Vol. 9 / 2018 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. 9 / 2018 No. 1

Editorial staff

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

JUDr. PhDr. Stanislav Balík, Ph.D.
Attorney at Law, Prague, Czech Republic
Prof. Dr. Barna Mezey
Faculty of Law, 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
Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg
Prof. Dr. Gábor Hamza
Faculty of Law, 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. Ivan Kosnica
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia
izv. prof. dr. sc. Mirela Krešić
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
Tony Murphy
Department of Law & Criminology, Sheffield Hallam University, UK
ao. Univ. Prof. Dr.jur. Christian Neschwara
Faculty of Law, University of Vienna, Austria
Doc. Dr. Dmitry Poldnikov
Faculty of Law, National Research University, Higher School of Economics, Moscow, Russia
Dr Dr Guido Rossi
Edinburgh Law School – University of Edinburgh, UK
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
Doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M.
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic
Prof. Dr. Wulf Eckart Voß
Faculty of Law, University of Osnabrück, Germany

TABLE OF CONTENTS

Ronnie Bloemberg: The Development of the German Criminal Law of Evidence between 1750 and 1870: from the System of Legal Proofs to the freie beweiswürdigung – Part 1 2

Reiner Möckelmann: Hitlers Saarbeauftragter Franz von Papen 25

Jan Körnert, Jörn von Elsenau, Klemens Grube: Zur Entstehung zwangsmittel- und strafbewehrter Vorschriften im Reichsgesetz über das Kreditwesen (RKWG) 36

Arnd Koch: Das Polizeistrafrecht des 19. Jahrhunderts – Bemerkungen zu einem vergessenen „Trabanten des Strafrechts" 48

Béla Szabó: Die Anfänge der ungarischen Staatswissenschaft. Politikwissenschaftliche Disputationen von ungarnstämmigen Studenten an deutschen Universitäten im 17. Jahrhundert 51

Filippo Rossi: The Changing Structure of Labour Law: Judiciary Courts and Termination of Employment Contract in the Italian Liberal Age (1865–1914) 72

Carmine Galloro: Das heutige Völkerrecht: ius gentium oder ius inter gentes? 80

Gal Amir: 1648 or 1948? No Room for Westphalia in the Middle-East 99

Jozef Beňa: Two Decades of the Constitution of the Slovak Republic Functioning in a Discontinual Continuity . . 107

Ilona Bažantová: Die Kameral- und die sog. politischen Wissenschaften und ihre Begründung von österreichischen Wirtschafts- und Verwaltungsreformen in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der böhmischen Länder 129

Szilvia Bató: Die Präterintentionalität in der ungarischen Strafrechtswissenschaft und in der Kodifikation vor 1848 140

Máté Julesz: The Legal History of Gratitude Payments to Physicians in Hungary 149

Péter Bónis: The Use of „ius commune" as a Legal Term in the Hungarian Tripartitum 158

Norbert Varga: Examples of Sharking Misuses in the Practice of the Court of Justice of Szeged 164

Viktória Deák: Self-defense in Theory and in Practice between 1878 and 1944 169

Gábor Hamza: Zum Einfluss der römischrechtlichen Tradition in der Privatrechtsentwicklung und in der Neukodifikation des Zivilrechts in Georgien (Sakartwelo) 174

Janos Erdődy: Understanding the Concept of ius naturale in Ancient Roman Law 178

Csaba Szilovics: Public Construction Projects and Public Funds in the Roman Republic 183

Engjëll Likmeta: Historical and Criminal Law Aspects of Safeguarding Road Safety in Albania 189

BOOK

Diemut Majer, Wolfgang Höhne: Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 – Teil II. 203

BOOK REVIEWS

Diemut Majer, Wolfgang Höhne: Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 220

Philipp Spiller: Personalpolitik beim Berliner Kammergericht von 1933 bis 1945 222

Detlev Fischer: Rechtshistorische Rundgänge durch Karlsruhe. Residenz des Rechts 223

Patricia Zambrana Moral: El transporte en la Ordenanza de la marina francesa de 1681 224

Sämtliche Prozessreden von Marcus Tullius Cicero 225

Eberhard von Künßberg: Die Entwicklung der deutschen Rechtssprache 228

Gerd Kleinheyer, Jan Schröder (Hg.): Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten 229

Andreas Deutsch/Peter König (Hg.): Das Tier in der Rechtsgeschichte 229

Tina Bode: König und Bischof in ottonischer Zeit. Herrschaftspraxis – Handlungsspielräume –Interaktionen. . . . 230

Michael Stolleis: Verfassungs(ge)schichten 231

Guidelines for authors 232

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

© 2018 STS Science Centre Ltd.

All contributions / papers are subject to a peer-review.

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

The Development of the German Criminal Law of Evidence between 1750 and 1870: from the System of Legal Proofs to the freie beweiswürdigung – Part 1

Ronnie Bloemberg[*]

Abstract

In this article a description is given of the development of the criminal law of evidence between 1750 and 1870. This period saw the transition from a relatively rigid system of legal proofs which predetermined when there was sufficient evidence for a condemnation, to a system based on the free evaluation of the evidence by either professional judges or lay jurors. The reform of the criminal law of evidence, furthermore, formed part of a more general reform of the criminal procedural law which is commonly designated as the change from the old 'inquisitorial procedure' to the modern 'reformed criminal procedure' (reformierte Strafprozess) or Anklageprozess. It is the central contention of this article that the reform of the criminal law of evidence can, to an important extent, be explained by two larger underlying ideological changes. These new ideas derived from a change in the epistemological and the political-constitutional discourses between the seventeenth and nineteenth centuries.

Keywords: *Criminal law of evidence; free evaluation of the evidence; eighteenth and nineteenth centuries; freie Beweiswürdigung.*

1. Introduction

Between 1750 and 1870 a momentous change occurred in the German criminal procedural law and the criminal law of evidence. In the German historiography this transition is commonly designated as the change from the old 'inquisitorial procedure' to the modern 'reformed criminal procedure' (*reformierte Strafprozess*) or *Anklageprozess*. The old system of legal proofs consisted of a relatively strict set of evidentiary rules which predetermined when sufficient evidence existed for a condemnation. In general, only the confession of the defendant or the testimony of two reliable eyewitnesses could create a 'full proof' sufficient for a condemnation to a severe corporal or capital punishment. A further important characteristic of the system of legal proofs was that it contained the possibility of judicial torture to obtain a confession. Judicial torture played a crucial role in the system of legal proofs because it provided an instrument to obtain a confession in those hard cases where strong evidence existed short of a full proof. Characteristic of the *reformierte Strafprozess* was that it contained the free evaluation of the evidence with a public, oral trial and a public prosecutor. The reformed procedure was in place in all the German states in the 1870's, but it had taken a long time and much discussion to get there since the beginning of the second half of the eighteenth century. The central question in this article is how this change occurred and how it can be explained.

Apart from the fact that the system of legal proofs attempted to predetermine when a 'full proof' existed on the basis of which the 'ordinary' punishment could be applied, there was another important characteristic of the system of legal proofs which needs to be emphasized. This characteristic was that the evidentiary requirements were strongly tied to a scale of decision types. The high standard of a full proof was normally required only for a capital or severe corporal punishment. A less severe or so-called 'extraordinary' punishment – such as a banishment or a fine – could be applied when there was strong evidence short of a full proof.[1] In fact, the criminal judge had two possibilities when he had strong evidence against the suspect short of a full proof. He could either apply judicial torture to obtain a confession and thereby acquire a full proof to condemn to the ordinary punishment, or he could choose to condemn the suspect to a lesser extraordinary punishment. The choice between these two possibilities was left largely to the discretion of the judge. They both formed important 'remedies' within the system of legal proofs to the strict requirements of a full proof which would otherwise have meant that many crimes would have to go unpunished. When there was even weaker evidence the judge could pronounce an *absolutio ab instantia* (i.e. a provisional acquittal under which the investigation could be reopened at any time). Lastly, when the evidence was very weak the judge could pronounce a complete or unconditional acquittal.

Although the transition from the system of legal proofs to a system based on the free evaluation of the evidence between 1750 and 1870 is well known, an adequate explanation for this complex development is still lacking. It is the contention in this article that the transition from the system of legal proofs to the free evaluation of the evidence can be understood, to an important extent, by the combination of two significant underlying ideological changes: a change in the epistemological discourse and a change in the political-constitutional discourse.

* drs. Ronnie Bloemberg, LLM., University of Groningen, Netherlands.

1 Schmoeckel, M., *Humanität und Staatsraison: die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*. Cologne, 2000, pp. 295-296.

The change in the epistemological discourse consisted of the emergence of a probabilistic approach to the criminal law of evidence. The intellectual roots of the system of legal proofs lay in the combination of Aristotelian philosophy and the scholastic method of categorization. A more 'absolute' idea existed of what the truth was which needed to be attained in a criminal procedure. What could constitute this truth was laid down in general rules which predetermined when sufficient proof existed for a condemnation. Here the judge essentially needed to work in a deductive way from the general rules to establish whether these criteria were met. The seventeenth and eighteenth centuries, however, saw the rise of a probabilistic approach to the criminal law of evidence where it became commonly accepted that only a high probability of guilt was required for a condemnation and that this high probability could principally be attained by any form of evidence. From the new probabilistic conception it seemed impossible to predetermine in general rules when sufficiently strong evidence existed for a condemnation in the concrete case. Instead this was left to the free evaluation by the judge and the central criterion for the question whether there was sufficient evidence for a condemnation became the conviction of the judge or jurors. This changed epistemological approach, in short, made the system of legal proofs seem implausible

By the change in the political-constitutional discourse is meant the general process of the rethinking of the relationship between the state and its citizens which had its roots in a significant change in natural law- and social contract theories. The idea that the legitimacy of the government was essentially based on a social contract and the idea that there were certain inalienable, natural rights, formed a fruitful combination from which the competencies of the government in the criminal sphere could be critically evaluated. An important tendency in natural law theories, furthermore, was the fact that it placed a very strong emphasis on the idea that man naturally strives to preserve himself and that the state should not force him to contribute to his own demise. The changes in the political-constitutional discourse form an important factor in explaining the new emphasis that was placed on the idea that nobody should be forced to incriminate himself, that the accused should have the right to defend himself freely and that he should be considered innocent until his guilt has been fully proven.

It is, furthermore, important to remark that this article is focused on describing and understanding how the ideas underlying the criminal law of evidence changed. Naturally, the intention here is not to argue that social, political and economic changes did not have an important impact on the criminal law of evidence, or to argue that the development of the criminal law of evidence can be exclusively explained from the perspective of the history of ideas. Social, political and economic factors indirectly and often directly shaped how the criminal law of evidence changed. Although the contention of this article is that the 'ideological' changes did have an important impact on the changes in the criminal law of evidence, the description offered here is merely meant to provide an additional perspective from which the changes in the criminal law of evidence can be understood. The question of the relative importance of the developments in the underlying ideas for the changes in the criminal law of evidence is far harder to determine and cannot be answered here.[2]

The structure of the article

This article will consist of five parts. First of all, in section two a more detailed description is given of the changes in the epistemological and the political-constitutional discourses. Subsequently the changes in the German criminal law of evidence will be described. The change from the system of legal proofs to the free evaluation of the evidence between 1750 and 1870 in the German territories can be roughly divided into three phases or successive stages, which will be described in section three, four and five. The first phase lasted from roughly 1750 until 1812. The second phase lasted from 1812 until 1848 – also called the *Vormärz* period referring to the revolutions starting in march 1848 – and the last phase from 1848 until the 1870's. Finally, section six contains the conclusion.

During the first phase, the German discussion was still relatively uncritical of the existing procedural system and the willingness for reform remained modest. Even though sporadically some German authors argued for more far-reaching reforms – such as Möser and Von Justi, for example – the mainstream of the authors only sought limited reforms within the boundaries of the existing framework. The central point of debate in the first phase concerned the question whether judicial torture should be abolished and what should come in its place. It was clear to the German authors that if judicial torture would be abolished, some solution would have to be found for the difficult cases where strong evidence existed against the suspect but not yet a full proof. Broadly two solutions were suggested for this problem. The more 'conservative' side wanted to extend the practice of extraordinary punishments and *Ungehorsamstrafe*.[3] The more

[2] A further significant limitation of this article, is that it is based predominantly on the dogmatic reflections on the criminal law of evidence in the juridical literature and the legislative discussions, and not on archival studies of how the criminal law of evidence changed in practice.

[3] *Ungehorsamsstrafe*, which is here meant as encompassing the *Lügenstrafe* as well, were disciplinary punishments which could be used when the suspect obstinately refused to cooperate with the investigation, when he refused to answer questions under interrogation or when it was clear that he was lying. The punishments could consist of worsening the circumstances of the imprisonment and, according to some, it could also consist of several strikes with a whip. They were often expressly distinguished in the literature from judicial torture and extraordinary punishments, because they were not in the first place meant to extract a confession in the future but only to punish a suspect who had already not cooperated. Fundamentally, it was argued that the suspect had an obligation to tell the truth and that lying was a punishable form of disobedience to the court. By some authors, however, the *Ungehorsamsstrafe* were more clearly seen as a less severe substitute for judicial torture through which pressure could be put on the suspect to confess. In any case, the often rather vague terms in which they were regulated and the fact that they could be used against suspects who were lying or not cooperating with their own prosecution, meant that in practice they could be used in a very similar way as judicial torture. Furthermore, the fine theoretical distinction that it was meant as a punishment for lying and not to extort a future confession was not a very tenable distinction in practice. After all, with *Lügenstrafe*, the punishment occurred with the clear intention of making the suspect tell the (incriminating) truth. See Knapp, N., *Die Ungehorssamstrafe in der Strafprozesspraxis des frühen 19. Jahrhunderts*. Berlin, 2011 pp. 28-53.

'progressive' authors proposed to allow condemnations to the ordinary punishments on the basis of indicia in certain strictly regulated situations. To summarize, even though a consensus grew to abolish judicial torture, most German authors remained strictly tied to the system of legal proofs and were still highly suspicious of the use of indicia.

During the second phase the nature of the discussion changed entirely. The scope of the discussion widened to include more and more radical options to reform the criminal law of evidence. Since the 1810's the real intellectual confrontation with the ideas of the French revolutionary reformers started. The French revolutionaries had abolished the system of legal proofs and introduced the free evaluation of the evidence by lay jurors in a public, oral trial for the first time in 1791. An important stimulus for the German discussion consisted of the fact that the German territories on the left-bank of the Rhine retained the French legislation after Napoleon was driven out. The presence of the French procedural system created a 'significant other' in the German discussions. It presented a mirror to hold up to the existing criminal procedural system, which led to a deeper and more conscious evaluation of the criminal law of evidence. One important change therefore, was the simple fact that the French example showed the possibility of a completely different way of organizing the criminal procedural law, which was, furthermore, supported by influential political-constitutional ideals. The central question in the second period became whether the jury system should be adopted, or, if not at least a far-reaching reform of the existing evidentiary system should be introduced. Importantly, just as in France, the option of reforming the criminal law of evidence was not treated in isolation, but was always discussed in the context of a broader reform of the criminal procedural law.

The discussion during the second phase was dominated by two sides. On the one side there emerged a group of 'liberals' who demanded a complete reform of the criminal procedural law and the introduction of a jury system on the basis of predominantly political-constitutional ideas.[4] This group contained many journalists, politicians and some jurists as well. They largely followed the reforming ideals of the French revolutionaries. On the other side, a clear majority within the more 'scientific-juridical' discussion was opposed to the jury system and during the second phase became in favour of professional judges in combination with a negative system of legal proofs. This period saw an increasingly critical attitude towards the system of legal proofs, the use of extraordinary punishments and the secret, inquisitorial procedure as a whole. Eventually a consensus grew that extraordinary punishments should be abolished and that condemnations on the basis of indicia should be possible. Furthermore, during the second phase the internal conviction of the judge was given a far more central role in the criminal law of evidence through the acceptance of a negative theory of proof. This meant that the judge should only condemn if he was internally convinced of the guilt of the suspect and if the minimum evidentiary standards were met.

Finally, a further important development occurred during the end of the second phase in the 1840's. Several authors started to question the existing dichotomy in the debate wherein it was presumed that only jurors should be able to judge on the basis of their freely formed internal conviction and that professional judges had to be bound by a (negative) system of legal evidentiary rules. These authors, who were against a jury system but argued that the system of legal proofs was untenable, now proposed to let professional judges decide on the basis of their freely formed internal conviction. Although this was still only the opinion of a minority in the juridical debate in the 1840's, it became far more broadly shared between 1848 and 1870.

The second phase ended in march 1848 with the outbreak of a revolutionary atmosphere in the German territories. The winds suddenly turned in favour of those 'liberals' who wanted the adoption of a jury system and a public oral trial mainly out of political-constitutional motives. During this revolutionary period, and in the years shortly afterwards, the authorities of most German states were moved to adopt a jury system in concomitance with introducing a public, oral trial and a public prosecutor. The jury system was, for example, introduced in the new procedural codes in the early 1850's in Bayern, Baden, Wurttemberg and Prussia. In short, in the revolutionary period of 1848 and 1849 the reforms occurred in a sudden and high tempo in the German territories and were motivated predominantly by political motives and arguments. Even though the internal development within the scientific juridical debate was not the *direct* decisive factor for the reforms in 1848 and 1849, it did help pave the way for these reforms in an important way. Before 1848 the increasingly critical academic discussion had strongly delegitimized the existing inquisitorial procedure and the system of legal proofs. The juridical discussion had contributed to the growing feeling that a large scale reform of the criminal procedural law was unavoidable.

The fact that the internal development in the juridical debate was pointing in the direction of the abolition of the system of legal proofs, becomes especially apparent from the continuation of the discussion in the phase lasting from 1848 until 1870. There was still no consensus in this period on the desirability of a jury system in the juridical literature, but the discussion had evolved in such a way that the question was now predominantly whether lay jurors or professional judges should judge on the basis of their freely formed internal conviction. To these two options the new idea of *Schwurgerichte* was added in the third phase, wherein a professional judge decided in combination with one or more lay judges. In conclusion, in the third phase the supporters of a legal theory of proof had definitively

[4] As Pihlajamäki states, the term 'liberalism' is not easy to circumscribe, especially in the first half of the nineteenth century. He quotes Sheehan who suggests that it should be seen as "a family of ideas and behaviour patterns which overlapped more or less, enabling the modern observer to recognize a liberal much the same way as the contemporary liberals recognize each other". In this article, this rather broad understanding of the term liberal is used following the use of this term as it mostly recurs in the German historiography. It was not a clearly circumscribed group, but they were connected in their, for this time, progressive constitutional-political ideals. Relevant for the criminal law of evidence was that they strove for a better protection of civil rights – through, among other things, a constitution and a separation of powers – and for representative governmental institutions (which positively inclined them towards a jury system). See Pihlajamaki, H., *Evidence, Crime and the Legal Profession. The Emergence of the Free Evaluation of the Evidence in Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure*. Lund, 1997, p. 124.

become a minority opinion, and the free evaluation of the evidence by either professionals judges or jurors was now regarded as one of the principles of the *reformierte Strafprozess*.

