 55.; Rao–Supphellen, 1996, 85.; Tamm, 1984, 165.
[30] Małłek, 2001, 86.
[31] Herlitz, 1939, 29.; Jägerskiöld, 1964, 69.; Svanstrom, 1934, 258–259.
[32] Bellquist, 1935, 862.
[33] Barton, 1972, 25–26.; Bregnsbo, 2008, 287.; Kan, 1976, 113–114.; Nordstrom, 2000, 111–112.
[34] Barton, 1972, 12.; Derry, 1965, 483.
[35] Bain, 1905, 378.; Orfield, 1953, 259.
[36] Nordstrom, 2000, 111–112.; Orfield, 1953, 274.; Svanstrom, 1934, 271.

in 1766 was re-introduced shortly after the adoption of the new *Regeringsform*, in 1774,[37] and six years later the joint and several responsibility of the authors and publishers in the case of high treason.[38]

This period of absolute monarchy, often referred to as the Gustavian Era, lasted until 1809. In March 1792, Gustav III was shot from behind by a young nobleman, *Johan Jacob Anckarström* at a masquerade ball held in the Royal Opera House in Stockholm (founded in 1782 by the King himself).[39] Anckarström, a member of a group of conspiracy, who was then decapitated after his right hand had been cut off, defended himself at the trial "by accusing the king in Lockean terms of having violated his social contract with the nation".[40] When Gustav III passed, his son was only thirteen years old, therefore the late king's brother, Prince Charles was nominated as the regent of Sweden, however in fact it was governed by *Gustav A. Reuterholm*.[41]

Gustav IV Adolf took over the government in 1796 and continued to rule in the autocratic style of the 1790's.[42] In 1800, when he convoked the parliament, it became obvious that an opposition would be formed against his policy, with the leadership of *Hans Järta*, a nobleman of Jacobin sympathies who renounced his peerage.[43] In the Napoleonic Wars he took part at the coalitions against France which did not seem a good decision at the time of Napoleon's triumphs. The strategic aim of the Swedish military leaders like *Carl Johan Adlercreutz* and *Georg Adlersparre* was to join the Continental System, and for this purpose they considered necessary to restrict the royal powers.[44]

When Russia invaded Finland (one of the four traditional Swedish provinces since the very beginning) in 1808, the generals were ready to overthrow the King. On 7 March 1809 Adlersparre concluded the armistice in Norway and turned his army of 3,000 troops to the direction of the Swedish capital.[45] Six days later Adlercreutz, the other leader of the conspiracy, suddenly appeared at the royal palace with six officers. The King tried to resist but the soldiers seized him.[46] When Adlersparre's troops also arrived and declared to support the coup, it was clear: Gustav IV Adolf's reign was over. The military coup was astonishing in the eyes of the Swedish people, but under the given circumstances nobody wanted to do anything against it.[47]

The conspirators called the former regent Archduke Charles back to the regency.[48] In this situation Gustav IV Adolf could hardly do anything but to resign, still hoping that his son, the nine year old Crown Prince Gustav would be accepted by the parliament as his successor. This was not the case: the *Riksdag* (convened on 1 May 1809) disposed not only him but his issues as well, in a unanimous resolution.[49] The Estates actually took over the lead from the military government, refused the constitutional amendment drafted by the latters (namely by *Anders af Håkansson*),[50] and decided to establish a committee to prepare a completely new *Regeringsform* with the leading principle "the constitution first". This had a double meaning: on one hand the new King has to accept the constitution *before* coronation, on the other hand, from now on, the constitution shall have the *first* position in the hierarchy, even above the King's person.[51]

The committee formed by the *Riksdag* consisted of fifteen members: six of the nobles and three of each tax paying estate (i.e. the clergy, the burghers and the peasants). Baron *L. A. Mannerheim* was appointed as the chairman and *Hans Järta* became the secretary of the committee.[52] The new *Regeringsform* was drafted very quickly (it actually took only two weeks),[53] and at the anniversary of the election of Gustav Vasa as the King of the independent Sweden, on 6 June it was accepted by all estates and by Archduke Charles as well. As the principle of "constitution first" was thus respected, he was elected by the *Riksdag* as the new King of Sweden under the name Charles XIII.[54]

The *Regeringsform* of 1809 had not been based on any revolutionary document like the Constitution of the United States of 1787 or the monarchic constitution of France of 1791. It rather followed the path of the traditional Swedish organic laws.[55]

The legislative power was divided between the King and the parliament: according to Article 87, "neither the King without the approval of the *Riksdag*, nor the *Riksdag* without the consent of the King, shall have the power to make new laws or to repeal existing laws".[56] Some questions (as the regulation of the public administration) were defined as the exclusive legislative power of the King; while the decision in fiscal matters (taxation, state finance) fell within the exclusive competence of the parliament. Tax bills did not even require a royal sanction[57] – by virtue of

[37] Barton, 1972, 16–17.; Nordstrom, 2000, 111.; Orfield, 1953, 258.; Roberts, 2003, 166.
[38] Barton, 1972, 24.; Svanstrom, 1934, 268.
[39] Derry, 1965, 493.
[40] Barton, 1972, 29.
[41] Derry, 1979, 197.; Orfield, 1953, 244.
[42] Bregnsbo, 2008, 287.
[43] Derry, 1979, 197.
[44] Bank–Miszler, 2010, 272.; Derry, 1979, 207–208.
[45] Kan, 1976, 128.
[46] Bain, 1905, 389.; Kan, 1976, 128.; Svanstrom, 1934, 316.
[47] Bank–Miszler, 2010, 273.
[48] Bank–Miszler, 2010, 273.; Kan, 1976, 128.
[49] Bain, 1905, 389–390.; Derry, 1979, 208.; Svanstrom, 1934, 318.
[50] Petersson, 2009, 4.
[51] Petersson, 2009, 4.; Svanstrom, 1934, 318.
[52] Derry, 1979, 208.; Kan, 1976, 128.; Svanstrom, 1934, 318.
[53] Verney, 1957, 2.
[54] Bank–Miszler, 2010, 273.; Kan, 1976, 128.
[55] Arnáson, 2008, 156.
[56] Herlitz, 1939, 31.; Petersson, 2009, 7.
[57] Orfield, 1953, 263.

Article 57 of the *Regeringsform* "the ancient right of the Swedish people to tax themselves shall be exercised by the *Riksdag* alone".[58] A certain independence of the *Riksdag* (that had to be summoned by the King in each five years only)[59] manifested itself in the rules set up by Article 49 as well: the parliament could assemble "if necessary" without the King's summons.[60]

However, this was the same parliament as before, as it can seen from the wording of the *Regeringsform*, calling the parliament traditionally as the Estates of the Realm, in Swedish: *Riksens ständer*. Not even the new, separate organic law on the parliament, the *Riksdagsordning* of 1810 brought any significant change. The committee preparing the new constitutional act had previously refused the proposal concerning a general parliamentary reform,[61] so the rules of decision making remained unchanged: three estates (chambers) could still outvote the fourth.[62] The modifications affected the Nobles' House putting an end to the internal division of the *Riddarhus* after two centuries, and the chamber of the peasantry (the fourth estate) where the representation was extended to rural intellectuals.[63] The most important step towards parliamentarianism was the establishment of the institution of Parliamentary Auditors.[64]

The doctrine of separation of powers that could be seen in the independence of the parliament also reflected in the regulation of the executive power. By virtue of Article 4 of the *Regeringsform* of 1809, "the King alone shall govern the Realm",[65] but he had to take in consideration the provisions set up by the constitution. According to the same article, he had to "seek the information and advice of a Council of State, to which the King shall call and appoint capable, experienced, honourable and generally respected native Swedish subjects".[66] The King kept his position as the Commander-in-Chief and he also retained the traditional royal rights of appointment.[67]

The countersignature of a minister (i.e. a member of the Council of State, in Swedish: *Statsråd*) was needed for all administrative acts of the King.[68] It is a very special rule of ministerial responsibility that the members of the *Statsråd* were obliged "to make a vigorous protest" against any unconstitutional decision of the King (Article 9), and "if the King should still insist upon issuing the order it shall be the Minister's right and duty to refuse his countersignature thereto and, as a consequence, to resign from his office which he shall not resume until Parliament has examined and approved his conduct" (Article 38).[69]

Thus, while the King remained irresponsible, the members of the Council of State (according to Articles 5–6, the ministers, including at least three "councillors without portfolio") actually became a kind of safeguards of rule of law, taking the whole responsibility of lawful and proper government. The ministers were considered as the King's advisors, and their "proposals" to the King had to be registered in the minutes of the *Statsråd*.[70] By virtue of Articles 105–106, these minutes could be checked at any time by the constitution committee of the *Riksdag* (the same way as it had been the practice in the Age of Liberty in the 18th century), and if the committee observed an unlawful act, it had the right to instruct the Officer of Justice of the Parliament (the *Justitieombudsman*) to sue the minister held responsible for the improper advice before a special forum of impeachment called the Court of the Realm (*Riksrät*).[71]

Whereas the *Riksrät* established an offense against the constitution, the minister had to leave his office, while in less serious cases of negligent behaviour, Article 107 authorised the court to forward the matter to the parliament that could "humbly ask the King" to dismiss the councillor concerned.[72] The latter rule is interpreted by many as an embryonic version of political responsibility of the members of the cabinet, compared to the general rule of juridical responsibility (impeachment).[73]

The judiciary was not regulated by the Instrument of Government of 1809 in details. According to Article 17, "the judicial power of the King shall be vested […] in the King's Supreme Court".[74] This meant on one hand that the judiciary was not defined as a separate branch, but on the other hand, important guarantees of the independence of court can already be found in some provisions of the *Regeringsform*. The judges were appointed by the King (obviously with countersignature) but they "could not be removed from their posts without due trial and judgment" (Article 36) and "the courts were to decide cases in accordance with laws and statutes" (Article 47).