2. The theoretical framework

2.1 The political-constitutional discourse

Even more so than with the epistemological discourse, it is difficult to give a precise delineation of the political-constitutional discourse. This term is meant to capture the general process of the rethinking of the relationship between the state and its citizens which had its roots in a significant change in natural law and social contract theories in the seventeenth and eighteenth centuries. This changed discourse affected the reform of the criminal law of evidence in two important ways. Firstly, the combination of natural law and social contract theories led to the emergence of the *nemo tenetur*-principle (i.e. the principle that no one should be obliged to contribute to his own condemnation) and placed a new emphasis on the presumption of innocence. These ideas provided strong arguments for a reform of the secret inquisitorial procedure and against the use of judicial torture. This influence will be discussed in the first subsection. Secondly, from the changed political-constitutional discourse important arguments were derived for the introduction of a jury system. The idea that the sovereignty lay with the people and the desire to limit the arbitrary exercise of powers by criminal judges provided important arguments in favour of a jury system. This influence is discussed in the second subsection.[5]

2.1.1 The nemo tenetur-principle, the presumption of innocence and judicial torture

Many of the reform-minded authors who wrote treatises on the criminal law during the second half of the eighteenth century explicitly started their work with explaining that the powers of the government were based on a social contract and that the people had transferred merely as much power as was necessary to protect society. Reinar and Calkoen were, for example, Dutch authors in the second half of the eighteenth century who started their treatises on the criminal law with explaining that its foundation lay in a social contract and they defined crimes as breaches of the social contract.[6] Similarly, among others, Beccaria, Servan, Lacretelle, Brissot de Warville and Marat, argued that the power of government was based on a social contract and conceived of a crime as a breach of the social contract. However, as Lieven Dupont correctly remarked, these authors normally only used a rather rudimentary and stereotypical notion of the social contract. They did not explain whether they followed the social contract idea of, for example, Locke or Rousseau.[7] The invariable usage of the social contract theories, nevertheless, testifies to the importance that this idea had acquired in the second half of the eighteenth century among the authors who proposed reforms to the criminal justice system.

Although there were important differences between the contract theorists such as Hobbes, Locke and Rousseau and although they drew very different conclusions from the idea of the social contract, the reform-minded authors generally used the idea of the social contract in a simpler way. Because most of the reform-minded authors were arguing against the excesses of the secret, inquisitorial procedure, they used the idea of the social contract predominantly in a Lockean way to argue that there were certain limits to the legitimate exercise of powers by the government. The idea that the legitimacy of the government was essentially based on a social contract in combination with the idea that there were certain inalienable, natural rights, formed a fruitful combination to critically evaluate the competencies of the government in the criminal sphere. From this vantage point several important principles were formulated which would underlie the modern criminal procedure. A new emphasis was placed on the idea that nobody should be forced to incriminate himself, that he should have the freedom to defend himself and that the suspect should be considered innocent until his guilt had been fully proven. These ideas delivered important arguments against judicial torture and the secret, inquisitorial procedure.

Furthermore, an important tendency of the natural law and social contract theories consisted of the fact that a shift took place from a relatively abstract and teleological understanding of natural law as general precepts to a focus on more concrete individual natural rights. This shift was made possible by the new centrality of the social contract in the legitimation of state authority, which envisioned society as a group of individual contractors who also retained certain fundamental natural rights in the creation of the social contract.[8] Through the social contract these natural rights turned into civil rights which put clear limitations on the power of the state over the individual citizen-contractors. The new centrality of fundamental civil rights as part of a social contract can, for example, be seen very clearly in the declarations of rights in the late eighteenth century. The civil rights were envisioned as certain foundational rules of the social contract which put significant limitations on the power of the state to intrude in the personal sphere of citizens and without which the contract would not be legitimate. The shift to a focus on fundamental civil rights was, of course, very important for the possibility to, for example, understand the *nemo tenetur*-principle as a personal right of a citizen not to incriminate himself.

---

5 In this section the influence of the changed political-constitutional and epistemological discourses will be described for France and for the German territories. The reason that a lot of attention will also be paid to the developments in France between 1750 and 1812, lies in the fact that many of the reform ideals which would eventually become influential in the German territories in the nineteenth century, were for the first time discussed in France during the second half of the eighteenth century. The development of the German reform discussion, in short, cannot be well understood without a treatment of the French reform discussion of the second half of the eighteenth century.

6 Reinar, J.N., *Nemesis Rationalis, of redenkundig vertoog over het crimineele recht uit het natuur-recht afgeleid.* 1778, pp. III-XIII, and Calkoen, H., *Verhandeling over het voorkomen en straffen der misdaaden.* 1780, pp. 1-79.

7 Dupont, L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling: bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht*. Antwerpen, 1979, pp. 49-50

8 Westerman has, for example, described well how this change of focus from natural law to natural rights occurred in the work of Grotius, and Shapiro has described this shift in the work of Hobbes. See Westerman, P., *The disintegration of natural law theory*. Leiden, 1998, pp. 157-180, and Shapiro, I., *The Evolution of Rights in Liberal Theory*. Cambridge, 1986 pp. 40-69.

Schmoeckel has shown that phrases which resemble or suggest the *nemo tenetur*-principle (that nobody should be forced to incriminate himself) and the presumption of innocence can already be found in legal texts in the late Middle Ages. However, even though these ideas have old antecedents, they never acquired the same importance and meaning as they did in the criminal law of evidence from the eighteenth century onwards. Within the old criminal procedural law these notions were not as developed and did not have a strong impact. They were phrases – like the maxim that it was better that ten guilty were set free than that one innocent person was convicted – which were generally used to suggest that the criminal judges needed to be cautious in convicting someone. However, these ideas did not have a strong impact in the old criminal procedural law and, for example, did not prevent the use of judicial torture or extraordinary punishments. Schmoeckel concluded that the importance of the *nemo tenetur*-principle and the presumption of innocence became far greater within the context of natural law and social contract theories in the seventeenth and eighteenth centuries.[9]

Two ideas in particular gave the presumption of innocence and the *nemo tenetur*-principle their new meaning and greater importance in the eighteenth century. For the presumption of innocence this was the fact that crimes were now defined as a breach of the social contract and that the state only acquired the right to punish someone when the breach of the contract had been fully and legally established. The perspective of the social contract gave a more central place to the idea that everyone should be presumed innocent until it had been fully proven that he had committed a crime. The importance of this contractual idea for the presumption of innocence can, for example, be seen very clearly in the writings of Beccaria. He argued from the idea of a social contract that everyone should be presumed innocent and should continue to have his full rights as a citizen until it had been legally established that someone had breached the contract. According to Beccaria, citizens had a *right* to the protection and benefits of their society before their guilt was legally proven.[10]

The second idea, which redefined the role of the *nemo tenetur*-principle, lay in the central importance that was attached in natural law theories to the natural urge of self-preservation. In most natural law theories in the seventeenth and eighteenth century it was taken as a first principle that man's most important urge was to preserve himself.[11] This was, however, not only seen as an empirical fact but it was taken as a normative principle that by nature man should therefore seek to preserve himself. From this idea, it was increasingly argued in the eighteenth century that it was against natural law for the state to force a suspect to contribute to his own condemnation. This idea formed the core of what became the *nemo tenetur*-principle and was used to argue that the state had, for example, no right to use judicial torture or to force the suspect to take an oath to tell the truth. Instead, it was argued that by natural law a suspect should have the right to freely defend himself. In this sense, Marat, for example remarked that the accused should have every possibility to defend himself and that it was absurd to want force the suspect to confess and to use this confession against him. He remarked that the state did not even have a right to extract this 'horrible genre of proof' and that "elle en est une contre nature, puisqu'elle blesse le principe de la defense naturelle".[12]

The newfound importance and centrality of the presumption of innocence and of the *nemo tenetur*-principle can, of course, also be seen in declarations of rights at the end of the eighteenth century. Thus, for example, the presumption of innocence found expression in article nine of the French declaration: "Every man being presumed innocent until judged guilty, if it is deemed indispensable to arrest him, all rigor unnecessary to securing his person should be severely repressed".[13] Similarly, the *nemo tenetur*-principle found expression in most of the declarations of rights of the American states and in the fifth amendment to the American constitution which read "No Person… shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property, without the due process of law".[14] The recognition of the presumption of innocence and the *nemo tenetur*-principle as natural or civil rights in the declarations of rights and in the new criminal procedural codifications of the late eighteenth century, are demonstrations of the far larger value that was now attached to them.

Finally, it is interesting to note that there are important parallels between the Anglo-Saxon countries and the continental European countries. In both regions in the eighteenth and nineteenth centuries – on the basis of a similar ideological change –, the defensive rights of the accused were significantly strengthened, the privilege against self-incrimination became recognized

[9] Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison*, pp. 410-439. Helmholz came to a comparable conclusion regarding the privilege against self-incrimination in Anglo-Saxon law. Helmholz has shown first of all that the first English formulations of the idea that an accused should not be forced to condemn himself were taken over from Roman-canon law through the English ecclesiastical courts. The earliest formulations 'sprang from continental sources and not from the immemorial usages of common law'. Secondly, Helmholz concludes in a similar manner to Schmoeckel that the phrases resembling the *nemo tenetur*-principle still had a different and far less absolute meaning in the sixteenth and seventeenth centuries. As on the continent, many far-reaching exceptions were allowed and the idea that someone should not be forces to contribute to his own condemnation had a far less absolute character: "The force of the exceptions shows that, however much sixteenth-century arguments resembled some of the modern reasons given for the privilege against self-incrimination, the privilege did not then have an absolute character. Civilians did not regard a defendant's refusal to answer incriminating questions as the exercise of a fundamental personal right, never to be abridged. They regarded it instead as a protection against the exercise of overly intrusive powers by public officials seeking to pry into the private lives of ordinary men and women". See Helmholz, R.H., "Origins of the privilege against self-incrimination: the role of the European *ius commune*", in: *New York University Law Review*, 1990, pp. 962-990.

[10] Michiels, J.M., *Cesare Beccaria. Over misdaden en straffen*. Antwerpen, 1982, pp. 41-47 and 79-90.

[11] See, for example, Tuck, R., "The 'modern' theory of natural law", in: Pagden, A. (Hrsg), *The languages of political theory in early-modern Europe*. Cambridge, 1987, pp. 107-115 and Schrader, W.H., "Naturrecht und Selbsterhaltung: Spinoza und Hobbes", in: *Zeitschrift für philosophische Forschung*, vol. 31, 1977, pp. 574-583.

[12] Marat, J-P., *Plan de la législation en matičre criminelle*. 1780, pp. 130-131.

[13] Hunt, L., *Inventing Human Rights: a history*. New York, 2007, p. 220.

[14] Rutland, R.A., *The Birth of the Bill of Rights 1776-1791*. Chapel Hill, 1962, pp. 49-83 and 194-240.

and the presumption of innocence found a clear expression. Hostettler and Beattie, for example, found that the presumption of innocence only started to be explicitly formulated in the late eighteenth century.[15] Beattie remarks that at least by the 1820's it had become a commonplace idea and it could, for example, be found in Sir Richard Philip's *Golden Rules for Jurymen* (1820) that "[e]very man is presumed to be innocent till he has clearly been proved to be guilty; the onus of the proof of guilt lies therefore on the accuser; and no man is bound, required or expected, to prove his own innocency".[16] Furthermore, in the eighteenth and early nineteenth centuries the accused acquired the right to use defense counsel and the privilege against self-incrimination became recognized.[17]

Judicial torture and the inquisitorial procedure

The presumption of innocence and the *nemo tenetur*-principle together formed a fruitful combination from which the practice of judicial torture and the far-reaching inquisitorial powers of the state could be criticized. Both ideas in their own way provided strong arguments against the legitimacy of judicial torture that were repeated by almost all the authors who pleaded for the abolition of judicial torture. Concerning the presumption of innocence, it was stated that judicial torture was in fact a punishment – even though the juridical handbooks generally described it as an investigatory instrument – which was applied before the guilt of the suspect was fully and legally established. A good example of this argument can be found with Pufendorf who stated that it was against natural law to do anything more than to preliminarily detain someone who had not yet been condemned: "Il est donc contre la Loi Naturelle de faire suffrir ŕ un Prisonnier, qui n'est encore ni condamné ni ouď, plus de mal que n'en demande la nécessité de le tenir renfermé".[18]

The use of judicial torture not only appeared to be in blatant contradiction with the presumption of innocence but also with the idea that the state had no right to force someone to contribute to his own condemnation. The argument that it was against natural law, more specifically against the natural duty and right of self-preservation, to force a subject to contribute to his own condemnation became one of the most important and frequently cited arguments to abolish judicial torture. It can be found in virtually all the treatises which argued against the use of judicial torture.[19]

Naturally, the principle that nobody should be forced to contribute to his own condemnation was not only used to criticize the use of judicial torture but was also used to criticize the existing inquisitorial procedure as a whole which seemed to be in blatant contradiction with this principle. The inquisitorial procedure was strongly geared towards obtaining a confession of the suspect and treated him not as subject but as an object of investigation with relatively few possibilities to defend himself. In the inquisitorial procedure, furthermore, the suspect literally did not have a right to remain silent. From the natural law theories powerful arguments were derived that the inquisitorial procedure was unjust and that a suspect should not be forced to incriminate himself but that instead he should have the broadest possibilities to defend himself. In this vein many reform-minded authors argued that the suspect should be able to use legal counsel, that he had a right to know the incriminating evidence and that there should be equality of arms between the suspect and the public prosecutor. Summarizing, the criticisms derived from the *nemo tenetur*-principle co-inspired an encompassing reform of the criminal procedural law in which the suspect acquired, among other things, the right to use legal counsel and to know the incriminating evidence. Because a confession would be far harder to obtain in this reformed criminal procedural law, the recognition of the *nemo tenetur*-principle also directly contributed to the necessity of expanding the possibility to condemn on other forms of evidence than the confession.

2.1.2 Political-constitutional arguments for the introduction of a jury system

The first aspect of the changed political-constitutional discourse placed a new emphasis on the presumption of innocence and the *nemo tenetur*-principle. The second aspect of the changed discourse provided important arguments for the introduction of a jury system. A first argument which was used in favour of the introduction of a jury system was the idea that it was an expression of the sovereignty of the people. A general tendency within the social contract theories had been to argue that the sovereignty lay originally with the people who then transferred it through a contract to a government. Rousseau was the most radical in his claim that the sovereignty continued to lie with the people. While the idea of Rousseau had not been generally accepted by many people before the French Revolution it became more generally accepted during the first years of the revolution when the decision was made to abolish the system of legal proofs and to introduce a jury system. The idea that the sovereignty lay with the people and that it should also find an expression in the judicial branch – where 'the people would be judged by the people' – formed an influential argument in favour of the introduction of a jury system.[20]

---

[15] Hostettler, J., *The Criminal Jury Old and New: jury power from early times to the present day*. Winchester, 2004, pp. 83-84.

[16] Beattie, J.M., "Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries", in: *Law and History Review*, vol. 9, 1991, pp. 248-249.

[17] Langbein, J., *The Origins of Adversary Trial*. Oxford, 2005, pp. 253-330. The defensive rights of the accused were further strengthened by the fact that he could now compel witnesses to appear and the charge against him needed to be made explicit before the trial.

[18] Pufendorf, S., *Le droit de la nature et des gens*. 1706, p. 373.

[19] See, for example, Wittichius, J., *Redevoering over de onbillykheid en de onnutheid der pynigingen*. 1736, pp. 8-27.

[20] A good example of the influence of the social contract idea and the argument that a jury system was preferable because it formed an expression of the sovereignty of the people, can be found with Servan: "La société n'a le droit de punir qu'autant qu'elle est offensée: pour savoir si elle est offensée, et jusqu'à quel point elle l'est, il faut qu'elle le déclare elle-męme, ou le fasse déclarer par des hommes qui représente suffisamment son opinion. Tel est donc, en un mot, le contrat originaire sur les peines entre chaque homme et tous les autres; *je consens d'ętre puni par tous, quand nous jugeront que j'ai nui à tous, et que je suis coupable*; ce contrat n'est que vraiment consenti, que parce que chacun en le ratifiant, se met de lui-męme au rang des juges, et non des accusés; enfin, pour consentir à ętre jugé par les autres, chacun veut ętre leur juge ŕ son tour; donc tous doivent l'ętre". See Servan, M., *Réflexions sur quelques points de nos loix*. 1782, pp. 136-137.

A second argument in favour of the jury system derived from the concern in the eighteenth and nineteenth centuries of seeking (constitutional) guarantees against a too strong and possibly arbitrary exercise of power by the government. The famous idea developed by, among others, Locke and Montesquieu of creating a division of governmental functions to prevent a too strong concentration of powers was also extended to the criminal procedural law.[21] An important criticism of the old inquisitorial procedure by the French revolutionary reformers – and later especially in the German reform literature of the first half of the nineteenth century – was that in the criminal procedure almost all the power was vested in the judge alone.[22] For this reason the French and German reformers sought to create a division of powers within the criminal procedure. Clear distinctions were made between the roles of the public prosecutor, the judge and the defendant. The role of the public prosecutor was more clearly distinguished and separated from that of the judge, while the suspect acquired the role and the freedom to defend himself (for which he was granted far greater defensive rights and the use of legal counsel). Most importantly for the criminal law of evidence, however, a division was also created on the level of the judgement itself by separating the question of fact from the question of law. In the new criminal procedural law created by the French revolutionaries, the professional judge was to decide on questions of law (such as the decision on the punishment) while the jurors were to decide on the factual question whether the suspect was guilty. The explicit goal of this separation was to prevent a too strong concentration of power in the criminal judge alone.

A central driving force behind the desire of the French revolutionaries to create this separation of functions within the criminal procedural law was the fact that there was a strong distrust against the professional magistrates (the *noblesse de robe*). This distrust in the professional judges and the criminal procedural law had been fed by several high profile juridical scandals in the period between 1750 and 1789 such as the affaires of *Calas* and the *Chevalier de la Barre*, and by the use of the *lettres de cachet*.[23] These scandals illustrated that the criminal judge was far too powerful in the inquisitorial procedure and that he could arbitrarily exercise his powers. It becomes very clear from the discussions of the French reformers that one of the most important reasons behind the search for institutionalized guarantees against the arbitrary exercise of powers lay in the distrust that they held against the government and the professional judges. Because of this distrust in professional judges there was a consensus among the revolutionaries that the judges should not be given the great power of deciding on the question of fact on the basis of their freely formed internal conviction. The revolutionaries exalted the impartial and disinterested qualities of 'the people' who would render a fair judgement and who could be trusted with the task of freely evaluating the evidence.

A matter of trust

The question of whether there was trust in the professional judges is one of central themes which reappears throughout the discussions between 1750 and 1870. In the discussion on the question whether a jury system should be created or whether the (free) evaluation of the evidence should be left to professional judges, the most important factor was consistently if there was a high level of trust or distrust in the professional judges. The German revolutionaries of 1848 who managed to force the introduction of a jury system in most German states were driven by a similar distrust of the professional judges as the French revolutionaries. In the German territories this distrust of the professional judiciary was also fed by several high profile juridical scandals in the first half of the nineteenth century.

The question of the trust in the people judging was, therefore, one of the most important factors in the discussion surrounding the criminal law of evidence between 1750 and 1870. The trust to a large extent determined whether someone was willing to let professional judges or lay jurors decide on the evidentiary question. The choice for lay jurors, furthermore, had important implications for how the criminal law of evidence was given shape because most authors deemed that jurors could not work with a complex system of evidentiary rules. The choice by the French revolutionaries for the introduction of a jury system was one of the decisive catalysts which led to the abolition of the

[21] Beside from the separation of powers, the desire to prevent arbitrary exercises of power by the government led to another significant innovation which had an important indirect impact on the criminal law of evidence: the codification of the substantive criminal law and the introduction of the legality principle. The fact that the crimes were now explicitly defined by the law and that the judge became bound to these terms through the indictment of the public prosecutor, meant that the criminal judge had to interpret the definition of the crime and see if these terms were proven. This formed an important innovation in respect to the situation under the *ancien régime* where the crimes were far more loosely defined.

[22] The criticism of the too strong position of the judge acquired an especially large significance in the German reform literature of the first half of the nineteenth century. In the old view of the criminal procedural law it was considered quite normal that the judge had to perform a threefold role as prosecutor, judge and to an extent as the defendant of the suspect. This idea is, for example, still neutrally expressed by Feuerbach at the turn of the nineteenth century: "Der Richter ist im Untersuchungspocesse als *dreifache Person* zu betrachten, als Stellvertreter des beleidigten Staats, indem er an dessen Statt die Rechte aus Strafgesetzen zu verfolgen verpflichtet ist; als Stellvertreter des Angeschuldigten, indem er zugleich alles, was die Schuldlosigkeit oder geringere Strafbarkeit desselben begründen kann, aufsuchen und darstellen soll, und endlich als Richter, inwiefern er das Gegebene zu beurtheilen und darüber richterlich zu verfügen (oder zu entscheiden) hat". See Feuerbach, P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Geltenden Peinlichen Rechts*. 1801, p. 843. However, in the reform literature in France in the second half of the eighteenth century and in Germany in the first half of the nineteenth century this threefold role of the judge in the inquisitorial procedure was increasingly criticized, because the judge had a too powerful role and was asked to perform contradictory functions. Typical of the criticism against the idea of the judge as a threefold person was the following remark by Zachariae in 1846: "Dem Inquirenten aber zuzumuten, bald auf die, bald auf die andere Seite zu springen und mit beiden Waffen resp. gegen sich selbst zu fechten, zugleich aber auch als Kampfrichter den Streit zu leiten, ist an sich eine Absurdität". Instead, it was argued that these three functions should be separated in the criminal procedural law. See Zachariae, H.A., *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und accusatorischen Prinzips*. 1846, p. 146.

[23] The affaires of *Calas* and the *Chevalier de la Barre* were famous juridical scandals in which Voltaire had demonstrated that they were most likely unjustly condemned. The *lettres de cachet* were orders on the authority of the king to arrest or imprison someone, often without a precise cause or justification. See Carbasse, J-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris, 2006, pp. 392-395.

system of legal proofs. Nevertheless, as will be discussed below, it was not the only factor. A fundamental ideological criticism had emerged of the possibility to determine the sufficiency of proof in *a priori* rules, which made the system of legal proofs seem increasingly untenable and made the free evaluation of the evidence appear to be a far more preferable system.

2.2 The epistemological discourse

2.2.1 The epistemological foundations of the system of legal proofs

One of the most well-known descriptions of the epistemological foundations of the system of legal proofs has been given by Lévy in his *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du moyen-age*. Lévy argued that the intellectual roots of the system of legal proofs lie in the combination of Aristotelian philosophy and the scholastic method of categorization. Categories were made for the various possible forms of evidence and subdivisions appeared which ascribed different values to them, creating a hierarchy of the forms of evidence. Thus, the rule was formulated that only the confession and the testimony of two irreproachable eyewitnesses could create a full proof, while it was generally deemed that indicia could never create a full proof. The ascription of these values, furthermore, occurred in constant reference to fragments of text from Roman law and the Bible which were used as texts of authority. In this manner, the various possible forms of evidence were fixed in certain categories and general rules were formulated which determined *a priori* when sufficient evidence existed for a condemnation to a severe corporal or capital punishment.[24] Lévy concluded that within the system of legal proofs virtually no room existed for the internal conviction of the judge:

"Chaque preuve a ainsi reçu sa place et son autorité a été exactement définie. De la sorte le juge n'avait plus d'appréciation personnelle ŕ faire en dehors des questions de détail, oů les cas d'espčces sont si différents que la rčglementation ne peut le saisir tous. Partout ailleurs son rôle consistait donc uniquement ŕ appliquer la norme obligatoire ŕ chaque procédé de preuve qu'on lui soumettait, sans se demander si sa conscience était suffisamment édifiée".[25]

In later historical research there has been significant criticism of the fact that Lévy exaggerated the strictness with which the criminal judge was bound to the evidentiary rules and that in fact much was left to the discretion of the judge within the system of legal proofs.[26] Nevertheless, it can be said that within the system of legal proofs a strong emphasis was placed on defining and categorizing in objective rules when sufficient evidence existed for a condemnation and for the use of judicial torture. Although it is certainly not the case that there was no room at all for judicial discretion in the evaluation of the evidence, it is also clear that in general no central or constitutive role was given to the internal conviction of the judge.[27]

Nevertheless, as Lévy correctly observed, the system of legal proofs was firmly rooted in late-medieval Aristotelian philosophy. Within late-medieval Aristotelian philosophy there was an absolute division between that which constituted *scientia* or 'knowledge' and that which fell in the realm of *opinio*. For a proposition to be the object of *scientia* it needed to be universally and necessarily true, known on the basis of an affirmative demonstration.[28] *Scientia* was arrived at through a demonstration in the form of a syllogism. Starting from a higher or foundational principle which was regarded as universal, necessary and true, through a syllogism the truth of another proposition could be deduced. The notion of *scientia* was relational because it connotes a structural and necessary link between a given proposition and some foundational principle. Within demonstrative reasoning the truth of a science as a whole reduces to the truth of its (foundational) principles. When the demonstrative syllogism is used correctly, it guarantees the necessity of the conclusion, meaning that it cannot be other than it is. The demonstrated conclusion, therefore, consists of a perfect grasp of a state of affairs which is necessarily and always true.[29] Demonstration is often contrasted with induction. Induction is a form of reasoning where evidence and arguments support a conclusion, but do not by (logical) necessity ensure it. While the conclusion of a deduction is certain, the truth of the conclusion of an inductive argument can merely be probable.[30]

Scientia was contrasted with the realm of *opinio*. Whereas *scientia* covered knowledge that was necessarily and always true, opinion focused on the contingent and was non-necessary. Opinion was concerned with contingents as contingent, and thus dealt with what could be either true or false (that is, with propositions that may be either true or false). 'Opiniative knowl-

[24] Rosoni described the formation of this system in the following similar manner: "Il sistema die prova legale prende forma a partire dal XIII secolo. I giuristi che lo elaborano, siano essi civilisti o canonisti, utilizzano, come abbiamo visto, le categorie logiche della scolastica. Nasce cosě una costruzione die pura invenzione intelletuale che rispecchia la concezione filosofica dell'epoca: in un grande albero tassonomico vengono fissate le regole probatorie sparse nelle fonti romane, nei testi legislatvi en nelle dottrina giurida elaborate dai doctores". See Rosoni, I., *Quae singula non prosunt collecta iuvant: la teorie della prove indiziaria nell'etŕ medievale e moderna*. Milan, 1995, p. 235.

[25] Lévy, J-P., *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'ŕ la fin du XIVe sičcle*. Paris, 1939, pp. 5-9 and 22-31.

[26] See, for example, Fraher, R.M., "Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof", in: *Law and History Review*, vol. 7, 1989, pp. 27-64, and Lepsius, S., *Von Zweifeln zur Überzeugung. Der Zeugenbeweis im gelehrten Recht ausgehend von der Abhandlung des Bartolus von Sassoferrato*. Frankfurt am Main, 2003, pp. 171-197.

[27] Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison*, pp. 285-290.

[28] Pasnau gives the example of John Duns Scotus who defined *Scientia* as "the certain cognition of a necessary truth that is evident through some prior cause that entails its conclusion through a discursive syllogism". See Pasnau, R., "Medieval social epistemology: *Scientia* for mere mortals", in: *Episteme*, vol. 7, 2010, pp. 23-25.

[29] Byrne, E.F., *Probability and Opinion: a study in the medieval presuppositions of post-medieval theories of probability*. The Hague, 1968, pp. 166-178.

[30] An often used example of induction is that all ravens are black because every raven that has ever been observed is black. The empirical fact that all ravens that so far have been observed are black, however, does not mean that all ravens are therefore black. This was typically a conclusion that could not fall under *scientia* because the conclusion did not by necessity follow from the premises.

edge' was based on arguments, the testimony of authority and on what usually happens. Whereas *scientia* provided demonstrative certainty which compelled the mind to assent, opinion was often defined as a proposition that was held to be true but which the person holding it feared might be wrong, resulting from an awareness that one's judgment might be fallible. Opinion was the best state of knowledge attainable or desirable under the circumstances, but could never attain to true knowledge.[31]

Pasnau explains that *scientia* was the epistemic ideal in the late Middle Ages, but that it was also clear that many fields of knowledge could not meet its demanding standards. There was a tendency in late-medieval thought to relax some of the strict standards of *scientia* dependent on the subject matter and the context of inquiry.[32] The epistemic ideal of *scientia* performed an important function as a role-model of how the truth was conceived that needed to be acquired in criminal cases. Even though it was clear that the criminal law of evidence dealt with contingent matters and, therefore, fell within the realm of *opinio*, it was modelled after the epistemic ideal of *scientia*. The reason that the criminal law of evidence was particularly modelled after the ideal of *scientia* lay in the fact that in criminal cases a very high level of certainty was required (the evidence needed to be clearer than the light of day). It seemed unacceptable that the judge could condemn someone to death or a severe corporal punishment on the basis of a mere opinion or a subjective feeling. Instead he needed to have a form of knowledge which resembled the demonstrative certainty of *scientia*. Concerning the question whether sufficient evidence existed, the criminal judge had to work predominantly in a demonstrative manner. He had to work from the existing system of rules to deduce whether the evidence fulfilled the criteria of a full proof and if he could, therefore, condemn the suspect to a severe corporal or capital punishment. The *a priori* evidentiary rules, in short, formed the principles from which it could be demonstrated in every case whether sufficient evidence existed for a condemnation.

Nevertheless, as Pasnau mentioned, it has to be kept in mind that the epistemic ideal of *scientia* was adapted according to the specific field of knowledge and context of inquiry. Important factors in the context of inquiry of the criminal law of evidence were that the criminal procedure was directed at ascertaining the veracity of historical events and that the standard of proof should not completely prevent the effective prosecution of criminals. An inherent tension existed in the system of legal proofs between the high standard of proof and the desire that crimes should not go unpunished. Many exceptions or circumventions – such as judicial torture and extraordinary punishments – of the strict evidentiary rules were thus made to make sure that crimes would not go unpunished while at the same time juridical authors underlined that a very high certainty was necessary for a condemnation.

The significance and the reproduction of the general distinction between *scientia* and *opinio* can be seen in the highly important distinction that was made in the system of legal proofs between direct or inartificial evidence (i.e. witness testimony or the confession) and indirect or artificial evidence (i.e. indicia). The former constituted *probationes* while the latter were merely *praesumptiones*.[33] It was held that witness testimony and the confession could create a *probatio perfecta* or *probatio plena* that induced the judge to have a *perfecta credencia* or *plena fides* because they directly proved the crime. Indicia, however, were seen as a qualitatively different form of evidence and were relegated to the realm of *praesumptiones*; they could only create a suspicion in the mind of the judge but never a perfect credence. The main reason behind this differentiation was that witness testimony and the confession were supposed to prove the crime based on a direct sensory ascertainment of the fact while indicia required a step of reasoning from the judge. This conjecture by the judge was seen as highly unreliable in contrast to direct sensory evidence of the crime.[34] Summarizing, the general distinction between *scientia* and the realm of *opinio* was, to an important extent, reproduced in the system of legal proofs in the distinction between what constituted a (full) proof and what constituted mere suspicions or conjectures.

It has to be noted, however, that there was also a very important theological dimension which underlay the system of legal proofs and which may have had an important impact on the reluctance to convict on the basis of indicia. In this respect, Whitman has convincingly argued that there most likely existed an important element of moral anxiety in the decision-making in criminal cases after the abolition of the ordeal. Whitman argues that criminal judges feared to make themselves into murderers by potentially unjustly administering capital punishments. The system of legal proofs on the continent and the jury system in England at least partially functioned to shift the responsibility of the decision away from the judges. It appeared to be the abstract rules of the law instead of the criminal judge which convicted the accused.[35] Apart from epistemological considerations, this moral anxiety of judging in capital cases may also have had an

[31] Byrne, *Probability and Opinion*, pp. 178-187.

[32] Pasnau, "Medieval social epistemology", pp. 23-41.

[33] On the importance of the distinction between *probationes* and *praesumptiones* in the hierarchy of the system of legal proofs see Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du moyen-age*, pp. 26-31.

[34] The tendency of jurists to draw a parallel between the full proof with the epistemic ideal of *scientia* while indicia were seen as belonging to the realm of *opinio* and *praesumptiones* has also been noted by Rosoni. See Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant*, pp. 64-65.

[35] Whitman, J.Q., *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*. New Haven, 2008, pp. 93-123. Similar to Whitman, Decock has argued that there was a certain moral anxiety surrounding judgments in criminal cases and that there was an intense theological discussion on this topic throughout the late middle ages and the early modern period. A particularly difficult question in this respect concerned the potential sinfulness of judgements on suspicion. It is, therefore, clear that there were also important theological ideas underlying the system of legal proofs and the way it was expected that the judge would decide in criminal cases. Because of the focus in this article on the changing epistemological and political-constitutional ideas, the theological aspect will often not receive its due attention in this study. It is nevertheless, not the intention to deny the pervasive impact of theological considerations on the criminal law of evidence and the perception of how a good judge should conduct himself. See Decock, W., "The Judge's Conscience and the Protection of the Criminal Defendant: Moral Safeguards against Judicial Arbitrariness", in *From the Judge's Conscience to the Legality Principle*, Berlin, 2013, pp. 69-94.

important underlying impact on the reluctance to decide on the basis of indicia. While with witnesses testimony and the confession the moral responsibility for the conviction appeared to lie primarily on the witnesses and the accused who provided the evidence, indicia were dependent on conclusions drawn by the judge and the moral responsibility for drawing the right conclusions rested on his shoulders. Conversely, it is likely that with a more secularized approach to the criminal procedure in the eighteenth and nineteenth centuries and a decrease in the use of capital punishments, this moral anxiety lessened and made it more acceptable to decide on the basis of indicia.

2.2.2 The epistemological change

Between the seventeenth and nineteenth centuries something fundamentally changed in the epistemological ideas underlying the criminal law of evidence. Instead of the dichotomy between *scientia* and *opinio* in the late middle ages, this period saw the rise of an approach where different forms of knowledge were perceived to fall along a sliding scale of degrees of probability. Regarding the criminal law of evidence it became commonly accepted that a high probability of guilt sufficed for a condemnation. The idea that general rules could *a priori* determine when there was sufficient evidence for a condemnation in the concrete case came to be seen as implausible. Instead, the judge had to work in an inductive manner, without pre-established rules, to see whether there was sufficient evidence to make it highly probable that the suspect had committed the crime. The central hinge in this new approach came to be formed by the internal conviction of the judge or jurors.

Hacking and Shapiro have described well how the modern idea of probability emerged and how the centuries-old Aristotelian epistemological tradition started to break down that divided 'science', 'knowledge', 'certainty', 'philosophy' on the one hand, from 'opinion', 'probability', 'appearance' and 'rhetoric' on the other hand. Shapiro argues that the epistemological change started in the seventeenth century and was a reaction of philosophers such as Descartes, Bacon, Locke and Bayle against the discredited scholastic philosophy and the sixteenth century revival of scepticism. Their attempt to overcome the perceived difficulties in finding a secure fundament for 'absolutely true' knowledge eventually led to a complete remapping of how different forms of knowledge were perceived. Even though the initial concern in the seventeenth century was to formulate a new basis for absolutely certain knowledge – as can be seen with, for example, Descartes and Bacon –, in effect there was eventually created a vision of different forms of knowledge falling along a continuum of degrees of probability. The lower reaches were classified as 'fiction, opinion and conjecture', the middle range as 'probable and highly probable' and the apex of probable knowledge was called '*moral certainty*', which was deemed to come close to demonstrable or mathematically certain knowledge.[36]

In the course of the seventeenth century, traditionally used concepts were beginning to be applied in a new way to map the different forms of knowledge. Although there was at first a strong focus on mathematics and syllogistic demonstrability, which was seen as providing 'absolutely true' knowledge, in effect the other forms of knowledge were in its shadow beginning to be evaluated along a sliding scale of probability. It was becoming accepted that the investigation of natural and social phenomena could not yield the absolute certainty and universally true knowledge that was traditionally expected of *scientia*. Conversely, it was asserted that regarding, for example, the physical sciences and human affairs this absolute certainty was not necessary. Depending on what sort of practical decision was needed – for example, to condemn someone suspected of a crime – and the quantity and quality of the evidence, conclusions could be arrived at which were sufficiently true to form the basis for human conduct.[37] Shapiro summarized this development neatly when she stated that the quest for certitude was not abandoned, but that it soon became evident that only mathematics and a few logical and metaphysical principles were capable of demonstration in the strict sense. Instead: "larger and larger portions of intellectual endeavour that once had been expected to attain the status of science by achieving demonstrative truth were now relegated to the domain of one level or another of probability".[38] As a consequence, the notions of probability and opinion, which during the late Middle Ages had had a relatively negative connotation and were defined in contrast to the ideal of *scientia*, acquired a far more positive connotation as a desirable form of knowledge.[39]

The change in the epistemological discourse that is described by Shapiro is supported to a large extent by Hacking's work *The emergence of probability*. Hacking's central question was how and why probability emerged as a separate 'science' or 'form of knowledge' in the seventeenth century. Hacking argued that the concept 'probability' had a very different meaning in the late medieval scholastic tradition than it acquired after the middle of the seventeenth century. The crucial difference of this medieval concept of 'probability' (in contrast to the later use of this concept) was that something did not primarily become 'probable' because of its support by evidence, but because of approval by respected people or persons of authority. Something was called 'probable' when it was supported by testimony and the writ of authority.[40]

---

[36] Shapiro, B.J., *Probability and Certainty in Seventeenth-century England. A study of the relationships between Natural Science, Religion, History, Law and Literature*. Princeton, 1983, p. 1-5.

[37] Ibidem, pp. 156-157.

[38] Ibidem, pp. 4-5.

[39] Ibidem, p. 43. Popkin has famously described the important role of the revival of scepticism and the polemics of the Reformation and the Counter-Reformation in this process which subverted the traditional criteria for belief and certainty in the sixteenth and seventeenth centuries. In its place an approach emerged to most forms of knowledge which Popkin has aptly called "constructive scepticism". While most philosophers in the seventeenth and eighteenth century conceded the claim that absolute certainty lay beyond human grasp in all but a few areas such as mathematics, they now argued that the conduct of daily life furnished sufficient, if imperfect standards for moral certainty. See Popkin, R., *The History of Scepticism. From Savonarola to Bayle*. Oxford, 2003.

[40] Hacking, I., *The Emergence of Probability*. Cambridge, 1975, pp. 22-26. This most important understanding of probability derived from Aristotle's notion of *endoxon* which was translated in by the medieval commentators as *probabilia*.