Olof Petersson underlines with reference to *Caroline Taube* that "the general impression is that the courts were given a weak position in the constitutional system of Sweden", mentioning as well that the King formally continued to have two votes in the

58 Derry, 1965, 492.; Petersson, 2009, 7.; Verney, 1957, 5.
59 Derry, 1965, 492.
60 Herlitz, 1939, 22.; Verney, 1957, 5.
61 Svanstrom, 1934, 320.; Verney, 1957, 1.
62 Bank–Miszler, 2010, 274.; Mezey–Szente, 2003, 304.
63 Kan, 1976, 129. o.
64 Verney, 1957, 5.
65 Herlitz, 1939, 31.; Petersson, 2009, 6.; Verney, 1957, 2.
66 Petersson, 2009, 6. Source of the English text referred to by Olof Pettersson in footnote 3: *The Constitution of Sweden*. Translated by Sarah V. Thorelli, with an introduction by Elis Håstad. The Royal Ministry for Foreign Affairs, Stockholm, 1954.
67 Bank–Miszler, 2010, 273.
68 Verney, 1957, 3.
69 Verney, 1957, 4.
70 Herlitz, 1939, 32.; Orfield, 1953, 260.
71 Herlitz, 1939, 32.; Verney, 1957, 4.
72 Herlitz, 1939, 32.
73 Verney, 1957, 4.
74 Petersson, 2009, 7.

Supreme Court of Sweden until 1909.[75] However, the monarch never enforced such voting rights (as the parliament did not exercise its right deriving from Article 103 to withdraw confidence from Supreme Court judges either).[76] Thus, as it is normal in a constitutional monarchy, the only effective right of the King within the judiciary remained the royal pardon, but this could also be exercised with the countersignature of the competent minister.[77]

The new *Regeringsform* (adopted two decades after the French *Déclaration* of 1789 and the first ten amendments to the U.S. Constitution, the American *Bill of Rights* of 1791) did not contain a charter of fundamental rights, but in some clauses many important rights of Swedish citizens were declared and guaranteed. According to Article 16, "The King shall maintain and further justice and truth"; he (of course, in wider context: the cabinet) "shall not deprive anyone or allow anyone to be deprived of life, honour, personal liberty or well-being, without legal trial and sentence; he shall not deprive anyone or permit anyone to de deprived of any real or personal property with due trial and judgement"; and "he shall not disturb or allow to be disturbed the peace of any person in his home".[78] Furthermore, Article 16 guaranteed the freedom of conscience and religion to everyone, "provided that he does not thereby disturb public order or occasion general offence".[79]

The freedom of the press had had a special position in the Swedish constitutional tradition since the first *Tryckfrihetsförordning* of 1766 enacted by the parliament of the Age of Liberty. Article 86 of the *Regeringsform* also declares the freedom of the press to be respected,[80] but a separate organic act of this matter was issued then in 1810, in line with the above mentioned tradition originated in the 18th century. In its first form it was a liberal regulation (similarly to the act of 1766), but after 1812 limitations were introduced, and an amendment to it made possible the royal authorities to ban and seize political publications in an administrative way.[81]

From the perspective of the European concept of constitutional state, the most important innovation of the *Regeringsform* of 1809 was the establishment of the institution of the *Justitieombudsman* to check the constitutionality and lawfulness of the activity of governmental (and judicial) officers and to initiate a legal procedure against them in case of an unlawful behaviour. This new ombudsman, unlike the one appointed by Charles XII in 1713 for the supervision of royal officers during his exile in Turkey, was a person elected by the parliament and thus it was in whole independent from the executive.[82] With this solution, Sweden has obviously become a model of the constitutional state in Europe.

In many other respects indeed, the Instrument of Government of Sweden of 1809 was quite far from a modern constitution. As *Zoltán Szente* mentions, it was not a breakthrough but rather represented "a transition between the pacta of medieval origin and the written constitutions of the modern era".[83] The source of constitution making was not the sovereignty of the people but the "undersigned estates, counts, barons, bishops, nobles, clergy, burghers and common peasants".[84] According to *Mary Hilson*, "although the new Swedish constitution of 1809 ended absolutism, it was by no means intended as a step towards parliamentary government".[85]

Barnabás Kiss also highlights that the aim was rather to establish a balance between the monarch and the *Riksdag*,[86] or as *Olof Petersson* describes, it meant "a compromise between the two extreme regimes that preceded the dramatic events in 1809. On one hand the founding fathers wanted to avoid the excesses of legislative power that characterized the Age of Liberty. On the other hand they maintained that the new constitution must contain safeguards against a return to the excessive form of executive rule that had been the basic feature of absolute monarchy".[87] *Nils Herlitz*, a former professor of public law at Stockholm University and member of the *Riksdag* (1939–1955), draws a very interesting parallel between the American constitution and the Swedish *Regeringsform* saying that the King as the chief executive and the *Riksdag* as the legislative power "had authority enough to maintain independent positions, but neither was able to subdue the other".[88]

Finally, let us quote the words of founding father *Hans Järta*, secretary of the constitution-drafting committee, about their proposal: "The Committee does not propose any great or spectacular changes in the ancient principles of our constitution. […] It holds further, as is also proved by the example of the freest state in Europe, England, that there can be no greater surety for a nation's public justice and for the personal freedom of the citizens, than these same principles, hallowed by the centuries and strengthened by the national spirit which vitalized them".[89]

Accordingly, the new *Regeringsform* of 1809 can be considered much more as a synthesis of the positive results of Swedish constitutionalism developing since the 17th century than a product of modern constitutional theories. However, it replaced the autocratic royal power emerged after 1789 with the concept of

[75] Petersson, 2009, 7.
[76] Verney, 1957, 2., 5.
[77] Mezey–Szente, 2003, 304.
[78] Petersson, 2009, 19.
[79] Orfield, 1953, 259., 275.; Petersson, 2009, 19.
[80] Bank–Miszler, 2010, 274.; Kan, 1976, 129.; Orfield, 1953, 259.
[81] Kiss, 1991, 174.; Petersson, 2009. 5.
[82] Petersson, 2009, 8.
[83] Mezey–Szente, 2003, 304.
[84] Orfield, 1953, 259.
[85] Hilson, Mary: *The Nordic Model. Scandinavia since 1945.* London, Reaktion Books, 2008, 28. o.
[86] Kiss: i. m., 173. o.
[87] Petersson, 2009, 4.
[88] Herlitz, 1939, 33.
[89] Source of quotation: Svanstrom, 1934, 318–319.

the limited monarchy. Under the circumstances of war when it was prepared, the spirit of the French constitution was far from that of 1791. The freest state of Europe was definitely England, as Järta mentioned, and before the *Great Reform Act* of 1832 the United Kingdom was at least as slow-going with political changes as its Nordic counterpart.

The Norwegian Constitution of 1814

As we already mentioned, Norway had not been an independent kingdom since the formation of the Kalmar Union, and from 1536 (when the Norwegian Council of the Realm was abolished) it was actually governed from Copenhagen by the Danish kings and royal administration, in the period of the aristocratic government (1536–1660) and in the absolute monarchy (after 1660) as well. *Anna Maria Rao* and *Steinar Supphellen* emphasise that on one hand the absence of the old landowning nobility made possible the Danish power elite to acquire important positions in Norway, while on the other hand the Danish kings voluntarily acted many times as the protector of the Norwegian farmers' interests, which two factors could strengthen the links between the Danish central government and the local communities of Norway.[90]

The importance of Norway grew considerably at the times of the Napoleonic wars, and especially after the beginning of the bombardment of Copenhagen in August 1807 by the British Royal Navy. On 24 August a temporary body called Government Commission (*Regjeringskommisjon*) was appointed to Norway that held its first meeting on 1 September 1807.[91] In October a Superior Criminal Court (*Overkriminalret*) was also established in Christiania (Oslo).[92] These were the first separate governmental and judiciary organs of Norway since 1536.