The concept of 'probability' that developed from the seventeenth century onwards was different from the notion that 'probable opinion is that which is attested by authority'. The new notion that 'probability' is a relation between a hypothesis and the evidence for it, or that something is probable if it has 'much evidence of experience in its favour', according to Hacking, only emerged when a new notion of evidence emerged from the seventeenth century onwards. Evidence as testimony and authority already existed in the middle ages, wherein 'testimony was support by witnesses, and authority was conferred by ancient learning'. However, testimony and authority are conferred by *people*, and what was largely lacking was evidence provided by *things*. The latter concept that was left out is roughly what modern philosophers have come to call 'inductive evidence'. The importance of 'inductive evidence' increased strongly from the middle of the seventeenth century onwards and played an important role in the emergence of a probabilistic approach to knowledge.[41] The fact that inductive evidence, or evidence provided by inference from 'things', was far less important before the seventeenth century is clearly visible within the system of legal proofs. Evidence through testimony by witnesses and the suspect were given pride of place within the system of legal proofs and were considered to prove the guilt of the accused directly. Indicia – although they were certainly not completely left out as Hacking too strongly argued – were seen as a qualitatively different and far less secure form of evidence.[42]

It is, furthermore, important to note that the concept of probability that emerged in the seventeenth century had a dual character. On the one hand the concept of probability was used in a statistical manner concerning itself with stochastic laws of chance processes and the frequency of events. In this respect probability was used in a numerical way to express, for example, the chance that someone will throw the number six with a dice five times in a row. This form of probability attempts to express numerically and the chance that certain events occur. On the other hand, the concept of probability was used in an epistemological way dedicated *to assessing reasonable degrees of belief* in propositions which were not expressed numerically and which were often devoid of a statistical background. How probable a proposition is, based on the existing evidence, determines the degree of belief it is rational to have. Probability in this epistemological sense was used to create a vision of different forms of knowledge falling along a continuum of degrees of probability, in which the lower reaches were classified as 'fiction, opinion and conjecture', the middle range as 'probable and highly probable' and wherein the highest form of probability was called moral certainty. Both meanings of probability have been applied in the criminal law of evidence. The most important one – on which the focus lies in this study – was, nevertheless, what Hacking described as the epistemological version dedicated to assessing reasonable degrees of belief.[43]

Finally, within the epistemic variant of probability two approaches can be distinguished which were developed by the jurists. Firstly, it could be used to denote that something needed to be highly probable based on the evidence and in accordance with general rules of logic and experience. In this approach the emphasis was placed less on the subjective conviction of the person judging and more on the grounds for his conviction. Secondly, the epistemic variant could also be used in such a way that the emphasis lay on the more or less unreasoned feeling of being convinced. Both variants were used by the reform-minded jurists between 1750 and 1870.[44] As will be further discussed in the following subsection, the first variant was used by jurists to argue that the judge needed to have a reasoned conviction based on the evidence and which was based on a high probability of guilt. The second variant was used and popularized in particular by the French revolutionaries. They placed a stronger emphasis on having the subjective feeling of a *conviction intime*, and made the internal conviction of the judge the foundation for a conviction in criminal cases.[45] Summarizing, an important epistemological change occurred in the seventeenth and eighteenth centuries. The dichotomy of the scholastic-Aristotelian tradition between *scientia* and *opinio* gave way to seeing different forms of knowledge as falling along a continuum of degrees of probability. It became accepted that in the sphere of the natural sciences and social phenomena the relatively absolute epistemic ideal of *scientia* was unattainable and that man had to contend himself with differing degrees of probability. As Shapiro described, this epistemological shift went hand in hand with – and was

[41] Ibidem, pp. 32-34. Pasnau remarks in a similar vein on late-medieval epistemology that: "The heart of the problem is that epistemology before Buridan had never clearly come to grips with how to incorporate the notion of evidence into a theory of knowledge. Although the *Posterior Analytics* had described knowledge as grounded in a demonstrative syllogism, Aristotle offered no broader theory of evidence into which his syllogistic theory might fit". See Pasnau, "Medieval social epistemology", p. 34.

[42] As will be further discussed below, the new probabilistic conception made it apparent that the various forms of evidence could merely provide different degrees of probability which depended on the circumstances of the case, but that they were not qualitatively different from each other. It was later recognized that even the confession and witness testimony did not prove the crime directly but that the judge still had to make a chain of probable conclusions regarding the question whether, for example, the testimony was reliable and if the testimony actually sufficiently proved the crime. In short, the new probabilistic conception made it clear that to prove the crime and the guilt of the accused, the same form of inferential reasoning was necessary for the confession, witness testimony and indicia.

[43] Hacking, *The Emergence of Probability*, pp. 9-17. There were also a number of authors who attempted to apply the statistical concept of probability to the criminal law of evidence in the eighteenth and nineteenth centuries. For example, Jacques Bernoulli and Condorcet. On these attempts see Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant*, pp. 265-298.

[44] Importantly, Daston notes in a comparable way that within the epistemic version of probability two variants can be distinguished. One as "the measure and strength of an argument (how evidence weighed in for or against a judicial verdict); and as the intensity of belief (the firmness of a judge's conviction of the guilt or innocence of the accused)". See L. Daston, *Classical Probability in the Enlightenment*, p. 188.

[45] The distinction in the use of these two variants among jurists was, nevertheless, a fluid one and one of degrees only. On the one hand, proponents of the 'reasoned' conviction also acknowledged that the conviction in the end depended on the evaluation of the person judging and, therefore, always contained a subjective element. On the other hand, there were only few jurists who would argue for the extreme variant that a conviction should be based entirely on a subjective and unreasoned feeling.

strongly induced by – the rise and apparent success of a more empirical, experimental and inductive method of research in the natural sciences which is generally designated as the 'scientific revolution'.[46] The breakdown of the dichotomy between the realms of *scientia* and *opinio* and the emergence of a probabilistic approach to knowledge had important consequences for the criminal law of evidence. The probabilistic terminology started to be taken over by jurists and was increasingly used to argue that it was impossible to determine *a priori* when sufficient evidence existed for a condemnation in the concrete case.

2.2.3 The reception of the new epistemological ideas by the jurists

As has been described, in the seventeenth and eighteenth centuries an important change occurred in the epistemological discourse. Instead of the dichotomy between *scientia* and *opinio* in the late middle ages, this period saw the rise of an approach where different forms of knowledge were perceived to fall along a sliding scale of degrees of probability. Regarding the criminal law of evidence it became commonly accepted that a high probability of guilt sufficed for a condemnation. The idea that general rules could *a priori* determine when there was sufficient evidence for a condemnation in the concrete case came to be seen as implausible. Instead, the judge had to work in an inductive manner, without pre-established rules, to see whether there was sufficient evidence to make it highly probable that the suspect had committed the crime. The central hinge in this new approach was formed by the internal conviction of the judge or jurors.

During particularly the second half of the eighteenth century continental jurists started to take over the probabilistic terminology. This was first of all visible among authors who simply tried to explain the existing system of legal proofs in this new terminology in juridical handbooks without aiming at a reform of the criminal law of evidence. As Shapiro stated, they tried to reformulate and understand the system of legal proofs in accordance with the new epistemological ideas.

A good example hereof is the Neapolitan jurist Briganti's *Pratica Criminale* (1747), which can be seen as a typical juridical handbook that tried to explain the criminal law of evidence as it actually functioned. An ordinance created in 1621 for the kingdom of Sicily explicitly allowed the possibility of condemning to the ordinary punishment on the basis of undoubtable indicia, but the question was still how this term should be understood. Here Briganti explains that undoubtable indicia existed when the judge had attained *moral certainty*. He explained that undoubtable indicia did not mean that an absolute certainty was necessary but merely that a high probability was required to condemn someone. What is interesting with Briganti, furthermore, is that he was clearly inspired by the current epistemological discussions. He refers over ten times to Locke and his explanation of what moral certainty was consisted of an exact Italian translation of the words with which Bayle described moral certainty in his *Dictionnaire historique et critique*.[47]

Apart from authors such as Briganti who tried to explain the system of legal proofs in probabilistic terms, most authors started to use the probabilistic ideas to criticize the plausibility of the system of legal proofs. They argued that moral certainty alone was sufficient for a condemnation and that this could not be regulated in general rules. Beccaria in his ground-breaking work *Dei delitte e delle pene* (1764) speaks in probabilistic terms and stated that only a moral certainty was necessary for a condemnation. He explicitly remarks that one might ask why he speaks of the criminal law of evidence in terms of 'probability'. Beccaria's answer to this important question is formulated in a very clear 'matter-of-fact' way: "one has to notice when one wants to speak accurately, that *moral certainty* is nothing more than a probability, but a probability that is called certainty because every man of good sense would consider it that way".[48]

Brissot de Warville remarked in a similar way that it was in vain that the jurists had searched for 'un thermomčtre judiciaire', the foundation for a condemnation could not be anything else than moral certitude.[49] Instead of explaining the requirements for a *probatio plena*, the reform-minded authors argued that only a high degree of probability or moral certainty was necessary for a condemnation. From this probabilistic conception it was, furthermore, argued that there was no essential difference between the confession, witness testimony and indicia. In a treatise of 1782 Globig and Huster, for example, denied that there was an essential difference between the confession, witness testimony and indicia. They argued that these forms of evidence could create the same kind of high probability and that condemnations to the ordinary punishment on the basis of indicia should also be possible. Globig and Huster concluded that if indicia were unsuited to create the necessary certainty for a conviction the same would have to apply to the confession and witness testimony:

"Die gegenseitige Gründe, als ob die indicia nur wahrscheinliche Argumenta wären, folglich aus ihnen niemand überzeugt werden könnte, dass sie leichte trügen könnten, dass sie den Beweis des Gegenteils zuließen etc. Alle diese Gründe sind von keinem Gewicht. Denn da sie eben sowohl wider die stärkste und jede moralische Gewissheit angeführet werden können; so würde daraus folgen, das wir niemalen einer andern, als einer demonstrativen Gewissheit glauben, folglich auch jeden Beweis durch Zeugen für keinen Beweis erkennen müssten".[50]

---

[46] In the area of the natural sciences it was increasingly recognized and accepted that the empirical study of natural phenomena could not lead to demonstrative certainty, but that it was only possible to obtain moral certainty or a high degree of probability from the observation of nature. An inductive, experimental method became the norm and was highly important to the scientific revolution of the seventeenth and eighteenth centuries. On this development see Shapiro, *Probability and Certainty in Seventeenth-century England*, pp. 15-73.

[47] Cogrossi, C., "Alle origini del libero convincimento del giudice. La morale certezza in Tommaso Briganti trattatista del primo settecento", in *Amicitiae pignus: studi in ricordo di Adriano Cavanna*. Milan, 2003, pp. 520-532. Briganti used the following words to describe moral certainty which were the exact words of Bayle: "La vera natura… di questa certezza morale non consiste come nelle dimostrazione geometriche in un punto indivisible, ma soffre il piů ed il meno, e si promena da una grande probabilitŕ sino ad una grandissima probabilitŕ: question sono i suoi limiti e per conseguenza include certezza evidente, ma non esclude la possibilitŕ in contrario".

[48] Michiels, *Cesare Beccaria*, pp. 62-63.

[49] Brissot de Warville, J-P. *Théorie des loix criminelles, Tome II*. 1781, pp. 85-88

[50] Globig, H.E., and Huster, J.G., *Abhandlung von der Criminal=Gesetzgebung.* 1783, pp. 351-352.

Importantly, as has been described in the previous section, the epistemic variant of probability could be used both in a more objective and in a more subjective sense. This duality can be seen well in the way the concept of moral certainty was used by the jurists. It was used to denote in a more objective sense that it needed to be highly probable that the accused was guilty, and it was used in a more subjective sense to refer to someone being certain of a proposition (meaning that the judge needed to be morally certain). In the last decades of the eighteenth century the idea of moral certainty was increasingly used in the more subjective sense to refer to the internal or 'moral' conviction of the person judging. Particularly by French authors, the conviction of the person judging started to be presented as a sufficient basis for a condemnation in clear contrast to the system of legal proofs. The use of moral certainty to refer to the internal state of being 'morally' convinced can be seen very clearly in the discussions of the French revolutionary assembly where the *conviction intime* of the jurors was introduced as the sole criterion for the sufficiency of proof. Thouret, for example, remarked:

"C'est-là essentiellement la *conviction morale* qui ne se commande pas, qui est tout-ŕ-la-fois et au-dessus des préceptes, et plus sűre qu'eux dans l'application. Elle subjugue quand elle est ressentie, elle ne peut ętre ni dictée ni supplée quand elle n'existe pas. Elle est le plus sűr *criterium* de la vérité humaine".[51]

The best and perhaps most influential example of the use of moral certainty to refer to the internal conviction in the juridical literature is formed by Filangieri. He started by stating that moral certainty was absolutely necessary for any condemnation and that without moral certainty a condemnation would be an injustice. Subsequently, he remarked that there was some confusion surrounding the concept of moral certainty because some authors deemed that the certainty needed to lie in the propositions. The certainty, however, was nothing else than the state of mind which consisted of being sure of the truth or falsity of a proposition. Filangieri, in other words, required moral certainty for a condemnation and meant by this that the judge needed to be internally convinced: "Tutto quello dunque che si č detto della certezza in generale, si puň applicare alla certezza morale. Questa, come ogni altra certezza, non č dunque nella proposizione, ma nell'animo".[52]

Summarizing, two important criticisms were derived from the new epistemological ideas. Firstly, it made the distinction between direct and indirect forms of evidence seem untenable. A central idea within the system of legal proofs was that only the confession and witness testimony could create a full proof. It was thought that they proved the crime 'directly' and provided a different and higher kind of certainty than circumstantial evidence ever could. From the new probabilistic conception it was argued that the various forms of evidence merely provided differing degrees of probability which depended on the circumstances of the case, but that they were not qualitatively different from each other. It was recognized that even the confession and witness testimony did not prove the crime directly but that the judge still had to make a chain of probable conclusions regarding the question whether the testimony was reliable and if the testimony actually sufficiently proved the crime.[53]

Secondly, and closely related to the first criticism, from the new probabilistic conception it seemed impossible to define in *a priori* rules when sufficiently strong evidence existed for a condemnation in the concrete case. There was no reason anymore to assume that the confession or the testimony of two eyewitnesses created a full proof or a sufficient certainty in all cases while other forms of evidence by definition could not. The question whether there was a sufficiently high probability for a condemnation depended on the concrete circumstances of the case and how they related to each other. This impossibility to predetermine the sufficiency of proof in general rules was particularly apparent concerning the matter of indicia because their endless possible variety seemed to defy any strict regulation.

The fundamental criticisms of the system of the system of legal proofs and the idea that only a moral certainty was necessary for a condemnation went hand in hand with a change in the idea about the role of the judge in evaluating the evidence. With the presupposition that it was impossible to predetermine in evidentiary rules when sufficient evidence was present for a condemnation, the burden fell on the judge or jurors to evaluate whether a sufficiently high probability of guilt existed in the individual case. This change is accurately summarized by Padoa-Schioppa:

"c'est la mutation du rôle du juge dans l'évaluation de la preuve. Une attitude nouvelle émerge en effet, destinée à s'af-

---

[51] Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant*, pp. 323-324. Another good example of this change in terminology is present in a Dutch concept criminal ordinance of 1804 that was intended to reform the criminal law of evidence. The article dealing with the question 'when a crime is proven', stated: "the existence of a crime and the guilt of the suspect are considered proven, when the judge is convinced that the opposite is morally impossible". See Moorman van Kappen, O., *De ontwerpen Lijfstraffelijk wetboek 1801 en 1804. Volume 1*. Zutphen, 1982, p. 155.

[52] G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, *Book III*. 1780-1785, chapter 13, pp. 96-103.

[53] The epistemological change made the distinction between, on the one hand, indicia and, on the other hand, the confession and witness testimony appear untenable. The free evaluation of the evidence negated the importance of this distinction and made it possible for the judge to ground his decision on either form of evidence. It is, however, important to stress that during the late eighteenth and nineteenth centuries, oral testimony remained the central and most highly valued form of evidence that was used in the criminal trial. There was still a lingering distrust against indicia in this period. Only during the late nineteenth and the first half of the twentieth centuries, with the rise of the forensic sciences, did indicia become a far more highly valued form of evidence. The new methods of investigation that were developed in this period – such as the study of footprints – and the 'scientific aura' of these methods, gave a more important place to the use of circumstantial forms of evidence and the testimony of experts who analyzed these circumstances. Nevertheless, it was the emergence of the free evaluation of the evidence which would principally clear the way for the judge to ground his decision on any form of evidence. Even with the more central role of indicia the evidentiary system remained essentially the same. The judge still had to freely evaluate the evidence and his internal conviction was still the central requirement for a condemnation. See Chauvaud, F., "Le Sacre de la preuve indiciale. De la preuve orale ŕ la preuve scientifique (XIXe-milieu du XXe sičcle)", in : Lemesle, B. (Hrsg), *La Preuve en Justice. De l'Antiquité ŕ nos jours* (Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2003), pp. 221-239.

firmer par la suite: le principe de la 'certitude morale', considérée comme le fondement nécessaire et suffisant pour émettre la décision judiciaire. A son tour, la certitude morale résulte du degré de 'probabilité' qu'un fait donné présente aux yeux du juge: *donc, c'est l'attitude du juge par rapport aux preuves qui devient fondamentale dans la notion moderne de certitude morale*." [54]

The foundation for a condemnation would no longer consist of the correspondence of the evidence to certain *a priori* criteria that determined the sufficiency of proof, but in a high degree of probability (moral certainty) that was to be determined through the free evaluation of the evidence by the judge or juror. As will be further described below.

The rejection of the possibility to predetermine when sufficient evidence existed for a condemnation led to the conclusion that the judge or jurors should be free in the evaluation of the evidence so that they could do justice to the concrete circumstances of the case. In effect the internal conviction of the judge or jurors became the fundament for a condemnation. Stichweh, who described this transition as a „Subjektivierung des Beweisrechts", commented on this development that the internal conviction started to function as the criterion or equivalent of the required certainty in criminal cases. The significance of this new focus on the internal process of 'being convinced' in opposition to applying general binding evidentiary rules is described by Stichweh in the following way:

"Es geht nicht mehr um die Präsentation der gesetzlich festgelegten Beweismittel und die dann ausgesprochene Anerkennung (oder die Verweigerung dieser Anerkennung), dass die Beweismittel den Bedingungen der gesetzlichen Beweistheorie genügen… Stattdessen beobachten wir eine Verschiebung der für den Beweis relevanten Bestimmungen und Unterscheidungen in den Bereich einer *Semantik mentaler Operationen*"; 'Wir haben es zu tun mit einer *Mentalisierung des Beweises*'". [55]

2.2.4 The introduction of the free evaluation of the evidence

So far it has been shown that the jurists took over a new probabilistic terminology in describing the nature of the certainty that needed to be attained in criminal cases. In continental European countries the new epistemological ideas led to strong criticisms of the system of legal proofs and they were an important reason for the introduction of the free evaluation of the evidence. Between roughly the last decade of the eighteenth century and the 1870's the system of legal proofs was replaced in almost all the continental European countries by a system based on the free evaluation of the evidence. The central criterion for a condemnation now became the internal conviction of the judge or jurors of the guilt of the suspect.

The fact that the plausibility of the system of legal proofs was denied and that the freely formed internal conviction was increasingly recognized as the foundation for a condemnation in criminal cases did not mean that the discussion was over and that there was suddenly a clear agreement on how the role of the conviction should be understood. Even though a consensus grew in the first decades of the nineteenth century that the internal conviction of the judge or jurors was required for a condemnation, there were nevertheless significant differences

---

[54] Padoa-Schioppa, A., "Sur la conscience du juge dans le ius commune Européen", in : Carbasse, J-M. (Hrsg), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne* (Paris: Presse Universitaire de France, 1999pp. 122-123.

[55] Stichweh, R., "Zur Subjektivierung der Entscheidungsfindung im Deutschen Strafprozessdes 19. Jahrhunderts", in: Gouron, A. (Hrsg), *Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens: Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18.-20. Jahrhundert)*. Frankfurt am Main, 1994, pp. 283-292. Interestingly, Stichweh argues that the transition from the system of legal proofs to a system based on the free evaluation of the evidence eventually enabled a more hermeneutical approach to the criminal law of evidence. In the old system of 'legal proofs' the judge had a predominantly analytical approach. What constituted a 'full proof' was predetermined, and a judge predominantly had the task to see whether the evidence in front of him fulfilled the general categories. From the nineteenth century onwards, this analytical approach was in effect replaced by a hermeneutical approach. There was no clear predetermined objective standard anymore of what constituted a sufficient proof and which determined what 'value' the different individual pieces of evidence had; two witnesses could be too little to convince the judge, while several circumstantial forms of evidence could now convince him of the guilt of the suspect. As Stichweh states: "Die freie Beweiswürdigung setzt eine Hermeneutik an die Stelle einer Analytik, und wie gerade am Beispiel des Zeugenbeweises sichtbar wird, handelt es sich nicht um eine Texthermeneutik, nicht um eine Technik der Sinnexplication der in schriftliche Form gebrachten Aussagen, vielmehr um eine Hermeneutik der Interaktion, eine Auslegung von in öffentlicher, zudem dialogischer 'Rede' gemachten Aussagen".
As Stichweh rightfully states, the hermeneutics of the criminal judge was not so much a textual hermeneutics, but more one of interaction in the courtroom where the behaviour and expressions of witnesses were being heard. The idea of a 'hermeneutical circle' applies very well to the new situation of the criminal judge wherein the internal conviction (*Überzeugung*) played a central role. Because there was no longer a predetermined value of, for example, a confession or the testimony of a witness, every form of evidence became merely an *Indiez* or *Einzelheit* which had to be seen in the context of the whole (the judge's *Gesamteindruck*). Furthermore, the details of a testimony became more important – such as nervous movements by the suspect, small inconsistencies or a too 'perfect a story' by a witness – because the total trustworthiness of the testimony was seen in light of these individual aspects. The details and individual pieces of evidence, however, only acquired their meaning in the light of the whole, while the whole was an accumulation of the individual parts. This more hermeneutical approach to the criminal law of evidence appears to have emerged largely unconsciously in the nineteenth century in concomitance with the introduction of the free evaluation of the evidence and a stronger emphasis on the orality of the procedure. Incidentally, the *de facto* more hermeneutical approach in the nineteenth century also fitted well with the new importance that was given to proving the criminal intent of the suspect. In a criminal case the goal was not merely to give a reconstruction of the fact, but also to understand and interpret the goals and emotional state of the suspect.
This change has also been commented on in a similar way by Astaing: "Cette liberté nouvelle dans la domaine probatoire amčne les juges ŕ procéder ŕ des opérations intellectuelles et psychologique qui ne se réduisent pas ŕ celles qu'impliquait l'ancien systčme car l'esprit sait ne pas pouvoir espérer une ferme adhésion a une solution infaillible. De manič re plus concrčte, lors du jugement, la démarche analytique et objective d'appréciation des preuves s'efface : se substitue ŕ elle une approche synthétique et, dans le męme temps, subjective et en partie sentimentale des éléments de preuve". See Astaing, A., "Le refus du dogmatisme et du pyrrhonisme : la preuve pénale dans *le traité de la justice criminelle de France* (1771)", in : Leveleux-Teixeira, C. (Hrsg), *Daniel Jousse. Un juriste au temps des Lumičres (1704-1781)*. Limoges, 2007, p. 81.

in the view on how the conviction should be understood and what its role should be. A large part of the debate in continental Europe in the nineteenth century revolved around this question. Largely two visions can be distinguished in the continental European discussions on how the role of the internal conviction should be understood: the idea of the *conviction intime* and the idea of the *conviction raisonnée*.

The conviction intime and the conviction raisonnée

The roots of this discussion lay in the reform of the criminal law of evidence by the French revolutionaries. They rejected the plausibility of *a priori* evidentiary rules and wanted to introduce the free evaluation of the evidence by laymen. To an important extent because they distrusted the professional magistrates or the *noblesse de robe*, as will be further discussed in section five. The French revolutionaries were the first to explicitly abolish the system of legal proofs and replace it with the free evaluation of the evidence by lay jurors between 1789 and 1791. The revolutionaries presented the necessary *conviction intime* very much as a subjective and even intuitive conviction. The proponents of a *conviction raisonnée* later reacted against this idea and argued that the conviction had to be a reasoned conviction which was based on a high degree of probability. To an important extent, the proponents of a *conviction raisonnée* continued to build on the idea, developed in the second half of the eighteenth century, that the moral certainty required for a condemnation needed to consist of a more objective high degree of probability. It can, furthermore, be said that the idea of the *conviction raisonnée* much more resembled the Anglo-Saxon criterion that the jurors needed to be convinced beyond a reasonable doubt and to a moral certainty. The subjective interpretation of the internal conviction by the French revolutionaries, formed a rupture with this development.[56] The question is why the French revolutionaries argued so strongly for the idea of a subjective and intuitive conviction. Two factors appear to be of central importance to explain this interpretation of the internal conviction.

Firstly the choice for lay jurors, to a large extent, determined how the French revolutionaries presented the role of the internal conviction. The revolutionaries put a strong emphasis on the idea that any lay person could feel or understand the truth when he sat at the trial and the evidence was presented to him directly and orally. Partially to justify that no legal training was necessary to correctly evaluate the evidence, a strong emphasis was placed on the fact that the internal conviction was not the process of a reasoned evaluation of the evidence, but far more something that could be 'instinctively' felt. Very often the proponents of a jury system stated that normal *common sense* and a good, honest character suffice to judge on the question of fact, and that a layman's common sense was even better suited than the complex legal evidentiary theories which were estranged from reality.

Secondly, beside the fact that the French Revolutionaries wanted to justify that laymen could decide just as well on the question of fact as professional judges, the idea of an almost instinctively formed internal conviction fitted very well in the high esteem that sentiment and intuition possessed in the French enlightenment. The second half of the eighteenth century in France is aptly coined 'the age of sensibility' by Riskin who has shown that among the philosophes the idea was dominant that empirical knowledge grew not from sensory experience alone, but from an inseparable combination of sensation and sentiment. There was virtual cult of sensibility in France which emphasized the importance of sentiment and intuition in lieu of reason.[57] The emphasis on the importance of sensibility in the acquisition of empirical knowledge in the French enlightenment forms an important facet in the explanation of why the *conviction intime* was understood in a largely intuitive and sentimental sense. A typical formulation of this idea that the jurors could almost 'intuitively' feel the truth was presented by Thouret in the revolutionary *Assemblée Constituante*:

"Les jurés sont placés au sein, pour ainsi dire, de la preuve; ils en suivent tous les progrčs matériels et moraux; ils voient et entendent l'accusé se défendre, ils voient et entendent les témoins et l'accusé poursuivant, pressant réciproquement, et faisant sortir la vérité par leur débat contradictoire. A mesure que ce débat s'avance et s'anime, ils reçoivent une conviction intime, et s'imprčgnent de la vérité par tous leur sens, et par toutes les facultés de leur intelligence".[58]

The accent lay, furthermore, on the relatively passive position of the jurors who, more or less, involuntarily saw or sensed the truth as the evidence was presented to them directly, and not on the internal conviction as the result of a process of rationally evaluating the evidence. This idea is very typically expressed in the following manner by Meyer, a Dutch jurist who pleaded for the introduction of the jury system in 1819:

"la vivacité des débats, la présence ŕ l'instruction orale, peuvent faire naître cette conviction intime, cette certitude morale qui ne laisse aucun doute sur la vérité; l'application de la loi est le résultat d'une combinaison froide et műrie par la réflexion; le fait se reconnaît par les sens, par un sentiment qui résulte presqu'involontairement de l'examen".[59]

The vision of the French revolutionary reformers became known as the idea of the *conviction intime*. Many of the authors who pleaded for the introduction of a jury system in the nineteenth century followed this idea. In accordance with this view

[56] Rosoni even states that the French idea of the *conviction intime* formed a rupture with the fertile epistemological development in the juridical science and contained a banalisation of this development in its presentation of the *conviction intime* as the criterion for the free evaluation of the evidence. See Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant*, pp. 26-27.

[57] Riskin, J., *Science in the age of sensibility. The sentimental empiricists of the French enlightenment*. Chicago, 2002, pp. 1-17. This importance of sensibility in the French enlightenment is also summarized well by Kennedy: "As the enlightenment explained the workings of nature by imminent processes, so it discarded the mind-body dualism of the Cartesians by underscoring the origins of all mental activity in experience. By 1801 Destutt de Tracy had pushed Lockean sensationalism so far that he could assert that 'to think is to sense and nothing but to sense'. Etienne Bonnot de Condillac and Helvétius had diminished the active role of the intellect, which Locke had retained for reflection, deduction and intuition. Condillac's *Traité des sensations* (1754) argued that thought was 'transformed sensation'". See Kennedy, E., *A cultural history of the French Revolution*. New Haven, 1989, p. 66.

[58] Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant*, pp. 323-324.

[59] See Meyer, J.D., *Esprit, origine et progress des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe. Tom. VI*. 1819-1823, pp. 368-369 and 437.

they argued that the internal conviction could not and should not be motivated, and that no appeal should be possible. Conversely, many of those who were in favour of retaining professional judges and deemed that experience and training were necessary to judge in criminal cases, put a strong emphasis on the fact that the internal conviction should be the result of a reasoned process of weighing the evidence. In contrast to the 'French' idea of a subjective *conviction intime* they argued that a *conviction raisonnée* was required. The authors who supported this view argued that it was not just the internal conviction which was important, but the grounds supporting the conviction. Although they deemed that is was not possible or useful to create legal evidentiary rules which positively prescribed when sufficient evidence existed for a condemnation, they argued that the judge was still bound to follow the general rules of logic and experience on the basis of which his internal conviction could be scrutinized. For this reason they often put a strong emphasis on the fact that the judge should account for his conviction by motivating his verdict and that this judgement should be reviewed in appeal.[60]

A good example of this view can be found in Von Savigny who denied that the abolition of the system of legal proofs would automatically mean that the judge would now have to decide according to some subjective feeling:

"Daraus, dass die Beweisregeln nicht ein für alle Mal gesetzlich festgestellt werden, folgt noch nicht, dass die Richter überhaupt von der Verpflichtung entbunden werden, nach Gründen und Regeln zu urteilen und hiervon Rechenschaft zu geben… Der Unterschied zwischen Richtern mit und ohne gesetzlichen Beweistheorie besteht lediglich darin, dass in letzteren Falle dem Richter selbst die Auffindung und Anwendung der Beweisregeln, welche die allgemeine Denkgesetze, Erfahrung und Menschenkenntnis an die Hand geben, überlassen wird, während in ersterem Falle gewisse Beweisregeln schon durch das Gesetz selbst ein für alle Mal als unabänderliche Formeln festgestellt und dadurch das Urteil des Richters gefesselt und derselbe gehindert wird, jeden Fall nach seinen Eigentümlichkeiten zu beurteilen".[61]

Similarly, the Dutch author Modderman who was strongly inspired by the German discussion, in 1867, argued for the free evaluation of the evidence by professional judges and stated that the certainty required in criminal cases was a 'historical or empirical truth', which consisted of a very high degree of probability that could, however, never amount to absolute certainty. The central tenet of his argumentation was that legal evidentiary rules were useless and harmful because the high probability required in a criminal case was something concrete which could not be predetermined by general rules. No two crimes were alike and it was foolish to try to capture the endless variety of circumstances under some abstract rules which could never do justice to the complexity of the individual case. Modderman aligned himself with German authors such as Mittermaier, Jarcke, and Von Savigny, and agreed that everything depended on the grounds for the conviction. Against the idea of the *conviction intime*, he remarked that most German and Dutch authors now acknowledged that abolishing evidentiary rules did not mean that professional judges would no longer have to rationally weigh the evidence and follow the general rules of logic and experience. He argued that it should be presupposed that judges had to follow these general rules, rationally weight the evidence and give account of their internal conviction through the motivation of the verdict.[62]

Lastly, however, Modderman also rightfully made the important remark that the distinction between the so-called *conviction intime* and *conviction raisonnée* should not be drawn too sharply. For a long time during the nineteenth century the discussion had been dominated by a flawed dichotomy which derived from two polemical exaggerations. The first exaggeration consisted of the fact that the French revolutionaries and French authors presented the internal conviction too strongly as based on an intuitive, unreasoned, feeling of the truth to justify that no legal training was necessary to correctly evaluate the evidence and that lay jurors could just as well decide on the evidentiary question as professional judges. The second exaggeration, which created the dichotomy, was the reaction against this view by, among others, German and Dutch authors who presented the question as if one could only choose between the unreasoned subjective *conviction intime* proposed by the French revolutionaries, or a system based on evidentiary rules in which the judge rationally weighed the evidence. To an extent, therefore, these Dutch and German authors polemically exaggerated the unreasonableness and subjectivity of the French *conviction intime* to contrast this with their supposedly rational conception of how the judge should evaluate the evidence. Modderman remarked that this sharp dichotomy had, nevertheless, been largely superseded in the juridical literature since the 1840's.[63]

[60] Important authors who, for example, argued that a reasoned conviction was necessary, were Jarcke and Mittermaier. See Jarcke, C.E., *Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise.* 1825, pp. 98-103, and Mittermaier C.J.A., *Lehre vom Beweise.* 1834, pp. 60-114.

[61] Savigny, F. von, *Ueber Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse.* 1858, p. 484.

[62] Modderman, E.A.J., *De wetenschappelijke bewijsleer in Strafzaken*. 1867.

[63] Ibidem, pp. 157-175. It is in any case difficult to determine to what extent the French revolutionaries actually had an 'irrational' and subjective understanding of the *conviction intime*. There were some conflicting tendencies in the expressions of the French revolutionaries on this subject and the jury instruction, for example, also prescribed the jurors to ask themselves what impression the evidence had made on their 'reason'. Some authors, such as Donovan, disagree with the idea that the French revolutionaries had an irrational or sentimental understanding of the *conviction intime*. Nevertheless, although it is difficult to determine to what extent the revolutionaries actually endorsed an 'irrational' understanding of the internal conviction, it can be stated that they placed a relatively strong emphasis on the intuitive and subjective nature of the conviction. This accent of the French revolutionaries becomes particularly apparent when it is contrasted with the rhetoric of many Dutch and German authors who argued that it is not primarily the conviction that matters but the grounds supporting this conviction, and who deemed that the judge should give account of his conviction in the motivation of the verdict. These German and Dutch authors, however, also acknowledged – particularly from the 1840's onwards – that it was never entirely possible to explain why someone was subjectively convinced. In conclusion, it can be stated that there was at least a significant difference in emphasis between the rhetoric of the French revolutionaries and that of later supporters of the *conviction raisonnée*. It has to be kept in mind, nevertheless, that there was a degree of polemical exaggeration in this contrast and that it is difficult to ascertain to what extent the French revolutionaries really endorsed an 'unreasoned', sentimental conviction. See Donovan, J.M., *Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Chapel Hill, 2010, pp. 29-31.

Summarizing, the change in the epistemological discourse between the seventeenth and nineteenth centuries which saw the emergence of a probabilistic conception of the truth in the criminal law of evidence, undermined the ideological foundations of the system of legal proofs. Between 1750 and 1870 the conclusion was increasingly drawn that it was impossible to determine in *a priori* rules when sufficient evidence existed for a condemnation. Instead it was argued that the freely formed internal conviction of the judge or jurors was the best possible criterion of whether there was sufficient proof (i.e. a sufficiently high probability of guilt) in the concrete case. As has been described, a difficult point of discussion which then arose was how this internal conviction should be understood. Generally two views on this question can be discerned in the form of the *conviction intime* and the *conviction raisonnée*, which to a large extent shaped the debate in the nineteenth century and how the criminal law of evidence was given shape after the abolition of the system of legal proofs. It is now time to look at how this complex discussion developed in the German territories between 1750 and 1870.

3. The abolition of judicial torture and the start of the reform debate: 1750-1812

Regarding the criminal law of evidence, the starting point of the discussion in the German territories in the second half of the eighteenth century was somewhat different from that in, for example, France. Whereas in France the criminal ordinance of 1670 appeared to allow a limited possibility to condemn someone on the basis of 'undoubtable indicia', in the German territories a more restricted version of the system of legal proofs existed which explicitly forbade to pronounce the ordinary or full punishment on the basis of indicia. The stricter German variant can be traced back to the *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) of 1532. The CCC was the main ordinance which regulated the substantive and procedural criminal law in the German territories. Even though the German states could give prevalence to their own particular criminal regulation above the CCC, it had a strong authority in the German territories until well into the nineteenth century. Crucial was article 22 of the CCC which explicitly forbade the pronunciation of a *peinliche Strafe* on the basis of indicia alone. According to the ordinance a full proof could only be based on two eyewitnesses or a confession.[64]

The prohibition to condemn to the 'ordinary' punishment on the basis of indicia was repeated in the German handbooks of the seventeenth and eighteenth centuries. The most influential handbook on criminal procedural law in the seventeenth century was Carpzov's *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalum*. Carpzov here confirmed that indicia could not suffice for an ordinary punishment. He also taught that a more lenient extraordinary punishment could be pronounced on the basis of indicia if they created a very strong suspicion. This was a subject on which the CCC had remained silent.[65] Most authors who wrote handbooks on the criminal procedural law in the eighteenth century did not deviate from the evidentiary standards proposed by the CCC and Carpzov. Influential writers such as Boehmer and Meister the elder, for example, both taught that a full proof could only consist of a confession or the testimony of two eyewitnesses.[66] The same evidentiary standards could also be found in the criminal legislation for Bavaria in 1751 and Austria in 1768.[67]

Even though eighteenth century authors still repeated the same evidentiary standards as the CCC and Carpzov, they did start to use a new probabilistic terminology to describe what kind of truth was required in criminal cases. Ignor has observed this changed terminology in, for example, the works of Boehmer and Leyser. Ignor even describes this new terminology as the laying of dogmatic explosives that would eventually lead to the destruction of the traditional evidentiary system. Leyser, for example, stated on the kind of certainty which was required for establishing the existence of the *corpus delicti*: "Ad corpus delicti *certitudo moralis*, qualis in rebus humanis haberi potest, non mathematica et absoluta, requiritur".[68] Not a mathematic or absolute certainty was required, but only a kind of certainty which one could normally have in human affairs: a high degree of probability which was called moral certainty. Boehmer as well, stated that it was absurd to demand a mathematical certainty in criminal law where only a moral certainty was possible.[69] Ignor, furthermore, refers to Gmelin (1785) who had remarked: "wir würden weder in bürgerlichen noch peinlichen Sachen jemals ein Urteil fallen können, wenn wir mathematischen Gewissheit forderten, dann auch eine Million von Zeugen bringt keine solche Gewissheit hervor; wir können uns der Notwendigkeit nicht entheben, den Richter nach lauter Wahrscheinlichkeiten handeln zu lassen".[70]

Ignor sees the use of this new probabilistic terminology as the beginning of a change which eventually led to the reform from the relatively rigid system of legal proofs to the acceptance of a system based on the free evaluation of evidence. The change started in the second half of the eighteenth century with the abolition of judicial torture and the increasing recognition of indicia, and ended with the acceptance of the free evalua-

[64] Ignor, A.M., *Geschichte des Strafprozess in Deutschland: 1532-1846: von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*. Paderborn, 2002, pp. 41-44 and 62-64.