When Russia occupied Finland from Sweden and informally offered Norway to the Swedes as a possible compensation,[93] the Danish diplomacy had to react sensibly. In 1809, when Gustav IV Adolf of Sweden was deposed, seeing that the newly elected King Charles XIII was childless, the Danes first tried to handle the newly emerging conflict by applying for the Swedish Crown with two possible successors, King Frederick VI himself or Prince Christian August of Augustenburg. The latter, who was at the same time the head of the Norwegian *Regjeringskommisjon*, was actually accepted by the Swedish parliament as the Crown Prince of Sweden in July 1809.[94]

On 17 September 1809 Sweden concluded a peace treaty with Russia in Frederikshamn, definitively ceding Finland and Åland Islands to the Russians. In November in Norrköping Denmark and Sweden also agreed in preserving the *status quo ante*.[95] The situation dramatically changed for Denmark with the sudden death of Prince Christian August in May 1810.[96] As the result of a personal initiative of a Swedish delegation in Paris led by *Carl Otto Möller*, Napoleon declared to support that his marshal, *Jean Baptiste Bernadotte* be the successor to the Swedish Crown.[97] Bernadotte, a former Jacobin, was elected by the Riksdag on 21 August 1810, as the "Prince of Ponte Corvo", and the new *Successionsordning* of 1810 extended the succession to his descendants as well.[98] In October he was formally adopted by Charles XIII as Crown Prince Charles John (Carl Johan).[99] By this, all hopes of the Danish diplomacy collapsed: the other candidate would have been the Danish Prince Christian Frederick of Augustenburg.[100]

Bernadotte soon made clear that he would be ready to accept the partnership of Russia as he wishes to "donate" his new country with Norway. In January 1812, he declared neutrality (instead of joining France as he was expected to do by Napoleon).[101] On 5 April 1812 a secret treaty was signed between Sweden and Russia in St. Petersburg, in which Bernadotte renounced any Swedish claim to Finland,[102] while in March next year the alliance between Sweden and England was also concluded. Bernadotte was able to secure in one year the military partnership of Russia and the political support of Britain for the acquisition of Norway.[103] Consequently, in April 1813 he declared war on Denmark. After the defeat of Napoleon in the "Battle of Nations" in Leipzig (October 1813), it became obvious that France could not help Denmark in defending itself, but it was also clear that the Danes had no other option than to stay on Napoleon's side. These two factors led to a complete disaster for Denmark.[104]

In May 1813, Prince Christian Frederick was appointed by King Frederick VI as the viceroy or governor of Norway (*Norges statholder*).[105] At those crucial times, the importance of this old position became higher than ever in the history of the united Nordic kingdom. In December 1813, Sweden and Denmark agreed in the armistice, and – with strong support of Russia and England – the disastrous Treaty of Kiel had to be signed by Denmark on 14/15 January 1814. According to this document,

[90] Rao–Supphellen, 1996, 87.
[91] Elviken, 1931, 376.
[92] Barton, 1986, 264.; Orfield, 1953, 153.
[93] Feldbæk, 2001, 95.
[94] For further analysis of the desperate manouvers of the Danish diplomacy, see Feldbæk, 2001, 99.
[95] Bank–Miszler, 2010, 273.; Barton, 2003, 12.; Kan, 1976, 129–130.; Orfield, 1959, 244.
[96] Bain, 1905, 391.; Barton, 2003, 12.; Derry, 1979, 209.
[97] Bain, 1905, 392.; Bank–Miszler, 2010, 274.; Derry, 1979, 210.; Kan, 1976, 130.
[98] Bain, 1905, 392.; Bank–Miszler, 2010, 274.; Svanstrom, 1934, 323–324.
[99] Barton, 2003, 13.
[100] Barton, 2003, 12.
[101] Barton, 2003, 13.
[102] Barton, 2006, 223.
[103] Barton, 2003, 13–14.
[104] Feldbæk, 2001, 95–96.
[105] In Norwegian: *stattholder* (the author's comment).

Denmark had to cede Norway "to the full possession of Sweden", however it could keep Iceland, Grönland and the Faroe Islands, furthermore as a compensation for the losses Swedish Pomerania was declared to be handed over to Denmark.[106] The treaty also assured that Norway should "comprise a separate realm in union with Sweden".[107]

The Danish King had no constitutional authorisation to sign such a document with any foreign power because the *Kongelov* of 1665 expressly prohibited the King from dividing his realm. On the other hand, the treaty was also in conflict with the norms of the modern international law, as it disposed on the fate of a whole country without the representation of the given nation.[108] With the latter democratic argument (but maybe not forgetting the first, rather absolutistic one either), Prince Christian Frederick decided to appear as the protector of Norwegian national interests.[109]

On 16 February 1814 he had a meeting in Eidsvøld with his friend, the Norwegian ironworks owner and politician *Carsten Anker* and some other persons of important positions in Norway (as an "Assembly of Notables"),[110] and having received their support, on 19 February he declared himself as the Regent of the country.[111] On 2 March 1814 he appointed the first independent cabinet of Norway since the dissolution of the Council of Realm in 1536, and he called for election for a constituent assembly, urging the Norwegians "to defend their autonomy".[112] Carsten Anker, who offered his house in Eidsvøld for the meeting of the convention, was sent to London as a special envoy to negotiate for the cause of the Norwegian independence.[113]

The constituent assembly (*Grunnlovgivende forsamling*) convened on 8–10 April 1814 in Eidsvøld. The 112 members of the convention were elected indirectly, one third of them by and from the peasants.[114] The majority faction of the deputies led by *Christian Magnus Falsen* was definitely in support of the independence of Norway, however there was another group of delegates as well that supported (or, at least, considered inevitable) the union with Sweden.[115] It is worth to mention that this faction, led by Count Herman Wedel-Jarlsberg, one of the two titled noblemen at that time in Norway,[116] accepted a personal union only, but a stronger constitutional relationship with Sweden was not supported by them either.[117] The assembly – by the difference of only one vote – postponed the question of the union and formed a constitution-drafting committee.[118]

The committee presented its report on 16 April, proposing to accept eleven constitutional principles (*grunnsetninger*) first. The convention rejected only one of these (the proposal regarding the establishment of a mandatory military service)[119]. The ten principles accepted by the assembly were the following: (1) Norway shall be a free, independent and indivisible kingdom, and its form of government shall be a limited and hereditary monarchy; (2) the people shall exercise the legislative power through its elected representatives; (3) taxes may only be imposed by the representatives of the people; (4) making war and peace shall remain the power of the Regent [King]; (5) the Regent [King] shall have the right to grant pardon; (6) the judiciary shall be separated from the legislative and executive branches of government; (7) the freedom of speech must be respected; (8) the Evangelical-Lutheran Religion shall be the church of the state, the free exercise of religion will be respected, but the Jews shall be excluded from the Kingdom; (9) the freedom of enterprise shall not be limited; (10) no more privileges can be granted in the future.[120]

From some of the above listed principles (especially number 6 and 10) we can see that the work of the committee (and that of the constituent assembly of Norway in general) was influenced by the Constitution of the United States of America.[121] The committee was actually instructed to study the constitutions of other nations: the Danish *Kongelov* (1665) and the Swedish *Regeringform* (1809), and from the non-Scandinavian countries the Constitution of the United States (1787), the French monarchic constitution of 1791, the fundamental law of Batavian Republic (1798) and the recently adopted "Cadiz Constitution" (1812, Spain).[122] Furthermore, the committee examined the earlier Norwegian drafts prepared before the convocation of the assembly, from which the most important was a constitutional plan written by Christian Magnus Falsen and *Johan Gunder Adler* based on the American constitution.[123] The final version of the Norwegian constitution was different from this plan in many respects, however a considerable part of the latter was utilized.[124]

[106] Barton, 2003, 14.; Kan, 1976, 133.; Orfield, 1959, 11.; Svanstrom, 1934, 329.; Valen–Katz, 1964, 13.
[107] Barton, 2003, 14.; Derry, 1979, 212.
[108] Barton, 2003, 15.; Brækstad, 1905, xi.
[109] Bank–Miszler, 2010, 277.; Derry, 1979, 213.; Kan, 1976, 133–134.
[110] Elviken, 1931, 378.; Tønnesson, 2001, 176.
[111] Rommetvedt, 2003, 1.
[112] Bank–Miszler, 2010, 277.; Barton, 2003, 15.
[113] Derry, 1979, 213.
[114] Elviken, 1931, 379.
[115] Tønnesson, 2001, 176.
[116] Barton, 2003, 15.
[117] Barton 2003, 16..; Derry, 1979, 213.
[118] Kan, 1976, 134.
[119] Storing, 1963, 24.
[120] Storing, 1963, 24.
[121] Helgadottir, 2006, 4.; Valen–Katz, 1964, 13.
[122] Brækstad, 1905, xiv.; Barton, 2003, 16.; Storing, 1963, 24.; Tønnesson, 2001, 179.
[123] Helgadottir, 2006, 4.
[124] Storing, 1963, 24–25.