[65] Michels, K., *Der Indizienbeweis in Übergang vom Inquisitionsprozess zum reformierten Strafverfahren*. Tübingen, 2000, pp. 23-30.

[66] Thäle, B., *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*. Frankfurt Am Main, 1993, pp. 29-34.

[67] Michels, *Der Indizienbeweis*, pp. 37-43.

[68] Ignor, *Geschichte des Strafprozess*, pp. 167-168.

[69] Ibidem, p. 166-168. Incidentally, Ignor mentions that in this period a "Lehre von der 'moralische Gewissheit'" seems to have been spreading and he notes that Beccaria propagated it as well. Ignor, however, does not give an explanation for the origins of this new terminology and does not seem to have been aware that it was a general phenomenon throughout continental Europe. He, for example, tries to explain why it is unlikely that Beccaria acquired this terminology from Boehmer, and that he might not have been the first to propagate the a "Lehre von der 'moralische Gewissheit'".

[70] Gmelin, C.G., *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen*. Leipzig, 1786, p. 333.

tion of the evidence in the German territories after 1848.[71] The emergence of a probabilistic conception was an important factor in the eventual reform from the system of legal proofs to a system based on the free evaluation of the evidence. As Ignor himself remarked, however, this was not a change which happened overnight and the 'epistemological change' was certainly not the only factor that helped shape the eventual reform of the criminal law of evidence. The reform was also strongly shaped by political-constitutional motives and firmly imbedded in a broader change of the criminal procedural law.

3.1 The start of a reform discussion

The reform debate on the criminal procedural law in Germany started to take off in the second half of the eighteenth century. Although it was still moderate in tone compared to France, there was an evident growing dissatisfaction with aspects of the inquisitorial procedure. Judicial torture came under particular criticism. In the period from roughly the 1740's until the 1810's, a consensus grew that the practice of judicial torture was as inefficient as it was unjust, and that it should be abolished. During this phase judicial torture was in fact abolished in almost every German state. This happened, for example, in Prussia in 1740, in Baden in 1767, Mecklenburg in 1769, Austria in 1776, Bayern and Württemberg in 1806 and Hannover in 1822. The decrees which abolished torture, however, most often contained no provisions on what should take its place and altered nothing to the existing procedural framework or the system of legal proofs. It remained largely for the judicial practice and theory to fill in this void.[72]

Despite the growing consensus that judicial torture should be abolished, a difference of opinion remained in the juridical literature on what should take its place. In this period roughly two sides of the debate can be distinguished in the juridical literature. One side consisted of the more conservative authors who did not want to change anything in the existing system of legal proofs except for the – sometimes grudgingly accepted – abolition of judicial torture. The other more progressive side wanted to abolish judicial torture and extend the possibility for the judge to condemn on the basis of indicia, but normally still within the bounds of a legal theory of proof which prescribed when the indicia were sufficient for a condemnation. The more conservative authors remained unwilling to except the possibility of condemning on the basis of indicia and would rather just extend the use of extraordinary punishments and the so-called *Lügenstrafe* and *Ungehorsamstrafe* (punishments for 'lying' and for 'disobedience'), when there was strong evidence short of a full proof.

Important representatives of the more progressive side were Globig and Huster. They worked together on the *Abhandlung von der Criminalgesetzgebung* which in 1782 won the prestigious prize question of the *Berner Ökonomischen Gesellschaft*. This prize question, which asked 'what was the best way to organize the criminal law', was a significant event. It was supported by Voltaire – who for this purpose wrote his small treatise *Prix de la justice et de l'humanité* (1777) –, and had a large number of participants, among whom Marat, Servin and Brissot de Warville. The treatise of Globig and Huster contained many new enlightened ideas. It started with a theoretical part which derived the right to punish from a social contract and argued for an encompassing codification of the criminal law. Compared to French contemporaries, Globig and Huster were more conservative regarding the criminal procedural law. They by and large wanted to retain the existing inquisitorial procedure.[73]

Concerning the criminal law of evidence Globig and Huster reasoned from what they called 'the principle of probability'. They contended that in criminal cases no demonstrative or mathematical certainty could be reached, and that the certainty required for a full proof could only consist of a high degree of probability. Against the common opinion in the literature they argued that this could also be brought about by indicia. They stated that even when a judge uses the testimony of an eyewitness, he in fact grounds his decision on the multiple indicia which can be found in the testimony: "Der Richter gründet sein Urtheil auf die Indicia; es ist ihm einerley, ob er sie durch die Aussage zweyer Zeugen, oder auf eine andere Art erhalte".[74] Globig and Huster, in short, denied that there was an essential difference between the confession, witness testimony and indicia. Furthermore, against the common opinion they argued that these forms of evidence could all create the same kind of high probability and that if indicia were unsuited to create the necessary certainty, the same applied to witness testimony:

"Die gegenseitige Gründe, als ob die indicia nur wahrscheinliche Argumenta wären, folglich aus ihnen niemand überzeugt werden könnte, dass sie leichte trügen könnten, dass sie den Beweis des Gegenteils zuließen etc. Alle diese Gründe sind von keinem Gewicht. Denn da sie eben sowohl wider die stärkste und jede moralische Gewissheit angeführet werden können; so würde daraus folgen, das wir niemalen einer andern, als einer demonstrativen Gewissheit glauben, folglich auch jeden Beweis durch Zeugen für keinen Beweis erkennen müssten".[75]

Even though Globig and Huster wanted to allow the ordinary punishment on the basis of indicia, they certainly did not want to introduce a system based on the free evaluation of the evidence. Instead, they established a theory of indicia which was

[71] Ignor describes the underlying epistemological change in the criminal law of evidence not inaccurately as follows: "Von den Indizien hatte man immer behauptet, dass sie nur 'Wahrscheinlichkeiten' begründen könnten, niemals die 'Wahrheit'. Wie konnte man davon abrücken? Faktisch war es so, dass die verwendeten Begriffe umdefiniert wurden. Man fand, 'Wahrheit' sei im Grunde 'Wahrscheinlichkeit'. Die Wahrheit einer Tat – das, was wirklich vorgefallen ist – können man überhaupt nicht herausfinden, weder durch ein Geständnis oder zwei Tatzeugen, noch durch eine Millionen Zeugen. Einzig erreichbar sei eine *subjektive Gewissheit*, die im Grunde auf mehr oder weniger 'Wahrscheinlichkeit' beruhe, auch im Falle eines Geständnisses oder zweier Tatzeugen". See Ignor, *Geschichte des Strafprozess*, pp. 167-167.

[72] Michels, *Der Indizienbeweis*, pp. 37-43.

[73] Schmidt, S., *Die Abhandlung von der Criminal=Gesetzgebung von Hans Ernst von Globig und Johann Georg Huster*. Berlin, 1990, pp. 22-63 and 152-165.

[74] Globig and Huster, *Abhandlung von der Criminal=Gesetzgebung*, pp. 301-314. Globig and Huster defined indicia as an „Umstand, von welchem sich ein Schluss nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit auf das begangenen Verbrechen, oder den Täter machen lässt".

[75] Ibidem, pp. 351-352.

meant to supplement the already existing rules of the CCC that two eyewitnesses or a confession delivered sufficient certainty for a condemnation. These rules they deemed to be the most certain rules on what constituted a sufficiently high probability: "diese Vorschriften… [sind] aus einem so reifen Nachdenken geflossen, dass man nach scharfer Ueberlegung noch keine sicherere Regeln hatte finden können".[76] Globig and Huster defended their theory of evidence by arguing that the high degree of probability necessary for a condemnation was not grounded in the subjective conviction of the judge, but in objective qualities of the indicia which followed general rules. Notwithstanding that they held tight to a system of evidentiary rules, their willingness to allow condemnations to the ordinary punishment on the basis of indicia was in itself an innovative stance. Furthermore, Globig and Huster generally rejected extraordinary punishments and measures to press the suspect to confess.[77]

Unlike Globig and Huster, the German authors on the conservative side argued that there was in fact a qualitative difference between on the one hand indicia and on the other hand the confession, written documents and witness testimony, and stated that indicia were a too uncertain form of evidence to substantiate a severe corporal or capital punishment. They saw the solution for the lacuna of judicial torture predominantly in extraordinary punishments and other measures to persuade the suspect to make a confession. They reasoned from the existing evidentiary framework and often used the argument that article 22 of the CCC forbade the use of the ordinary or *peinliche Strafe* on the basis of indicia. Lesser punishments such as monetary or prison sentences, however, were deemed not to be disallowed by this article. Typical representatives of this conservative side were Quistorp and Meister the Younger. They both pleaded for the abolition of judicial torture, but did not want to enlarge the possibility to condemn to the ordinary punishment on the basis of indicia. Instead, they saw the use of extraordinary punishments or 'security measures' as an adequate surrogate for the situation where judicial torture had been possible. Meister the younger, for example, stated that extraordinary punishments are a necessary as well as useful instrument to replace the use of judicial torture.[78]

On the conservative side a continued adherence is visible to the idea that there was a qualitative difference between indicia on the one hand, and the confession and witness testimony on the other hand. In this view indicia were generally designated as an 'artificial' and indirect form of evidence, while the confession and witness testimony were described as a 'natural' and 'direct' form of evidence. The reasoning behind this distinction can be seen well in the work of Kleinschrod. He defined an indicium as a proven circumstantial fact (*Umstand*) from which a probable conclusion can be drawn that a crime has been committed and who the culprit was. This was already a relatively sharp definition, because many authors such as Quistorp and Boehmer more generally defined indicia as an insufficient proof (*unvollständigen Beweis*). Kleinschrod stated that the confession and eyewitnesses could form a full proof because they were able to create a direct and 'objective' proof. They were based on *sinnliche Evidenz*. Indicia, on the other hand, were necessarily an indirect and 'subjective' proof, because they were dependent on the conclusions that the particular judge still had to draw from the proven circumstantial fact. The certainty which could be acquired from indicia was, therefore, only a subjective certainty which differed from person to person and could never be generally or objectively valid.[79] Because every person could draw different conclusions from indicia and drawing the right conclusions was often difficult, indicia were considered by Kleinschrod to be incapable of constituting a full proof. As Kleinschrod prescribed in his *Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches* for Bayern in 1802, indicia could never create a full proof but only a higher or lower degree of probability. For this reason, his design for a criminal code did not allow condemnations to the ordinary punishment on the basis of indicia.[80]

At the turn of the nineteenth century, the topics under discussion remained largely the same. The central question still was whether the judge should be allowed to condemn on the basis of indicia or if an extension of the use of extraordinary punishments sufficed after the abolition of judicial torture. There was, nevertheless, a growing uneasiness discernible among German authors. Especially with the use of extraordinary punishments in the situation where strong evidence short of a full proof existed, the discrepancies of the existing system were felt. Revealing of this uneasiness was a prize question organized by Klein and Kleinschrod in 1798 which asked: "Inwiefern lässt sich eine ausserordentliche Strafe, welche nicht als blosses Sicherungsmittel, sonder als eigentliche Strafe erkannt wird, rechtfertigen?". In their motivation for this prize question they tentatively remarked that the extraordinary punishments are only excusable as an emergency measure (*Notbehelf*). Was it

[76] Ibidem, p. 264.

[77] Michels, *Der Indizienbeweis*, pp. 54-62. The rejection of extraordinary punishments by Globig and Huster was limited, however, because they still did not want the accused to go free if there was a strong suspicion against him. In the situations of strong evidence short of a full proof they proposed to allow certain 'security measures' which were in effect hard to distinguish from extraordinary punishments

[78] Thäle, *Die Verdachtsstrafe*, pp. 34-41. Meister the younger did acknowledge, like Globig and Huster, that there was no essential difference between indicia and other forms of evidence and that they could only create differing degrees of probability. Indicia could equally create moral certainty: "Dass durch starke, insbesondere gehäufte und zusammenhängende Anzeigen, ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit, folglich moralische Gewissheit und Beweis, nach Vernunftgrunden gewirtet werde, leidet keinen Zweifel". However, for Meister the younger indicia alone could not suffice for the ordinary punishment because article 22 of the CCC explicitly forbade this. As an alternative extraordinary punishments could be used for the situations where a 'hoher Grad von moralische Gewissheit' existed, as a more suitable alternative to judicial torture. See Meister, G.J.F., *Practische Bermerkungen aus dem Criminal= und Civilrechte; erster Teil*. Göttingen, 1791, pp. 1-6.

[79] Ibidem, pp. 65-67. The idea of a qualitative difference between indicia and witness testimony and the confession was a fundamental presupposition of the system of legal proofs which was given up only very slowly during the second phase. It still found many supporters even in the 1840's. Welcker, for example, warned in 1840 against allowing judges to decide on the basis of indicia: "d.h. nach ihrem subjektiven Meinen zu verurteilen". Woringen similarly stated in 1845 that the free use of indicia would let subjectivity reign and would make objective justice impossible. See Schwinge, E., *Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*. Breslau, 1926, pp. 82- 83.

[80] Kleinschrod, G.A., *Bemerkungen über den Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die Kurpfalzbaierischen Staaten*. München, 1802, pp. 308-326.

in the long-term not unjustifiable because it was too lenient for the truly guilty and too harsh for the innocent? [81]

Eisenhart won the prize question in 1800 with a contribution which, according to Michels, represented the leading opinion of most jurists on indicia in the early nineteenth century. Eisenhart stated in the introduction that to answer the question, first a clear definition needed to be given of what constitutes a full proof. He distinguished between the simple natural proof where the crime was proven directly by witnesses or the confession, and the artificial proof where the crime was proven indirectly through reasoning and conclusions. Just as Kleinschrod, Eisenhart used a sharp definition of indicia as circumstantial facts from which conclusions can be drawn about the crime and its culprit. He divided indicia in remote and near indicia, which depended on the strength and 'closeness' of the connection between the indicium and the crime. Significantly, Eisenhart argued that indicia could be so strong and mutually supporting that they created 'certainty' – which he termed 'absolutely near indicia' – and were therefore sufficient for the ordinary punishment. He deemed that this exception was also acknowledged in article 22 of the CCC because this article only excluded indicia when they created a high probability, not indicia which were so strong that they created certainty. Still reasoning from within the framework of the system of legal proofs, Eisenhart came to a limited acceptation of condemning to the ordinary punishment on the basis of indicia.[82]

Comparable to Globig, Huster, and Kleinschrod, Eisenhart stated that extraordinary punishments should not be allowed when strong evidence short of a full proof was present, because a punishment should only be pronounced when someone's guilt was fully proven. Just like them, however, Eisenhart could not accept the situation that someone would be completely acquitted against whom strong evidence existed. While many authors simply opted for the use of extraordinary punishments and the *absolutio ab instantia*, the growing uneasiness with this solution is visible in the work of Eisenhart, Kleinschrod, Klein, and Globig and Huster. They principally did not want to allow *punishments* on the basis of a suspicion alone, but they also did not want the suspect to be fully acquitted when a strong suspicion pressed on him. This was deemed too dangerous to society. With considerable mental gymnastics they tried to find the solution in 'security measures' which, nevertheless, substantively almost always amounted to the same thing as extraordinary punishments. The security measures could, just like extraordinary punishments, consist of confinement in a prison or workhouse and the possibility to apply them depended on the existence of a strong suspicion against the suspect.[83]

Vezin – in his treatise that he submitted for the prize question of Kleinschrod and Klein – also tried with considerable mental gymnastics to argue against extraordinary punishments and for 'security measures'. Vezin first remarked that either a suspect had been proven guilty or he was not, and that no (extraordinary) punishment should be allowed when someone was not proven guilty. Subsequently, however, he remarked that instead security measures could be applied in "den Fällen, da man sonst zu der ausserordentlichen Strafe seine Zuflucht nahm, mithin gegen zwar unüberführte, aber doch durch ihre Schuld verdächtige und gefährliche Personen… der Inquisit [müsse] so belastigt sein, dass vormals die Tortur gegen ihn erkannt worden wäre".[84] The demand of Vezin that a level of suspicion needed to be present which formerly would have sufficed for torture, clearly shows the connection between the idea of the 'security measure' and the void left by judicial torture. The wrestling with this problem was symptomatic for the difficult dilemma which remained in existence as long as a more free evaluation of the evidence was not allowed and the strict evidentiary criteria were upheld. As Kleinschrod and Klein remarked, however, this solution remained unsatisfactory because it was too lenient for the truly guilty and too harsh for the innocent.

Finally, the prevailing attachment to the old system of legal proofs in the first decade of the nineteenth century can be seen clearly in the work of two young jurists who would later play a central role in the debates leading to a more free evaluation of the evidence: Feuerbach and Mittermaier. In his *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland peinlichen Rechts* (1801), Feuerbach taught that *volle juristische Gewissheit* could only be brought about by non-artificial forms of evidence (witnesses, the confession and documents). Condemnations on the basis of indicia were not allowed, as was dictated in article 22 of the CCC.[85] In his *Theorie des Beweises im Peinlichen Processe* (1809) and in the two volumes of his *Handbuch des Peinlichen Processes* (1810-1812), Mittermaier as well came to the conclusion that indicia could not constitute a full proof. Firstly, like Feuerbach he argued that article 22 of the CCC was still in force and that it forbade condemnations on the basis of indicia. Secondly, for a full juridical proof 'certainty' was necessary and indicia could never create certainty because it was dependent for their effect on subjective reasoning and conclusions drawn by the judge. It did not matter how many indicia were present because they could only create a high degree of probability, and all probabilities added up could still never amount to certainty. Summarizing, Mittermaier still held firm to the idea that only witnesses and the confession were capable of creating certainty and that they were qualitatively different from indicia.[86]

[81] Thäle, *Die Verdachtsstrafe*, pp. 105-106.
[82] Michels, *Der Indizienbeweis*, pp. 81-86.
[83] Thäle, *Die Verdachtsstrafe*, pp. 48-56 and 121-128.
[84] Ibidem, pp. 128-137 and 175. Thäle cites Henke who in a treatise on the history of the criminal law (1809) criticized the simple replacement of security measures for extraordinary punishments: "Kann den der bloße Name in der Sache etwas andern? Sind die von der Polizei zu verfügenden Maßregeln weniger Strafen, weil sie Bloß den Namen Sicherungsmittel führen? – Beruhen nicht diese Sicherungsmittel auf demselben Prinzip, wie die so verabscheute Tortur?".
[85] Michels, *Der Indizienbeweis*, pp. 89-90.
[86] Ibidem, pp. 98-103. The inconsistency in Mittermaier's view becomes apparent when he remarks in his handbook that indicia can create such a high degree of probability that this de facto equals certainty. Here he acknowledges that certainty is only gradually different from a high probability which could be brought about by indicia, but he did not further elaborate on when indicia could be so strong that they de facto created certainty.

3.2 The legislative changes

Characteristic of the relatively conservative character of the German debate and the difficulty of finding a replacement for judicial torture were the developments in Prussia. The first and most famous abolition of judicial torture in the German territories occurred in Prussia under the direct command of Frederick the Great. Shortly after his ascension in 1740 he forbade the use of torture in an ordonnance to his cabinet leaving just a few exceptions. In further ordonnances to his cabinet in 1754 and 1756 he entirely abolished torture. This significant leap of Frederick, taken against the advice of his cabinet and the common opinion of Prussian jurists, also directly showed the problem which arose with the removal of one of the pillars of the system of legal proofs. It was the problem which stood central in the period between 1750 and the 1810's: if torture was to be abolished what would then be done in the situation where strong evidence short of a full proof existed against the suspect? Frederick the great gave a radical and pragmatic answer to this question. He stated that 'when such strong indicia existed against the suspect that he should be held for completely convinced and nothing seemed to be missing but the confession', the ordinary punishment should be applied '*as if* a confession was present'. This shows that Frederick still found himself tied enough to the old evidentiary rules to make use of the fiction that a confession was present under these circumstances. When the indicia created a strong suspicion but they did not yet completely 'convince the suspect', a lighter extraordinary punishment should be applied.[87] In short, Frederick was aware of the lacuna that the abolition of torture would create and therefore at the same time enabled the possibility to condemn to the full, even capital, punishment on the basis of indicia.

The measures of Frederick represented an extraordinary step which suddenly created a far more free evaluation of the evidence. He did not ground this freedom of evaluation on any theoretical footing or, for example, explicitly gave a central place to the internal conviction of the judge. He just created a large factual freedom for the criminal judge by making it possible to condemn to the ordinary punishment on the basis of indicia. Michels states that the Prussian jurists were still too accustomed to the system of legal proof as it was developed in the CCC and by Carpzov and Boehmer, to really accept this solution. Precisely because there was no new theoretical fundament for the free evaluation of the judge and because the distrust of the Prussian jurists against indicia had not subsided, Frederick eventually saw himself forced to take a step back and to abolish the possibility of condemning to the ordinary punishment on the basis of indicia. He did so in an ordonnance in 1776 which read: "In Criminalfällen, wenn kein vollkommener Beweis wider den Angeschuldigten vorhanden ist, muss niemals aus bloßen Anzeigen, wenn sie auch noch so dringend erscheinen, auf die ordentliche Strafe, sondern auf temporäres Gefängnis nach Befinden der Umstände erkannt werden".[88]

The continued attachment to the system of legal proofs and the limited willingness to reform the criminal law of evidence is also still visible in the criminal legislation of the early nineteenth century. Within the timespan of ten years, the three most important states in the German realm acquired new criminal legislations: Austria in 1803, Prussia in 1805 and Bavaria in 1813. These legislations all held tight to the secret, inquisitorial procedure and the system of legal proofs, and would remain in force until the 1840's.

The Austrian legislation was one of the first that admitted condemnations to the ordinary punishment on the basis of a complexly regulated system of indicia. While the legislation made it possible to prove who committed the crime by indicia, it was not entirely clear whether the *corpus delicti* could also be proven by indicia alone. To prove who the culprit was through indicia, the legislation gave the very strict standard that 'after the normal and natural course of events it was impossible to belief that anyone other than the suspect was the culprit'. This criterion was filled in by further rules which regulated what kind of indicia were at least necessary for a condemnation. Concerning crimes other than murder and assault (which contained a special regulation), the legislation required that the suspect's way of living made him appear as someone who could be trusted to have committed the crime, and that at least two other indicia were present from the list of indicia enumerated in the legislation. Only under these circumstance could an ordinary punishment be pronounced on the basis of indicia. The remaining distrust of indicia, however, is visible in the rule that the punishment on the basis of indicia could not exceed twenty years of imprisonment and that a capital punishment was still not allowed on the basis of indicia.[89]

The ordinance of 1805 was the first extensive criminal codification for Prussia and remained very conservative in the regulation of the criminal law of evidence. The ordinary punishment could solely be pronounced on the basis of a confession or two eyewitnesses. Against a suspect who remained silent under questioning or who was evidently lying, *Ungehorsamsstrafe* could be applied to persuade the suspect to speak the truth. Indicia could not suffice for an ordinary punishment. It was left to the careful scrutiny and evaluation of the judge whether he deemed the indicia sufficiently strong for an extraordinary punishment.[90] Importantly, the relevant articles of the Prussian code dictated that the severity of the extraordinary punishment depended on the seriousness of the crime, the level of suspicion and the reputation of the suspect:

"Bei Bestimmung einer außerordentlichen Strafe muss der Richter nicht allein auf die Größe des Verbrechens und der darauf bestimmten ordentlichen Strafe, sondern zugleich auf das

[87] Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison*, pp. 19-49.
[88] Michels, *Der Indizienbeweis*, pp. 109-110.
[89] Ibidem, pp. 116-120.
[90] Ibidem, pp. 120-123.

Gewicht der gegen den Angeschuldigten vorhandenen Beweise, je nachdem sie der vollständigen Ueberführung sich mehr oder weniger nähern, ganz besonders aber auf den Charakter und die bisherige Lebensart des Angeschuldigten sorgfältig Rücksicht nehmen".[91]

More progressive was the criminal codification of Bavaria in 1813, of which Feuerbach was the main author. Like the other ordinances, it was still strongly directed towards obtaining a confession and allowed *Ungehorssamsstrafe*. Similar to the ordinance of Austria, the Bavarian legislation allowed condemnations to the ordinary punishment on the basis of indicia, excluding the death penalty.[92] It did not leave the judge free in the evaluation of the strength of indicia, but instead contained a detailed regulation of the indicia. Multiple indicia needed to combine in such a way that 'after the normal course of events it could not be otherwise than that the crime was committed and that the suspect was the culprit'. The Bavarian codification took an important step towards the recognition of indicia as a sufficient form of evidence to support an ordinary punishment. The remaining distrust of this form of evidence and of the greater freedom of evaluation for the judge which it might create are, nevertheless, evident in the detailed regulation of indicia and in the fact that the capital punishment was still not permitted on the basis of indicia. Because of the generally innovative character of the Bavarian legislation, which more closely aligned with the general opinion in the juridical literature, it became an important role model for many German states in the first decades of the nineteenth century.[93]

4.3 Conclusion

In this section it has been described that even with a growing consensus to abolish judicial torture, the mainstream of the German authors remained firmly attached to the system of legal proofs. The conservative authors wanted to change as little as possible and fill the void left by the abolition of judicial torture by an extension of the use of extraordinary punishment and measures such as *Lügenstrafe* and *Ungehorssamsstrafe*. Others, which have been described as the more 'progressive' side, opted for the possibility to condemn to the ordinary punishment on the basis of indicia. Nonetheless, even the progressive side was still very suspicious of indicia and generally held it for a less certain form of evidence than witness testimony or the confession. They only wanted to allow condemnations on the basis of indicia for relatively exceptional cases and within a legal framework which prescribed for the judge when sufficient indicia were present.

In the beginning of this section Ignor has been cited who stated that in the eighteenth century many authors had acquired a probabilistic conception of the truth, and that this laid dogmatic explosives under the system of legal proofs in the long term. During the first phase, however, the new probabilistic conception did not yet lead to any demands for fundamental reforms. The reason was that most German authors in this period believed that the high probability necessary for a condemnation could and should be predetermined in general objective rules. Even though many German authors now stated that in criminal cases – as in general in human affairs – no 'mathematical certainty' could be reached but only 'moral certainty', they predominantly did not tie this moral certainty to the internal, subjective conviction of the judge. Instead, they remained confident of the existing system of evidentiary rules and either filled in the concept of moral certainty with the existing evidentiary criteria, or distinguished between moral certainty and the 'juridical certainty' which was necessary for a condemnation.

The prevailing idea that the necessary high probability or 'moral certainty' could be captured in general objective rules can be seen clearly in the work of Globig and Huster. They took the principle of probability as their starting point and stated that moral certainty was necessary for a condemnation. However, this moral certainty was not dependent on the subjective conviction of the judge but followed general objective rules. Even for the complex matter of indicia they proposed that general rules could and should pre-establish when a sufficiently high probability was reached for a condemnation. On the other hand, there were also authors who distinguished between juridical certainty and moral certainty. Juridical certainty was the certainty necessary for a condemnation which existed when the pre-established legal evidentiary criteria were met. Moral certainty was only the high degree of probability which normally convinced people and on the basis of which they made their decisions. This distinction was used to emphasize that moral certainty alone was insufficient for an ordinary punishment and that the more objective juridical certainty defined by the rules of the system of legal proofs was necessary. Only a lighter, extraordinary punishment could be pronounced when moral certainty existed but when the juridical criteria for a full proof were not met. In this manner Kleinschrod had, for example, argued that the ordinary punishment should be pronounced on the basis of a full juridical proof, while an extraordinary punishment or a *bürgerliche Strafe* for small crimes could already be given when there was a mere moral certainty.[94]

---

[91] Landsberg, E., *Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission und der Kampf um die Rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung 1814-1819*. Bonn, 1914, pp. 144-145. The requirement in the Prussian and Austrian legislation that the suspect needed to have a bad reputation or that 'the suspect's way of living made him appear as someone who could be trusted to have committed the crime', was a circumstance which was still given a lot of weight in the regulation of indicia. This is not surprising considering the role that the social standing or *Leumund* had always played within the system of legal proofs. The Austrian and Prussian legislation reveal the continuing importance of the reputation of the suspect in the criminal law of evidence. This importance can, for example, also been seen in the concept criminal ordinance made by Kleinschrod for Bayern in 1802. Article 1990 made the strength of indicia generally dependent on the character of the suspect: "Anzeigungen können nur dann einen bedeutenden Grad von Wahrscheinlichkeit bewirken, wenn derjenige, die sie betreffen, ein solcher Mensch ist, auf den Verdacht dieses Verbrechen mit Grunde fallen kann". See Kleinschrod, *Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches*, p. 314.

[92] Blusch, C., *Das Bayerische Strafverfahrensrecht von 1813: die Reform des bayerischen Strafverfahrensrechts am Anfang des 19. Jahrhunderts unter Paul Johann Anselm von Feuerbachs Mitwirkung*. Frankfurt am Main, 1997, pp. 101-129.

[93] Michels, *Der Indizienbeweis*, pp. 124-127.

[94] Thäle, *Die Verdachtsstrafe*, pp. 51-54.

The mainstream of authors, in short, started to use a new probabilistic terminology in the eighteenth century but filled in this concept with the objective general rules of the system of legal proofs. Beside the mainstream of German authors, however, there were also several authors in the German territories in the late eighteenth century who more fundamentally questioned the system of legal proofs. The innovative character of their work can best be seen in their conception of the certainty which needed to be attained in criminal cases and in their ideas for procedural reform. There were only a few German authors who argued that the moral certainty necessary in the individual case could not be regulated in general rules and who made the existence of moral certainty dependent on the internal conviction of the judge. One of them was Von Justi. In a treatise in 1760 he stated that the certainty which was necessary for proving the *corpus delicti* was nothing other than "die volkommene Überzeugung des Richters, dass eine Missethat wahrhaftig geschehen sei".[95] From this idea Von Justi argued that the judge should make free use of indicia, and that the criterion for the certainty necessary in a criminal case should lie in the complete personal conviction of the judge.[96]

In 1792 Soden made a similar point in his *Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands*. He stated that all the categorizations in half proof, full proof and more than a half proof were useless distinctions. The proof of a crime was nothing else than the "Überzeugung, dass eine strafbare Handlung von einem bestimmten Individuum begangen sey".[97] Only the reason of the judge could guide him too see if in the individual case that level of conviction was acquired – "die Stufe der Überzeugung erreicht sey" – that excluded the possibility that the accused was innocent.[98] The opinions of Justi and Soden were, however, minority opinions which found little resonance in the German territories in this period.

The ideas of Justi and Soden, nevertheless, do show great parallels to the work of Becarria, Filangieri and that of the French authors in the second half of the eighteenth century. They were, furthermore, a harbinger of things to come. As has been described in the previous section, Beccaria stated that in criminal cases only a high degree of probability could be reached, and argued that the artificial constructions of the learned jurists were not capable of regulating the necessary degree of probability for the individual case. Whether moral certainty existed was not a matter of applying general rules, but lay in the conviction of men guided by their common sense.[99] Similarly, Filangieri argued that moral certainty was absolutely necessary for any condemnation and that without moral certainty a condemnation would be an injustice. Unlike Beccaria, Filangieri argued that there should also be minimum evidentiary standards for a condemnation.[100]

In the work of Von Justi, Soden and Beccaria a crucial step can be seen wherein the main criterion for the existence of moral certainty was to be found in the subjective conviction of the judge. For these authors moral certainty existed when the judge was 'morally convinced'. During the first phase the mainstream of German authors still filled in the concept of moral certainty with the existing system of 'objective' evidentiary rules. As will be described in the following section, however, during the second phase the internal conviction was given an increasingly central place within the criminal law of evidence. Just as Filangieri, most German authors in the second phase wanted to retain minimum evidentiary standards as a guarantee against judicial arbitrariness and opted for a negative system of evidentiary rules. In effect, however, through the negative system of legal proofs the internal conviction of the judge became one of the two central pillars of the criminal law of evidence.[101]

[95] Ignor, *Geschichte Strafprozess*, p. 168.
[96] Michels, *Der Indizienbeweis*, pp. 49-50.
[97] Ignor, *Geschichte Strafprozess*, p. 187.
[98] Ibidem, p. 187.
[99] Michiels, *Cesare Beccaria,* pp. 62-63.
[100] Filangieri, *La scienza della legislazione*, *Book III*, chapter 13, pp. 96-103.
[101] During the first phase there was virtually no author that argued for the introduction of a jury system in Germany. There was, however, one exception in the form of Justus Möser (1720-1794) in his *Patriotischen Phantasien* (1774-1786). His work, nonetheless found little resonance in the German territories in this period. See Lieber, N., *Schöffengericht und Trial by Jury: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Entstehung, gegenwärtigen Praxis und möglichen Zukunft zweier Modelle der Laienbeteiligung an Strafverfahren in Europa*. Berlin, 2010, pp. 139-140.

Hitlers Saarbeauftragter Franz von Papen*

(Hitler's Commissioner for the Saar Franz von Papen)

*Reiner Möckelmann***

Abstract

Franz von Papen is commonly known as the stirrup-holder for Hitler's takeover in 1933. Less known is Papen's role in the Nazi regime, namely as Hitler's vice-chancellor and ambassador, determined by vassalage to the 'Führer'. Papen, a prominent monarchist and devout catholic, who in November 1933 was nominated by Hitler Commissioner for the strictly religious catholic Saar Basin, followed his mission there to build a bridge between altar and crown, i.e. between cross and swastika. His reputation in the Saar Region rested upon his marriage with a daughter of an influential industrialist and his signature of the Concordat with the Vatican, which he had negotiated on behalf of the Reich Government in spring 1933. Papen's influence was instrumental for the outcome of the plebiscite in the Saar Region, which was under a League of Nations mandate since 1920, and got restored to Nazi-Germany by the vote of a vast majority early 1935.

Keywords: *Saar Region; League of Nations; National Socialism, Cross and Swastika, Plebiscite, Exile; Twentieth Century.*

I. Militär und Politiker

Franz von Papen fühlte sich dem Saarland früh verbunden. Der gelernte Militär heiratete Anfang Mai 1905 mit 26 Jahren die ein Jahr jüngere Martha von Boch-Galhau, die jüngste Tochter des Unternehmers René von Boch-Galhau, dem Besitzer der traditionsreichen Keramikmanufaktur Villeroy und Boch in Mettlach. Martha war vermögend und verhalf Papen durch die Ehe zu gesellschaftlichem Ansehen. Bereits mit 11 Jahren hatte er sich für die Militärlaufbahn entschieden. Mit 12 Jahren trat er 1892 in die Kadettenanstalt ein, wurde Page am Hofe von Wilhelm II., dann Reiterulan und kam schließlich 1907 in den Großen Generalstab in Berlin. Diese Karriere machte er nicht zuletzt seinem Schwiegervater zuliebe, der unter den Militärs einzig die gebildeten und kultivierten Generalstäbler achtete. Im Sinne der Familie Boch-Galhau brachte er auch seine Französischkenntnisse auf ein beachtliches Niveau, was auch für die englische Sprache galt.

Seine Englischkenntnisse konnte Franz von Papen ab Ende 1913 als Militärattaché an der Botschaft in Washington nutzen. Allerdings musste er bereits zwei Jahre später die USA verlassen, nachdem die US-Regierung ihn wegen des Vorwurfs der Spionage ausgewiesen hatte. Papens damalige Verstrickung in den sog. Black-Tom-Anschlag Mitte 1916 in New Jersey mit vielen Toten und hohem Sachschaden sowie langjährigen Folgeprozessen gegen das Deutsche Reich nutzte Hitler später wiederholt, um sich Papen dienstbar zu halten.

Nach Kriegsdienst an der West- und zusammen mit dem Waffenbruder Türkei an der Palästinafront kehrte Franz von Papen Ende 1918 desillusioniert ins Deutsche Reich zurück, das er ohne Monarchie und den geliebten Wilhelm II. vorfand. Den Waffenrock legte er endgültig ab und zog sich auf ein gepachtetes Landgut in Merfeld, im Münsterland zurück. Im Saarland ließ er sich dann Ende 1930 auf dem Rittergut Wallerfangen bei Saarlouis nieder, welches seine Frau Martha ein Jahr zuvor von einem Onkel geerbt hatte. Nunmehr begann Papens bewegtes politisches Leben zwischen Saar und Spree.

Seine politische Karriere hatte Franz von Papen mit dem Einzug in den Preußischen Landtag für den Wahlkreis Westfalen-Nord begonnen. Der überzeugte rechtskonservative Katholik hatte sich der Zentrumspartei als Vertreter des monarchistischen Flügels angeschlossen. Im verehrten Helden von Tannenberg Paul von Hindenburg sah er einen, wenn auch nur vorläufigen Nachfolger von Wilhelm II. als Staatsoberhaupt in der ungeliebten Weimarer Republik. So setzte er sich dann auch in den Präsidentschaftswahlen von 1925 mithilfe seines Aktienpakets und dem Aufsichtsratsvorsitz beim Zentrumsorgan „Germania" erfolgreich für den Protestanten Hindenburg und nicht für den Gegenkandidaten Wilhelm Marx, den katholischen Vorsitzenden der Zentrumspartei, ein. Hindenburg honorierte Papens Wahlhilfe später damit, dass er ihn Anfang Juni 1932 zum Reichskanzler ernannte. Einem Ausschluss aus der Zentrumspartei kam Papen nach Amtsantritt mit seinem eigenen Austritt zuvor.

Von allen außenpolitischen Problemen interessierte Papen das deutsch-französische Verhältnis am intensivsten. Schon Mitte der 1920er Jahre war er verschiedenen politischen und katholischen Gremien beigetreten, welche sich der Verständigung und Annäherung Deutschlands und Frankreichs widmeten. Ei-

* Dem vorliegenden Aufsatz liegt ein öffentlicher Vortrag zugrunde, den der Verfasser am 26. Oktober 2017 auf Einladung der Kommission für Saarländische Landesgeschichte e. V. im Festsaal des Rathauses Saarbrücken hielt. Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten, der Fußnotenapparat im Nachgang ergänzt.