The debate on the constitution at the assembly began on 4 May 1814, but as the delegates were informed that Prince Charles John (Bernadotte) would soon return from France, it only lasted for one week. The final wording was edited by a special committee and adopted by the constituent assembly on 16 May. Next day the Constitution of the Kingdom of Norway (*Kongeriket Norges Grunnlov*) was solemnly signed by the members of the convention.[125] Prince Christian Frederick was elected on the same day as the new King of Norway, and he swore the oath to the *Grunnlov* on 19 May 1814.[126] As *Zoltán Szente* remarks, such sudden steps were an "escape forward". After many centuries of dependency from Denmark, the Norwegians were under the threat that their country would be simply incorporated into Sweden, losing even the limited autonomy they had enjoyed before.[127]

The Eidsvøld Constitution established first of all (in Clause 1) that "the Kingdom of Norway is a free, independent and indivisible Realm" and "its form of government is a limited and hereditary monarchy".[128] The principles of sovereignty of the people (Clause 49: "the people shall exercise the legislative power at the national assembly") and separation of powers was also declared.[129] These were considerable steps forward compared not only to the concept of undivided sovereignty of the *Kongelov*, but to the wording of the Swedish *Regeringsform* of 1809 as well.

Unlike the latter, the Norwegian constitution dealt with the parliament in a very detailed way, including the regulation of voting rights and the election process as well. According to Clause 50, every Norwegian (male) citizen who were at least 25 years old and had been settled in Norway for at least five years could take part at the elections, provided that he was or had been employed in any public office; or had a land possession (by ownership or lease) in the countryside or a house (or other valuable real property) in a town. Those were quite strict rules, mainly borrowed from the French constitution of 1791,[130] however it is important to remark that the franchise in England was even narrower at that time (two decades before the Great Reform Act of 1832) and that, as we mentioned earlier, the Swedish *Riksdagsordning* of 1810 did not turned the old Swedish diet to a body of people's sovereignty at all.

The newly established Norwegian parliament was called *Storting* ("Great Assembly"), and was consisting altogether of 117 members.[131] According to *Zoltán Szente*, the internal structure of the *Storting* was "a kind of transition between the unicameral and bicameral parliaments",[132] since it had to divide itself to two sections: one fourth of the members formed the *Lagting* (literally "Assembly of the Law", acting like an upper house), while the rest remained in the "lower house" called *Odelsting* ("Assembly of Freeholders").[133]

In the law-making process, the two "houses" usually had their sessions separately, while their common meeting can be called "the Great Assembly" (*Storting*). The King had no influence on the above mentioned internal separation or on the working of the parliament in general.[134] Every bill had to be presented to and first approved by the *Odelsting*. The *Lagting* had the "right to confirm" which meant that if it could accept the bill or send it back to the *Odelsting* with its objections. If the same bill was sent back by the *Lagting* the second time, a common session had to be held where two thirds of the votes were needed for the passing of the bill (Clause 76).[135]

When the bill was confirmed by the *Lagting* (or adopted by the *Storting* at a common session), it had to be sent to the King for signature. However, the King did not have an absolute veto. Similarly to the *Lagting*, he could send the bill back to the parliament only twice. After the third approval, the law was automatically passed, without a royal sanction (Clause 79). Thus, the King's veto was suspensive only,[136] however, as *Hans L. Brækstad* emphasises, the monarch could postpone the adoption of a law in extreme cases also for nine years (as the parliament was elected for three-year periods).[137]

By virtue of the *Grunnlov*, the King was not granted with the power of dissolution. However, the limited role of the King in the legislative does not mean the formation of an early parliamentary monarchy, it rather reflects the pure concept of separation of powers known from the Constitution of the United States (where the President and the Congress can act independently from each other).[138] According to the same concept, the Norwegian constitution prevented the cabinet members and the judges to be elected to the *Storting* (Clause 62).

The King could exercise the executive power through the prime minister and the ministers (i.e. members of the Council of State, in Norwegian *Statsraad*). By virtue of Clause 35, "all ordinances and official letters issued by the King" had to be countersigned by the member of the Council responsible for the given matter. By the countersignature, the minister assumed responsibility for the decision: Clause 4 said that "the King's

[125] Bank–Miszler, 2010, 278.; Brækstad, 1905, xi.; Kan, 1976, 134.; Rommetvedt, 2003, 2.; Storing, 1963, 25.
[126] Bank–Miszler, 2010, 278.; Barton, 2003, 16.; Brækstad, 1905, xi.; Kan, 1976, 134.; Orfield, 1953, 154.
[127] Mezey–Szente, 2003, 305.
[128] The original text of the Constitution was published in English translation in 1814 (*The Constitution of the Kingdom of Norway*. Ed.: Lehmann, Jacob. Christiania, 1814), and can be downloaded from http://en.wikisource. org/wiki/The_Constitution_of_the_Kingdom_of_Norway
[129] Einhorn–Logue, 2003, 57.
[130] Tønnesson, 2001, 182.
[131] Brækstad, 1905, xiv.
[132] Mezey–Szente, 2003, 306.
[133] Bain, 1905, 396.; Bank–Miszler, 2010, 278.; Brækstad, 1905, xv.
[134] Brækstad, 1905, xv–xvi.
[135] Brækstad, 1905, xvi.; Tønnesson, 2001, 182.
[136] Bain, 1905, 397.; Bank–Miszler, 2010, 278.; Mezey–Szente, 2003, 306.
[137] Brækstad, 1905, xvii.
[138] Helgadottir, 2006, 5.; Valen–Katz, 1964, 13.

person is sacred, he cannot be blamed, nor accused. The responsibility is incumbent on his council". The members of the cabinet could be removed from their office upon the accusation of the *Odelsting* (similarly to the regulation of impeachment in the U.S. Constitution), but it was not the upper house (*Lagting*) as in the United States but a separate court called the Court of the Realm (*Rigsret*) that had the right to decide if the minister had committed a breach of law (in a very similar regulation to what we could see in the Swedish constitution concerning the procedure of the *Riksrät*).

Again similarly to the Constitution of the United States, according to Clause 89 of the *Grunnlov* the judiciary was vested on the highest level in the Supreme Court of Norway (*Høiesteret*), to be established "as soon as possible" and consisting of a chairman (chief judge) and at least six members. An interesting rule in the Norwegian constitution was set down in Clause 84: the *Storting* could turn at any time to the Supreme Court for assistance "concerning matters of law". *Lester B. Orfield* remarks in his book on the history of the Scandinavian law that this clause can be interpreted as a special kind of a preliminary judicial review of laws.[139]

According to *Kåre Tønnesson*, an important difference between the Norwegian and the French constitutions is "the absence of an introductory declaration of rights".[140] However, the fundamental rights of citizens were regulated in the Norwegian constitution as well, in the last chapter on general rules (Section E), in a fairly detailed manner.[141] Practically all of the important legal and procedural guarantees were declared: according to Clause 96 "Nobody may be judged but by virtue of a law, or be punished but pursuant to a judgment. Torture must not be inflicted". By virtue of Clause 97 "no law must be retroactive", according to Clause 102 "Inquiries in private houses are not permitted, unless in criminal cases".

Among the liberties, the "entire freedom of the press" (Clause 100) and the freedom of trade (Clause 101) were established. Maybe the only liberty where the regulation is questionable was the freedom of religion. In line with one of the principles accepted at the beginning of the meeting of the constituent assembly, Clause 2 of the *Grunnlov* said that the "The Evangelical-Lutheran Religion shall be maintained and constitute the established Church of the Kingdom". According to Clause 93, in state offices only citizens professing this religion could be employed. Clause 2 declared intolerance against "Jesuits and Monastic orders" and established that "Jews are furthermore excluded from the Kingdom". The exclusion clause against the Jews had been in force until 1851,[142] while the intolerance against the Jesuits astonishingly remained in the constitution until 1962 (the Monastic orders were freed from intolerance in a constitutional amendment adopted in 1897).

With those (and many other) modifications the *Grunnlov* is still in effect, so today it is considered by many as the oldest constitutional charter in Europe.[143] According to the Russian born historian *Aleksander S. Kan*, who immigrated to Sweden in 1987 and has been a Swedish citizen since 1992, but wrote his famous book on the history of the Scandinavian history in the Soviet era, the *Grunnlov* was "very liberal" and counted as "the most democratic constitution in Europe at the time of the Holy Alliance".[144] *Zoltán Szente* also emphasises that it gave "an early example of a constitutional monarchy determined on the basis of the sovereignty of the people".[145]

The constitution of 1814 was indeed influenced by Montesquieu's and Locke's thoughts on the necessity of separation of powers, and by Rousseau's view on popular sovereignty as well (according to *Andreas Elviken*, the latter was strongly connected to the idea of national independence).[146] As *Frede Castberg* emphasises in his book on the public law of Norway (*Norges statsforfatning*, Oslo, 1947), from legal point of view these thoughts of the Enlightenment were primarily reflected in the institution of the King's suspensive veto[147] The wording of the relevant clause in the Grunnlov is the reception of the relating rule of the French revolutionary constitution of 1791.[148]

In the given circumstances the new constitution suddenly had to face difficulties, and especially so had the newly elected King of Norway, Christian Frederick. All efforts for the recognition of the new Norwegian state failed: on 30 June 1814 the international powers (England, Russia, Austria and Prussia) warned Norway in a common memorandum to respect the provisions of the Treaty of Kiel,[149] and thus Sweden took courage to enforce the treaty by weapons, refusing Christian Frederick's offer regarding his resignation if Sweden accepts Norway as an independent realm.[150] It was clear already in the very beginning that the Norwegians had no chance to stand up successfully against Bernadotte's army of 40,000 troops.[151]

The armistice was concluded on 14 August 1814 at the Convention of Moss.[152] Christian Frederick had to leave the country, while Charles John finally agreed to respect the Eidsvøld

[139] Orfield, 1953, 174.
[140] Tønnesson, 2001, 183.
[141] Einhorn–Logue, 2003, 57.
[142] For a detailed analysis of the exclusion clause see: Abrahamsen, 1968.
[143] Einhorn–Logue, 2003, 57.
[144] Kan, 1976, 135.
[145] Mezey–Szente, 2003, 306.
[146] Elviken, 1931, 381.
[147] Storing, 1963, 25.
[148] Mezey–Szente, 2003, 306.
[149] Orfield, 1953, 154.
[150] Barton, 2003, 17.; Barton, 2006, 222.
[151] Kan, 1976, 135.
[152] Barton, 2006, 222.; Elviken, 1931, 381.; Orfield, 1953, 154.

constitution, but some of its provisions had to be harmonised with the Treaty of Kiel.[153] On 20 October 1814 the *Storting* approved the personal union between Sweden and Norway and, consequently, amended the constitution the first time since the adoption thereof (among other matters it was established that three Norwegian ministers should assist the King in Stockholm in running of the Norwegian affairs).[154] It is important to mention, as *Andreas Elviken* also highlights, that Clause 1 on the independence of Norway remained unchanged.[155]

On 4 November 1814 Charles XIII of Sweden was elected as the King of Norway, and in the following year the so called "Act on the Realm" (in Swedish: *Riksakt*, in Norwegian: *Rigsakt*, more precisely to be called the act on the union) was adopted by both parliaments (i.e. by the *Riksdag* and the *Storting*).[156] The *Rigsakt* declared the equality of the two countries, however the autonomy of Norway in foreign affairs became limited because of the prerogatives of the King in diplomacy.[157]

Both parties were thus dissatisfied: the Swedes had trusted earlier to a much tighter constitutional relationship,[158] while the Norwegians were also discontent with the developments as their national aim was to win back the total independence of their country (lost at the end of the 14th century by entering the Kalmar union).[159] Instead of this a very special inter-state connection was constituted and lasted until the dissolution of the union in 1905, that was, as it has to be mentioned in a study written by a Hungarian legal historian, in many respects reminiscent of the dual monarchy of Austria–Hungary (1867–1918).[160]

The Danish constitution of 1849 (Junigrundlov)

As the Peace of Roskilde of 1658 (the loss of Scania and many other provinces in favour of Sweden) had led to the collapse of the aristocratic government and to the establishment of the absolute monarchy in 1660, the Peace of Kiel of 1814 (the loss of Norway in favour of the same old rivals) undermined the system of royal absolutism. At the end of the Napoleonic wars, Denmark found itself in a deep economic crisis: the currency had to be devaluated and taxes to be increased.[161] Bankruptcy of the state was avoided by exchanging Swedish Pomerania shortly after the Peace of Kiel to the much smaller territory of Lauenburg with Prussia, for which a considerable pecuniary compensation was received from the Prussians.[162] Thanks to such manoeuvres, the old absolutistic government still could delay political changes for almost two decades.

After the French revolution of 1830, King Frederick VI issued an ordinance following the Prussian example. In the decree of 28 May 1831 he made possible to the people of Danish provinces to form consultative assemblies (*provinsialstænderforsamlinger*).[163] The assemblies had no power to decide or to participate at governmental decisions, they were only authorised to give opinion to the King and to the royal administration. Therefore are these organs called *rådgivende forsamlinger* ("advisory assemblies") in the Danish constitutional history. They have indeed importance in the political history of Denmark, because since ages the opposition (now the national liberals) could the first time express their views.[164]

Frederick VI died in 1839 and was succeeded by his nephew, Prince Christian Frederick, the same person who had been, for a short period, a constitutionally limited monarch in Norway, having taken his oath to the Norwegian *Grunnlov*. Despite these personal experiences, the former Norwegian king in his first years of reign as Christian VIII of Denmark did not support any material change in the Danish system of government.[165] His approach changed only at the end of the 1840's, shortly before his death, when in 1847 he called upon the moderate liberal lawyer, *Peter Georg Bang* to prepare a draft for a new constitution.[166] On 20 January 1848 he died of sepsis at the age of 62, and his forty year old son succeeded to the throne as Frederick VII, who expressed his dedication to carry on his father's reforms, introducing a constitutional government in Denmark.[167]

On 28 January 1848 the new king issued a declaration drafted by *Carl Moltke* concerning the framework of the new government.[168] According to this document (*Forfatningsreskript*), the provincial consultative assemblies would be supplemented by a national legislative assembly, basically a common parliament of Denmark and the duchies of Slesvig and Holsten based on equal representation of these two parts of the realm.[169] This proposal was divisive. The moderates were content to see the preview of a future constitutional monarchy, however the national liberals were against the tendency of forming one nation

[153] Bank–Miszler, 2010, 278.; Brækstad, 1905, xii.; Helgadottir, 2006, 5.
[154] Brækstad, 1905, xxi.; Derry, 1979, 218.
[155] Elviken, 1931, 382.
[156] Barton, 2003, 18.; Barton, 2006, 222.; Kan, 1976, 136.; Orfield, 1953, 154. and 245.
[157] Holmøyvik, 2005, 139–140.; Valen–Katz, 1964, 13.
[158] Brækstad, 1905, xiii.
[159] Elviken, 1931, 381.
[160] For more details on the Swedish–Norwegian union, primarily see Holmøyvik, 2005 (who provides the reader with a comprehensive analysis from the point of view of international law), and for a contemporary view see e.g. Aall–Gjelsvik, 1912 and Nansen, 1905.
[161] Képes, 2009, 87.; Lauring, 1960, 206.
[162] Jones, 1986, 28.
[163] Bain, 1905, 418.; Bank–Miszler, 2010, 269.; Kan, 1976, 142.; Képes, 2009, 89.; Knudsen–Rothstein, 1994, 214.; Nordstrom, 2000, 214.; Orfield, 1953, 22.; Schou, 1988, 171.
[164] Bohn, 2001, 95.; Jespersen, 2004, 63.; Jones, 1986, 31.; Képes, 2009, 89.; Miller, 1968, 32.
[165] Bain, 2001, 419.; Bank–Miszler, 2010, 269.; Jones, 1986, 31.; Képes, 2009, 94.
[166] Jones, 1986, 36.; Képes, 2009, 94.; Miller, 1968, 32.; Orfield, 1953, 23.
[167] Frandsen, 2001, 295.
[168] Jones, 1986, 36.
[169] Goos–Larsen, 1913, 3.

state from Denmark and the duchies.[170] The Danish nationalists (the *Ejder-Danes*) wanted to preserve Slesvig as an integral part of Denmark and leave Holsten out of the monarchy, while the Germans intended to establish an own constitution for the two duchies (Schleswig–Holstein) outside the Kingdom of Denmark. We may still agree with *Steen Bo Frandsen* who says "if this revolution had not appeared only a few weeks before the revolutionary disruption in Europe, Danish history might have taken a different course".[171]

At the beginning of February 1848, three men of the King's confidence, Carl Moltke, Peter Georg Bang and *Anders Sandøe Ørsted* was engaged to prepare a draft constitution. They set up the following principles: liberties to be guaranteed, all privileges to be abolished and accountability of the government to be established. However, according to their idea, the ministers would not be responsible to the parliament but to the Supreme Court.[172] Unlike in Sweden, parliamentarianism had no tradition in Denmark at all at that time.

After the revolutionary events in France in February 1848, the tension between the Danish and German (Schleswig–Holstein) national liberals became even sharper.[173] On 4 March Frederick VII issued a statement making clear that he would not accept and, legally, he would not even be allowed to accept the claim of the Germans that a separate constitution be granted to the duchies within the framework of the German Confederation (i.e. independently from Denmark). After the revolutions in Vienna and Berlin, the "Ejder-Danes" had a meeting on 20 March 1848, and confirmed their demand for a Danish nation-state constitution extending to Slesvig (in German: Schleswig) as well. At the same time, they also demanded the royal cabinet to be dismissed.[174]

The next day there was a mass demonstration in Copenhagen and the aforementioned demands were presented to the King, who replied that he had already dissolved his cabinet that would be replaced by a responsible government, as from now on he considered himself a "constitutional monarch".[175] Frederick VII understandably tried to appoint rather a moderate politician to the prime minister's position. Finally, one of the members of the previous cabinet, *Adam Wilhelm Moltke* assumed this responsibility, offering portfolio to the national liberals as well.[176] On 24 March, the new government abolished all administrative restrictions of the freedom of the press,[177] and declared by the King's consent that a constituent assembly would be summoned.[178]

Thus, unlike in many other European countries, the 1848 revolution went through bloodlessly – with *Knud J. V. Jespersen*'s words, the Danish liberal revolution was "peaceful, almost cordial".[179] In June 1848, one of the members of the new cabinet, the minister of culture *Ditlev Gothard Monrad* prepared a draft of a democratic constitution for Denmark, especially on the basis of the famous Belgian constitution of 1831 and partially the Norwegian *Grunnlov* of 1814.[180] Monrad's plan was approved by the government with some corrections in conservative direction.[181]

On 6 July 1848, Frederick VII issued a regulation called *Valglov* (Election Act) on the election of a constituent assembly. By virtue of this royal decree (also prepared by D. G. Monrad) all Danish male citizens could vote who were at least 30 year old and had no public debt.[182] 114 deputies were elected in the Kingdom of Denmark, while 31 "founding fathers" would have been elected in Slesvig, but this was finally prevented by the civil war broken out in March. The elections were held on 5 October, and the Constituent Assembly of the Realm (*Grundlovgivende Rigsforsamling*) convened in Copenhagen on 23 October 1848. The deputies elected by the people were supplemented by 38 royal appointees. Together with the latters, the conservatives were able to gain a slight majority.

Because of the Slesvig conflict of war, the assembly could only start the negotiations on Monrad's plan in February 1849. The debates lasted until the end of May next year, the session was closed on 25 May 1849. The Constitutional Act of the Kingdom of Denmark (*Danmarks Riges Grundlov*), consisting of a brief preamble, eight chapters (marked with Roman numerals) and the closing provisions, was signed by Frederick VII on 5 June 1849.[183]

According to the three sections of Chapter I, the form of government of Denmark is a limited and hereditary monarchy (Section 1) where the powers are separated (Section 2), and the Evangelical-Lutheran Church shall be the national church of Denmark (*Folkekirke*) that shall be supported by the state. Compared to the Norwegian constitution of 1814, there has not been any "intolerance clause" in the Danish constitution since the very beginning.[184]

After 189 years without a national parliament, the *Grundlov* established a bicameral legislative body called *Rigsdag* (as it had been called last time in the autumn of 1660). The lower house was named *Folketing* ("National Assembly") and the upper house *Landsting* (bearing the name of the traditional provincial assemblies

[170] Frandsen, 2001, 296.; Képes, 2009, 95.; Pedersen, 1965, 30.
[171] Frandsen, 2001, 296.
[172] Frandsen, 2001, 297.; Képes, 2009, 96.
[173] Frandsen, 2001, 297–298.; Képes, 2009, 97.
[174] Bank–Miszler, 2010, 269.; Jespersen, 2004, 59.; Képes, 2009, 97–98.
[175] Frandsen, 2001, 289.; Jespersen, 2004, 59.; Miller, 1968, 32.
[176] Jespersen, 2004, 60.; Képes, 2009, 98.; Pedersen, 1965, 31.
[177] Kan, 1976, 117.; Képes, 2009, 99.
[178] Kan, 1976, 145.
[179] Jespersen, 2004, 60.
[180] Pedersen, 1965, 32.
[181] Kiss, 1992, 6–7.; Miller, 1968, 33.; Orfield, 1953, 23.
[182] Képes, 2009, 100.; Miller, 1968, 32.
[183] Bain, 1905, 423.; Bank–Miszler, 2010, 269.; Jespersen, 2004, 61.; Kan, 1976, 146.; Képes, 2009, 101.; Orfield, 1953, 23.
[184] Képes, 2009, 102.

that had lost their legislative function as early as at the end of the 13th century).[185] The *Rigsdag* had to be summoned by the King at least once in each year. He also had the right of prorogation and dissolution, however could not adjourn the session for more than two months, or for more than once in a year without the consent of the parliament.

For being passed, a bill had to be accepted by both houses with the same wording (Section 57). In case of disagreement between the houses of the parliament, a "conciliatory committee" could be established, however the voting was to be held always separately. Bills could be presented to either of the houses, except for the budget that had to be negotiated in the *Folketing* first (Section 52). The King had an absolute veto: his signature was needed for all laws to be adopted. In periods when the *Rigsdag* had no sessions, the King also had the right to issue "temporary laws" but these had to be in line with the constitution and at the next session of the parliament they had to be approved.[186]

According to the *Grundlov*, suffrage was extended to all Danish male citizens of good reputation and of capacity who were at least of 30 years of age, except domestic servants and persons actually receiving poor relief.[187] This was a very liberal regulation: about 15% of the Danish population was granted with franchise.[188] The election to the *Folketing* was direct, while to the members of the *Landsting* were elected indirectly: the people voted for electors (*valgmand*s) and the latters elected the members of the upper house from male citizens of at least of 40 years of age who met the serious financial qualifications set up by the constitution (at least 200 *rigsdalers* tax payment per year or 1,200 *rigsdalers* annual income). As *Byron J. Nordstrom* remarks, "these requirements ensured that the *Landsting* would be a conservative chamber acting as a brake on any *Folketing* radicalism".[189]

The Danish constitution of 1849 vested the executive power in the King,[190] whose person was defined as "not answerable" and "sacrosanct". For the conduct of government, only the ministers appointed by the King were responsible (Section 18). The King's resolutions were valid with the countersignature of a minister. According to Section 19, the minister who signed a resolution shall be responsible for it.[191] Similarly to the rules of other contemporary constitutional monarchies, this was still a legal responsibility: the lower house of the parliament had the right to accuse the minister and the judgment could be made by the Court of the Realm (*Rigsret*) – the same process as the one established by the Norwegian constitution –, the half of the judges thereof were to be elected from the members of the *Landsting*, while the other half from the judges of the provincial courts of appeals.

The King was the commander-in-chief with the power of making war and peace, and he was the highest representative of the country authorised to enter into international alliances and commercial treaties. Further to the countersignature, an important limit of the royal powers was that, except with the consent of the *Rigsdag*, he was not entitled to cede any territory of the realm and to enter into any obligation encumbering the state treasury.[192]

Relating to the judiciary, the *Grundlov* declared the separation of the courts from the public administration (Section 76) and established the guarantees of their independence. According to Section 78, "judges shall be governed solely by the law", they shall not be dismissed until the age of sixty-five, "nor shall they be transferred against their will, except in such cases where a rearrangement of the courts of justice is made". In the judiciary the King preserved only the prerogative of mercy and amnesty, but for pardoning for sentences made by the Court of the Realm (impeachment) the consent of the *Folketing* was also needed.[193]

The constitution of June 1849 was very liberal in the field of fundamental rights as well, even if we compare it to the Norwegian *Grunnlov*. The most significant difference is the manner how the question of the freedom of religion was regulated. As we already mentioned, Section 3 of the Danish constitution also declared the preferred status of the Evangelical-Lutheran Church, but no religious group or organisation was excluded from the country. Furthermore, Section 81 expressly guaranteed that everyone could exercise his religion according to his own conscience and traditions, provided that the public moral and order shall not be infringed. By virtue of Section 84, no one could be "deprived of access to complete enjoyment of his civic and political rights" for the reason of his creed.[194]

The *Junigrundlov* („June constitution") abolished all noble titles and privileges and provided the Danish citizens with almost all known fundamental rights, from the procedural guarantees and freedom of property to the freedom to assemble and that of the press. Section 91 declared that "any person shall be entitled to publish his thoughts in printing, in writing and in speech" and that "censorship and other preventive measures shall never again be introduced".[195] A speciality of the Danish constitution was that it reinforced the economic and social rights of the citizen guaranteed in the exemplary laws of the era of the enlightened absolutism: the obligation of the state to look after the indigent and to provide the children of the poor with "free instruction in the elementary schools".[196]

[185] Képes, 2009, 24.
[186] Képes, 2009, 104.
[187] Bank–Miszler, 2010, 269.; Képes, 2009, 104.; Orfield, 1953, 24.
[188] Nordstrom, 2000, 215.
[189] Nordstrom, 2000, 215.
[190] Mezey–Szente, 2003, 363.
[191] Képes, 2009, 103.
[192] Képes, 2009, 103.
[193] Képes, 2009, 104.
[194] Képes, 2009, 107.; Mezey–Szente, 2003, 363.; Orfield, 1953, 29.
[195] Képes, 2009, 108.; Orfield, 1953, 24.
[196] Bank–Miszler, 2010, 269.; Képes, 2009, 108.

If we take such clauses in consideration, or simply look at the extent of the suffrage, the parliamentary rights or the guarantees of separation of powers, we can see that the *Grundlov* was well ahead of its time in many important aspects. According to *Henning K. Friis,* it was reasonably called a "radical constitution";[197] while *Knud J. V. Jespersen* highlights that, "compared to the constitutions of many other countries, that of Denmark was very democratic".[198] According to *Aleksander S. Kan*, it was "one of the most progressive" constitution of its time;[199] while the Hungarian constitutional lawyer *Barnabás Kiss* underlines that it "endeavoured to provide a precise and systematic regulation" in the field of fundamental rights.[200]

Conclusion

As we could see in the first part of this study, the Swedish *Regeringsform* of 1809 was a delayed product of early modern parliamentary thought that tried to define the concept of limited monarchy in the relation of the Diet and the King. The Norwegian *Grunnlov* adopted five years later was much more advanced: it actually created a modern form of government that can be called constitutional monarchy, and at the same time it was strongly influenced by the American constitutional idea of clear separation of powers. The Danish *Grundlov* of 1849 is the product of a new era, as it can be seen in its provisions on the voting rights or on the economic and social rights of the citizen.

All three constitutions represent the tradition of written constitutional charters of the Nordic countries. The *Regeringsform* remained in force until 1 January 1975, when it has been replaced with the new constitution adopted in 1974. In the meantime, with the Riksdagsordning of 1866, the structure of the Swedish parliament was changed to a modern bicameral legislative body, similar to the contemporary Danish example. In Denmark, new constitutional charters were adopted in 1866, 1915, 1920 and 1953. In this sense, the present constitution of Denmark is only 60 years old, however – as *Peter Germer* remarks – "most of the provisions of the constitution of 1849 have been left unchanged".[201]

Norway seems to be even more proud of its constitutional traditions: the *Grunnlov* is officially still in effect, and is often referred to as the oldest written constitution in Europe. If we take San Marino as well in consideration with its constitution dating back to 1600, this statement may not be correct, however, Norway actually has the oldest modern, nation-state constitutional charter. Thus, in 2014 the Norwegians can proudly celebrate the Bicentenary: most of its clauses could stand the test of time for two stormy centuries.

Bibliography

Aall, Anathon – Gjelsvik, Nikolaus: *Die norwegisch–schwedische Union: ihr Bestehen und ihre Lösung*. Verlag von M. & H. Marcus, Breslau, 1912.

Abrahamsen, Samuel: *The Exclusion Clause of Jews in the Norwegian Constitution of May 17, 1814*. In: Jewish Social Studies, Vol. 30. (1968) 2., 67–88. pp.

Arnáson, Agust Thorn: *The Good State or the Constitutional Innocents of the Nordic Societies*. In: Constitutionalism – New Challenges. European Law from a Nordic Perspective. The Raoul Wallenberg Istitute Human Rights Library, Vol. 31. Ed.: Nergelius, Joachim. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston, 2008, 155–160. pp.

Bain, Robert Nisbet: Scandinavia. *A Political History of Denmark, Norway and Sweden from 1513 to 1900*. Cambridge University Press, Cambridge, 1905.

Bank Barbara – Miszler Tamás: *A skandináv államok története*. [An History of the Scandivavian Countries.] In: A hosszú 19. század rövid története. [A Short History of the Long 19th Century.] Ed.: Bebesi György. Pécsi Tudományegyetem, Pécs, 2010, 268–286. pp.

Barton, H. Arnold: *Essays on Scandinavian History*. Southern Illinois University Press, Carbondale, 2009.

Barton, H. Arnold: *Finland and Norway, 1808–1917*. In: Scandinavian Journal of History. Vol. 31. (2006) 3–4., 221–236. pp.

Barton, H. Arnold: *Gustav III of Sweden and the Enlightenment*. In: Eighteenth Century Studies. Vol. 6. (1972) 1., 1–34. pp.

Barton, H. Arnold: *Scandinavia in the Revolutionary Era*. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1986.

Barton, H. Arnold: *Sweden and Visions of Norway. Politics and Culture, 1814–1905*. Carbondale–Edwardsville, Southern Illinois University Press, 2003.

Bellquist, Erik Cyril: *The Five Hundredth Anniversary of the Swedish Riksdag*. In: The American Political Science Review. Vol. 29. (1935) 5, 857–865. pp.

[197] Friis, 1950, 3.
[198] Jespersen, 2004, 61.
[199] Kan, 1976, 146.
[200] Kiss, 1992, 7.
[201] Germer, 1999, 1.

Bohn, Robert: *Dänische Geschichte*. Verlag C.H. Beck, München, 2001.

Brækstad, Hans L.: *The Constitution of the Kingdom of Norway*. London, Ballantyne, Hanson & Co., 1905.

Bregnsbo, Michael: *The Scandinavian Kingdoms*. In: *A Companion to Eighteenth-Century Europe*. [Chapter XVII.] Ed.: Wilson, Peter H. Blackwell Publishing, Oxford, 2008, 276–288. pp.

Derry, Thomas Kingston: *A History of Scandinavia: Norway, Sweden, Denmark, Finland and Iceland*. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1979.

Derry, Thomas Kingston: *Scandinavia*. In: *The New Cambridge Modern History.* [Chapter XVII/B.] Ed.: Crawley, C. W. Cambridge University Press, Cambridge, 1965, 480–494. pp.

Einhorn, Eric S. – Logue, John: *Modern Welfare States. Scandinavian Politics and Policy in the Global Age*. Westport–London, Praeger, 2003.

Ekman, Ernst: *The Danish Royal Law of 1665*. In: The Journal of Modern History. Vol. 29. (1957) 2., 102–107. pp.

Ertman, Thomas: *Birth of the Leviathan. Building States and Regimes in Medieval and Early Modern Europe*. Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

Elviken, Andres: *The Genesis of Norwegian Nationalism*. In: The Journal of Modern History. Vol. 3. (1931) 3., 365–391. pp.

Feldbæk, Ole: *Denmark in the Napoleonic Wars. A Foreign Policy Survey*. In: Scandinavian Journal of History. Vol. 26. (2001) 2., 89–101. pp.

Frandsen, Steen Bo: *Denmark 1848. The Victory of Democracy and the Shattering of the Conglomerate State*. In: Europe in 1848. Revolution and Reform. Ed.: Dowe, Dieter – Haupt, Heinz-Gerhard – Langewiesche, Dieter – Sperber, Jonathan. Berghahn Books, New York – Oxford, 2001, 289–312. pp.

Friis, Henning K.: *Scandinavian Democracy*. In: Scandinavia, between East and West. Ed.: Friis, Henning K. Cornell University Press, Ithaca, 1950.

Germer, Peter: *The Danish Constitution – 150 Years*. Royal Danish Ministry of Foreign Affairs, Copenhagen, 1999.

Goos, C. – Larsen, Henrik: *Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark.* Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1913.

Gustafsson, Harald: *Conglomerates or Unitary States? Integration Processes in Early Modern Denmark–Norway and Sweden*. In: *Föderationsmodelle und Unionsstrukturen. Über Staatenverbindungen in der frühen Neuzeit vom 15. zum 18. Jahrhundert*. Ed.: Fröschl, Thomas. R. Oldenbourg Verlag, München, 1994, 45–62. pp.

Helgadottir, Ragnhildur: *The Influence of American Thought on Nordic Constitutions*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston, 2006.

Herlitz, Nils: *Sweden. A Modern Democracy on Ancient Foundations*. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1939.

Hilson, Mary: *The Nordic Model. Scandinavia since 1945*. Reaktion Books, London, 2008.

Holmøyvik, Eirik: *The theory of sovereignty and the Swedish-Norwegian union of 1814*. In: Journal of the History of International Law. Vol. 7. (2005) 2., 137–156. pp.

Iuul, Stig: *The Danish Supreme Court through 300 Years*. In: Scandinavian Studies in Law. Vol. 6. (1962), 163–183. pp.

Jägerskiöld, Stig: *Tyrannicide and the Right of Resistance, 1792–1809. A Study on J. J. Anckarström*. In: Scandinavian Studies in Law. Vol. 69. (1964) 8., 67–103. pp.

Jespersen, Knud J. V.: *A History of Denmark*. Palgrave MacMillan, New York, 2004.

Johansen, Jens Chr. V.: *Absolutism and the 'Rule of Law' in Denmark, 1660–c. 1750*. In: The Journal of Legal History. Vol. 27. (2006) 2., 153–173. pp.

Jones, W. Glyn: *Denmark: a Modern History*. Croom Helm, London, 1986.

Kan, Aleksander S.: *A skandináv országok története*. [An History of the Scandinavian Countries.] Kossuth Könyvkiadó, Budapest, 1976.

Kaspersen, Lars Bo: *How Denmark became democratic. The Impact of Warfare and Military Reforms*. In: Acta Sociologica. Vol. 47. (2004) 1., 71–89. pp.

Képes, György: *A dán példa: abszolutizmus az elmélettől a gyakorlatig*. [The Danish Example: Absolutism from the Theory to the Practice.] In: Az abszolút monarchia. [The Absolute Monarchy.] Ed.: Képes György. Gondolat Kiadó, Budapest, 2011, 136–168. pp.

Képes, György: *Dánia alkotmánytörténete a 13. századtól napjainkig*. [The Constitutional History of Denmark from the 13th Century to Our Time.] Gondolat Kiadó, Budapest, 2009.

Képes, György: *Svédország alkotmánya és közigazgatása Gustav Vasától XII. Károlyig (1523–1718)*. [The Constitution and Public Administration of Sweden from Gustav Vasa to Charles XII (1523–1718).] In: Jogtörténeti szemle (2011) 3., 29–40. pp.

Kiss, Barnabás: *A svéd alkotmányfejlődés főbb elemei*. [Main Elements of the Swedish Constitutional History.] In: Acta Universitatis Szegediensis de Attila József Nominatae – Acta Iuridica et Politica. Tom. 40. (1991) 11., 167–177. pp.

Kiss, Barnabás (ed.): *Észak-Európa alkotmányai*. [The Constitutions of Northern Europe.] MTA Államtudományi Kutatóközpont, Budapest, 1992.

Knudsen, Tim – Rothstein, Bo: *State Building in Scandinavia*. In: Comparative Politics. Vol. 26. (1994) 2., 203–220. pp.

Lauring, Palle: *A History of the Kingdom of Denmark*. Høst & Søns Forlag, Copenhagen, 1960.

Lockhart, Paul Douglas: *Sweden in the Seventeenth Century*. Palgrave MacMillan, New York, 2004.

Lockhart, Paul Douglas: *Denmark, 1513–1660. The Rise and Decline of a Renaissance Monarchy*. Oxford University Press, New York, 2007.

Małłek, Janusz: *Estates Assemblies in Norway in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*. In: Parliaments, Estates and Representation, 21. (2001) 73–90. pp.

Metcalf, Michael F.: *Challenges to Economic Orthodoxy and Parliamentary Sovereignty in 18th Century Sweden*. In: Legislative Studies Quarterly. Vol. 7. (1982) 2., 251–261. pp.

Mezey, Barna – Szente, Zoltán: *Európai alkotmány- és parlamentarizmus-történet*. [History of the European Constitutions and Parliamentarism.] Osiris Kiadó, Budapest, 2003.

Miller, Kenneth E.: *Government and Politics in Denmark*. Houghton Mifflin Company, Boston, 1968.

Miszler, Tamás: *„Az utolsó felvonás". XII. Károly norvégiai hadjáratai (1716, 1718).* ["The Last Act". Campaigns of Charles XII in Norway (1716, 1718).] In: A poltavai csata jelentősége a svéd és az orosz történelemben. [Importance of the Battle of Poltava in the History of Sweden and Russia.] Ed.: Miszler Tamás – Sashalmi Endre. Kelet-Európa és Balkán Tanulmányok 5. Pécsi Tudományegyetem, Pécs, 2010: 31–60. pp.

Munck, Thomas: *Seventeenth Century Europe, 1598–1700*. New York, Palgrave, 1990.

Munck, Thomas: *Absolute Monarchy in Later-Eighteenth Century Denmark: Centralized Reform, Public Expectations and the Copenhagen Press*. In: The Historical Journal, Vol. 41. (1998) 1., 201–224. pp.

Nagy, Gábor: *Det var en gång ett fattigt land. (Históriák a közép- és kora-újkori svéd királyságból.)* [Stories from the Medieval and Early Modern Swedish Kingdom.] In: Gesta. Miskolci történész folyóirat (2005) 1–2, 49–99. pp.

Nansen, Fridtjof: *Norway and the Union with Sweden*. MacMillan, London–New York, 1905.

Nordstrom, Byron J.: *Scandinavia since 1500*. University of Minnesota Press, Minneapolis, 2000.

Orfield, Lester Bernhardt: *The Growth of Scandinavian Law*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1953.

Pedersen, G. C.: *D. G. Monrad, Scholar, Statesman, Priest and New Zealand Pioneer and His New Zealand Descendants*. Kerslake, Billens & Humphrey, Levin (N.Z.), 1965.

Petersson, Olof: *The Swedish 1809 Constitution*. The Swedish Centre for Business and Policy Studies, Stockholm, 2009.

Rao, Anna Maria – Supphellen, Steinar: *Power Elites and Dependent Territories*. In: Power Elites and State Building. Ed.: Wolfgang Reinhard. Oxford University Press, Oxford, 1996, 79–100. pp.

Roberts, Michael: *From Oxenstierna to Charles XII. Four Studies*. Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Roberts, Michael: *Queen Christina and the General Crisis of the Seventeenth Century*. In: Past and Present (1962) 22, 36–59. pp.

Roberts, Michael: *The Age of Liberty. Sweden, 1719–1772*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Roberts, Michael: *The Early Vasas. A History of Sweden, 1523–1611*. Cambridge University Press, Cambridge, 1986.

Roberts, Michael: *The Swedish Imperial Experience, 1560–1718*. Cambridge University Press, Cambridge, 1984.

Rommetvedt, Hilmar: *The Rise of the Norwegian Parliament*. London–Portland, Frank Cass & Co., 2003.

Sashalmi, Endre: *A nyugat-európai államfejlődés vázlata*. [A Draft of the Development of State in Western Europe.] Pannonica Kiadó, Budapest, 2006.

Schou, Tove Lise: *Denmark*. In: Cabinets in Western Europe. Ed.: Blondel, Jean – Müller-Rommel, Ferdinand. MacMillan, London, 1988.

Skuncke, Marie-Christine: *Freedom of the Press and Social Equality in Sweden, 1766–1772*. In: Scandinavia in the Age of Revolution. Ed.: Ihalainen, Pasi – Bregnsbo, Michael – Sennefelt, Karin – Winton, Patrik. Ashgate Publishing, Farnham–Burlington, 2011, 133–143. pp.

Storing, James A.: *Norwegian Democracy*. Boston, Houghton Mifflin, 1963.

Svanstrom, Ragnar: *A Short History of Sweden*. Clarendon Press, Oxford, 1934.

Tamm, Ditlev: *The Danish Code of 1683*. In: Scandinavian Studies in Law. Vol. 28. (1984), 163–180. pp.

Tønnesson, Kåre: *The Norwegian Constitution of 17 May 1814 – International Influences and Models*. In: Parliaments, Estates and Representation, 21. (2001) 175–186. pp.

Treasure, Geoffrey: *The Making of Modern Europe, 1648–1780*. Routledge, London–New York, 2003.

Valen, Henry – Katz, Daniel Katz: *Political Parties in Norway. A Community Study*. Universitetsforlaget, Oslo – Tavistock Publications, London, 1964.

Verney, Douglas V.: *Parliamentary Reform in Sweden, 1866–1921*. Clarendon Press, Oxford, 1957.

Guidelines for authors

The **Journal on European History of Law** publishes posts from the field of history of law, History of legal thought and Roman law. The length of a post cannot exceed 50.000 characters. It must be written in English or in German languages.

All the works are reviewed. The executive editor decides on whether to publish the materials and in which order. After the review, the decision will be sent to the author by email.

The authors are responsible for the lingual and formal level of submitted papers. These levels are checked by the editorial office and some small necessary changes can be done by the editor. Corrections are possible only upon prior request.

Corrections done by the author must be returned within 4 days and no significant changes are permitted.

Supplements must be sent to the email address of editor's office: info@historyoflaw.eu

The supplements must be in the formats DOCX, DOC or RTF (MS Word). In the Word editor, use the font Times New Roman, font size 12, spacing 1,5.

If your text contains pictures or tables (only black and white), mention their meaning in the text. If the pictures are sent by electronic mail, they must be in JPG, TIFF or EPS format. All the tables, pictures and graphs must be placed somewhere in the text and also sent separately.

Since The European Society for History of Law is a non-profitable organization, there would be no payment for manuscripts published in the Journal on European History of Law.

Each work must contain:

1. **Title**. It contains (in this order, always in a new row):

Short and understandable title;

The full name and last-name of the author/s including academic titles and working-place;

Address of the author/s, including the code of the country before the postal code (for example CZ). Afterwards write down your email address.

2. **Abstract.** Summarizes the content of the work. Usually up to 10 rows. It should describe clearly the main question of the research, solution, sources and methodology (according to the type of research).
3. **Key words.** Several terms (not more than 20 words) that characterize the work. Words from the title can be repeated.
4. **Division of the proper text.** For better orientation in the text, it should contain headings. The headings should be numbered.

Quotation from publications in German language – write down in the underlined comments in such a way:
WAGNER, Alfred, *Kirchenrecht*, Wien, 2005, S. 151–152.
Quotation from publications in English language – write down in the underlined comments in such a way:
WAGNER, Alfred, *Kirchenrecht*, Wien, 2005, p. 151–152.