** Reiner Möckelmann, Generalkonsul a. D., Berlin, und Autor von „Franz von Papen. Hitlers Ewiger Vasall, Darmstadt 2016.

nes dieser Gremien war das im Jahre 1926 von dem Luxemburger Stahlindustriellen Emil Mayrisch sowie dem französischen Publizisten und Politiker Pierre Viénot gegründete Deutsch-Französische Studienkomitee. In ihm trafen sich Großindustrielle und Wirtschaftsführer, Hochschullehrer, hohe Staatsbeamte und Intellektuelle zum Gedankenaustausch. Politiker wurden bis auf wenige Ausnahmen wie im Falle Franz von Papens nicht aufgenommen. Das Komitee unterhielt Informationsbüros in Berlin und Paris. In ihren Sitzungen wurden vor und nach 1930 Themen wie z.B. eine deutsch-französische Zollunion diskutiert, aber auch Versuche, eine gemeinsame Strategie gegen Bolschewismus und Nationalsozialismus zu entwickeln.

Die Versuche des deutsch-französischen Studienkomitees waren ebenso wenig erfolgreich wie Papens kurze Reichskanzlerschaft von Juni bis November 1932. Papen fand aber neue Wege, sich politisch in Szene zu setzen. Allein und zunächst ohne Wissen von Reichspräsident von Hindenburg nahm er hinter dem Rücken seines Nachfolgers im Reichskanzleramt, Kurt von Schleicher, geheime Kontakte zum Führer der Nationalsozialisten Adolf Hitler auf. Das erste Treffen erfolgte am 4. Januar 1933 im Hause des Kölner Bankiers Kurt von Schröder, mehrere weitere Treffen bis Ende Januar in Berlin. Das erklärte Ziel Papens war die Einbindung der Nationalsozialisten in die Regierungsverantwortung und die Zähmung eines Kanzlers Hitler durch einen Vizekanzler Franz von Papen. Sehr bald nach dem 30. Januar 1933 aber, nämlich bereits nach weniger als 3 Monaten gemeinsamen Regierens, musste Papen sein einflussreiches Amt als Reichskommissar für Preußen an den Reichsminister ohne Geschäftsbereich Hermann Göring abtreten. Im selben Monat April 1933 verzichtete Papen zudem freiwillig auf den im Koalitionsvertrag mit Hitler vereinbarten gemeinsamen Vortrag beim Reichspräsidenten von Hindenburg.

II. Die Saarfrage

Für die freiwillig und unfreiwillig aufgegebenen Möglichkeiten zur Zähmung der Nationalsozialisten entschädigte Hitler seinen Vizekanzler, indem er ihm im Sommer 1933 eine eigene Behörde, das Vizekanzleramt, einrichten ließ und ihn Mitte November durch Kabinettsbeschluss zu seinem Saarbevollmächtigten ernannte. Hiermit befriedigte Hitler das Prestigebedürfnis seines Vertreters¸ konnte aber auch dessen Kenntnisse des deutsch-französischen Verhältnisses und des Saargebiets nutzen, mehr aber noch seinen Missionseifer für einen Brückenschlag von Kreuz zu Hakenkreuz. Dem Saarbevollmächtigten Franz von Papen stand nunmehr die ausschließliche Entscheidungsbefugnis in Saarfragen zu. Ihm wurden die Saarreferenten des Reichs, Preußens und Bayerns unterstellt, ebenso wie der Anfang Dezember 1933 konstituierte Saarpropagandaausschuss. Dem Vizekanzler stellte sich die Aufgabe, die Gegensätze zwischen NSDAP und Bürokratie, Preußen und Bayern, den Reichsressorts und dem Propagandaministerium mit dem Ziel auszugleichen, den saarländischen Klerus, die Saarpolitiker und die überwiegend katholische Saarbevölkerung mit allen Mitteln im Sinne der nationalsozialistischen Reichsführung für ein Votum zum Anschluss beim vertraglich festgelegte Referendum im Jahr 1935 zu beeinflussen.

Vor seiner Ernennung zum Saarbeauftragten hatte Papen wiederholt sein Interesse gezeigt, in der Saarfrage alles zu vermeiden, was die Beziehungen zwischen Frankreich und dem Deutschen Reich trüben und dem politischen Chauvinismus in beiden Ländern Auftrieb hätte geben können. So schlug er Hitler im Sommer 1933 erfolglos vor, auf das nach Artikel 49 des Versailler Vertrages vom 28. Juni 1929 festgelegte Saar-Plebiszit für das Jahr 1935 zu verzichten und in Verhandlungen mit den Franzosen eine einvernehmliche Lösung zu finden. Versuche in dieser Richtung gab es zuvor und sind mit dem Namen von Gustav Stresemann, dem Außenminister der Weimarer Republik von 1923 bis 1929, verbunden. Dessen Ziel war es, das Völkerbundregime an der Saar im Interesse einer deutsch-französischen Verständigung möglichst rasch zu beseitigen.

In den Locarno-Verhandlungen vom Oktober 1925, welche u.a. den Verzicht Deutschlands auf eine gewaltsame Veränderung ihrer im Friedensvertrag von Versailles gezogenen Grenzen und die Aufnahme des Deutschen Reichs in den Völkerbund beinhalteten, wollte Stresemann auch eine Lösung der Saarfrage erreichen. Für die sofortige Rückkehr der Saar bot Stresemann seinerzeit eine Summe von 300 Millionen Goldmark als Entschädigung für die Grubenrechte der Franzosen an. Allerdings stand in Locarno das deutsche Interesse an einer vorzeitigen Rückgliederung der Saar gegenüber dem einer Beendigung der Rheinlandbesetzung durch die Franzosen deutlich zurück. Diese begann Anfang 1926, und Mitte 1930 waren alle Besatzungstruppen aus dem Rheinland abgezogen.

Mit diesem Erfolg für die Rheinländer verstärkte sich der Druck der Saarbevölkerung auf eine vorzeitige Rückgliederung der Saar. Nachdrücklich aber vergeblich verfolgte Stresemann dieses Ziel bis zu seinem Tod im Oktober 1929. Deutsch-französische Gespräche und Verhandlungen, besonders über Gruben- und Handelsfragen, blieben erfolglos. Nach dem Machtantritt Hitlers unternahm sein Außenminister Neurath im Dezember 1933 nochmals einen Versuch, der in Paris allerdings keinen Zuspruch fand.

III. Vertragliche Optionen für das Saargebiet ab 1935

Alle saarländischen Parteien, von links bis rechts, hatten während der Weimarer Republik den durch das Besatzungserlebnis bestimmten Wunsch der überwiegenden Zahl von Saarländern unterstützt, ins Deutsche Reich zurückzukehren. Das Saarbekken war mit Wirkung vom 10. Januar 1920 dem Völkerbund als Mandatsgebiet auf 15 Jahre übertragen und fremder Verwaltung unterstellt worden.[1] Danach war ein Volksentscheid über seine staatliche Zugehörigkeit abzuhalten. Bis dahin blieb das Saargebiet völkerrechtlich Teil des Deutschen Reichs. Frankreich dagegen erhielt als Beitrag zur wirtschaftlichen Wiedergutmachung seiner Kriegsschäden das Eigentum an den Steinkohlegruben

[1] Vgl. Verfassung des Saarbeckens - Auszüge aus dem Versailler Vertrag - vom 28. Juni 1919, in Kraft getreten am 10. Januar 1920, III. Teil. Politische Bestimmungen für Europa, Vierter Abschnitt. Saarbecken, Art. 49. http://www.verfassungen.de/de/saar/saarland20.htm (15. 9. 2017); zum damals geltenden Recht an der Saar siehe jüngst Thomas Gergen, Politische Entscheidungsjahre 1815, 1935 und 1955. Zäsuren und Übergänge aus Sicht der Rechtsgeschichte. In: Gabriele B. Clemens (Hg.), Schlüsseljahre. Zäsuren und Kontinuitäten an der Saar 1815-1935-1955 (Veröffentlichungen der Kommission für Saarländische Landesgeschichte 49), Saarbrücken 2017, S. 51-88, hier vor allem S. 65-68.

und deren alleinige Ausbeutung. Eine fünfköpfige Regierungskommission überwachte den Status bis zum Volksentscheid.[2] Als Franz von Papen sein Amt als Saarbevollmächtigter Mitte November 1933 antrat, war der genaue Termin für die Volksabstimmung im Jahre 1935 noch nicht festgelegt worden, wohl aber waren seit 1920 die Optionen bekannt:[3]

1. Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtsordnung (Status quo)
2. Vereinigung mit Frankreich
3. Vereinigung mit Deutschland

Für die erste Alternative hatte niemand konkrete Planungen angestellt. Der Völkerbund selbst äußerte sich diplomatisch unverbindlich. So konnte und wollte er auch keine zweite Abstimmung nach Ende des Hitler-Regimes garantieren. Darüber, ob die Saarländer zukünftig selbst ihre Regierung wählen dürften, gab es ebenfalls von der Genfer Völkerbundzentrale keinen Hinweis. Das Saargebiet wäre im Falle des Status-Quo weiterhin wirtschaftlich von Frankreich ausgebeutet worden und ein Zankapfel zwischen Frankreich und Deutschland geblieben.

Die zweite Alternative hätte eine demokratische und rechtsstaatliche Saar jedoch den Verlust der deutschen Sprache und Kultur mit sich gebracht, ähnlich dem Zustand in Lothringen und dem Elsass.

Die dritte Alternative bedeutete, Deutschland zugleich mit Hitler zu wählen. Hierzu stellte sich ab Sommer 1933 allen saarländischen Parteien die Frage, ob sie immer noch für die Rückkehr in ein Deutschland werben sollten, in dem Hitler mittlerweile alle Parteien außer der NSDAP verboten hatte. Sollten also die Katholiken den antikatholischen Hitler wählen, die Sozialdemokraten den antisozialdemokratischen, die Liberalen den antiliberalen, die Kommunisten den antikommunistischen Hitler?

Nachdem die französische Option für nur Wenige in Frage kam, formierten sich im Verlaufe des 2. Halbjahres 1933 im Saargebiet zwei Lager. Zunächst bildete sich eine ‚Einheitsfront' aus freien Gewerkschaftlern, Sozialdemokraten und Kommunisten als Befürworter des Status Quo. Ihre Argumente lauteten:[4]

1. Kein innen- und außenpolitischer Propaganda-Erfolg für Hitler durch die Zustimmung der Saarländer;
2. Keine Ausweitung von Hitlers Unrechtsregime, das die grundlegendsten Menschen- und Freiheitsrechte mit den Füßen tritt, auf das Saarland;
3. Keine Legitimation für die weitere Ausdehnung des deutschen Reiches und der damit verbundenen Gefahr eines neuen Weltkrieges;
4. Das Saarland als freier Brückenkopf, von dem aus der Kampf gegen Hitler organisiert wird;
5. Kein Anschluss an ein durch Wirtschaftskrise und Hyperinflation gebeuteltes Deutschland.

Tenor der ‚Einheitsfront' war demnach: Ein Votum für das Deutsche Reich bedeutete sehr wohl eine Befreiung von der Fremdherrschaft, zugleich aber eine Knechtung durch das Nazi-Regime.

Johannes Hoffmann, einflussreicher Journalist, langjähriges Mitglied der Zentrumspartei und späterer Ministerpräsident des Saarlands, schloss sich zwar nicht der „Einheitsfront" an, lehnte aber eine sofortige Rückgliederung der Saar ins Reich mit der Losung „Heim ins Reich, aber nicht gleich" strikt ab.

Die Befürworter des bedingungslosen Anschlusses bildeten die „Deutsche Front" und hielten mit der eingängigen Losung gegen die „Einheitsfront":[5]

„Deutsch ist die Saar
Deutsch immerdar
Und deutsch ist unseres Flusses Strand
Und ewig deutsch mein Heimatland
Deutsche Mutter, heim zu dir!"

Die Parole der ‚Deutschen Front' hatte den Vorteil, dass sie sich zur Melodie des bei den Saarländern äußert populären Liedes „Glück auf, der Steiger kommt" singen ließ, während nach Bekanntgabe des Abstimmungstermins die Hymne der Gegenseite, Bertold Brechts „Haltet die Saar, Genossen! Genossen, haltet die Saar. Dann werden das Blatt wir wenden. Ab 13. Januar." eine griffige Melodiephrase vermissen ließ.

IV. Gleichschaltung der Saarmedien und -parteien

Schon vor seiner Ernennung zum Saarbevollmächtigten war Franz von Papen bemüht, im Saarland ein geschlossenes Bündnis für das Referendum zu schaffen, welches sich an der politischen Entwicklung im Reich orientieren sollte. So lud er bereits Mitte Februar 1933 zu einem Presse-Empfang in Saarbrücken. Die Vertreter der Zentrums- und sozialdemokratischen Presse blieben diesem allerdings fern, zumal die NSDAP im Deutschen Reich bereits mit massiven Angriffen auf die katholische Zentrumspartei und die SPD begonnen hatte. Als Drahtzieher hinter dem Fernbleiben der Pressevertreter vermutete Papen den damaligen Chefredakteur der „Saarbrücker Landeszeitung", Johannes Hoffmann. Trotz Hoffmanns Deckung durch die Zentrumspartei setzte Papen sich fortan mit Nachdruck für dessen Entfernung aus der Redaktion ein.

Zunächst wurde Hoffmann auf Papens Betreiben Mitte Mai 1933 nicht zu einem Hitler-Empfang einer Delegation saarländischer Politiker und Medienvertreter unter dem Vorwand zugelassen, er habe den „Führer" in Zeitungsartikeln beleidigt. Es dauerte noch einige Monate, bevor Papen am 10. Februar 1934 mit Hoffmanns Entlassung als Chefredakteur der „Saarbrücker Landeszeitung" endlich Erfolg hatte. Dieser hatte zum Jahrestag von Hitlers Machtantritt anstatt eines Jubelartikels über den ‚Führer' ein Interview veröffentlicht, in dem ein NSDAP-Gauleiter vor dem Hintergrund des ein halbes Jahr zuvor abgeschlossenen Reichskonkordates mit dem Vatikan schwere

[2] A.a.O., Kap.2. Regierung des Gebietes des Saarbeckens. Art. 16.
[3] Vgl. Friedensvertrag von Versailles. Artikel 31 bis 117. Politische Bestimmungen über Europa (28. Juni 1919), Kap. III. Volksabstimmung. Art. 34. in: documentArchiv.de [Hrsg.], URL: http://www.documentArchiv.de/wr/vv03.html (20. 9. 2017).
[4] Vgl. Heim ins Reich – Nur nicht gleich! Sarrelibre de 26. Juni 2006 http://www.sarrelibre.de/70/11-heim-ins-reich-%E2%80%93-nur-nicht-gleich/ (21. 9. 2017).
[5] Ebd.

Angriffe gegen die katholische Kirche vorgenommen hatte.[6] Nunmehr konnte Papen die ‚Landeszeitung', die wie viele andere Presseorgane an der Saar finanziell vom Reich alimentiert wurde, gleichschalten und zum Sprachrohr der ‚Deutschen Front' machen. Johannes Hoffmann gab indessen nicht auf und brachte das Kapital für die Neugründung einer katholisch-demokratisch ausgerichteten Zeitung, der ‚Neue(n) Saarpost', zusammen. Sie wurde bis zur Saarabstimmung zu einem Sprachrohr der Befürworter des Status quo.[7]

Durch das Interview in der „Saarbrücker Landeszeitung" zum Jahrestag der ‚Machtergreifung' musste Franz von Papen sich direkt angesprochen gesehen haben: Er persönlich hatte im Frühjahr 1933 das Konkordat als von Hitler ernannter Treuhänder des Reichs mit dem Vatikan verhandelt und am 20. Juli 1933 unterzeichnet. Mit diesem Vertrag wollte der Vatikan eine Garantie des Deutschen Reichs für die innere Autonomie der Kirche, die ungehinderte Verbreitung ihrer Schriften, die Freiheit von Bekenntnis und Seelsorge sowie den Schutz von Kircheneigentum und Bekenntnisschulen erreichen. Andererseits gestand der Vatikan dem Reich auf Drängen Papens vertraglich das Verbot politischer Tätigkeiten von Priestern und Ordensleuten zu, womit das Ende des politischen Katholizismus im Deutschen Reich, das Ende der Zentrumspartei und Bayerischen Volkspartei, einherging.

Die katholische Zentrumspartei des Deutschen Reichs war immerhin die politische Heimat Franz von Papens zwischen 1921 und 1932 gewesen. Selbst nach den Märzwahlen 1933 war sie mit 11% noch viertstärkste Partei im Reichstag. Angesichts Papens erklärtem Verhandlungsziel in Rom zu ihrem Verbot löste sie sich freiwillig am 5.Juli 1933 auf, also noch vor Unterzeichnung des Konkordats.

Für die Zentrumspartei im Saargebiet war diese Entwicklung im Deutschen Reich alarmierend. Die saarländische Schwesterpartei war bei allen vom Völkerbund ab 1922 genehmigten Landesratswahlen stets mit Abstand stärkste Partei an der Saar gewesen. In den Märzwahlen 1932 hatte sie über 43% der Stimmen erhalten, während KPD und SPD auf ein Drittel der Wählerstimmen kamen, die NSDAP nur auf knapp 7%.[8] Der Druck aus Berlin zur Auflösung des Saar-Zentrums wuchs im Laufe des Jahres 1933 aber ständig. Sie wehrte sich hartnäckig, und der Landesparteiausschuss lehnte Ende September 1933 die Auflösung ab. Weiterer Druck und Zusicherungen der Saar- NSDAP, dass Zentrumspolitik und Zentrumspolitiker nicht diffamiert sowie Zentrumsmitglieder und -anhänger nicht verfolgt würden, ließen sie Mitte Oktober 1933 schließlich ihre Auflösung verkünden.[9]

V. Reichskonkordat und Heilig-Rock-Wallfahrt

Die Saarbevölkerung setzte sich Anfang der 1930er Jahre zu gut Zweidrittel aus Katholiken zusammen. In den saarländischen Diözesen war für die preußischen Rheinlande Bischof Franz Rudolf Bornewasser in Trier und für die Saarpfalz Bischof Ludwig Sebastian in Speyer verantwortlich. Diese standen nach Abschluss des Reichskonkordats und mit Blick auf die Volksabstimmung 1935 vor der Frage, ob sie nach der Rückkehr ins Reich, einen Treueeid auf den NS-Staat schwören wollten, so wie es für die Reichsbischöfe nach Inkrafttreten des Konkordats am 10. September 1933 vereinbart war. Auch mussten sie dem Abkommen mit dem Vatikan entnehmen, dass ungeklärt geblieben war, inwieweit sich der vertragliche Schutz von nichtreligiösen katholischen Organisationen und Verbänden auf soziale und berufsständige Organisation erstreckte. Hierzu brachten auch Nachverhandlungen im Jahre 1934 keine Ergebnisse, was das NS-Regime zur Gleichschaltung bzw. zum Verbot der christlichen Gewerkschaften nutzte.

Für Franz von Papen bedeutete das Reichskonkordat „die Anerkennung des jungen Reichs durch die 2000-jährige übernationale Macht der Kirche", wie er eine Woche vor Zeichnung des Vertrags einer katholischen Zuhörerschaft in Dresden mitteilte.[10] Nach dem Verlust des Reichskommissariats für Preußen war sein Prestige wieder gewachsen. Drei Tage nach Vertragsunterzeichnung konnte er dies bei der feierlichen Eröffnung der Heilig-Rock-Wallfahrt in Trier erstmals feststellen. Er stand an der Spitze der reichsdeutschen Vertreter, die Bischof Bornewasser am 23. Juli 1933, am Tage der „Feier der Enthüllung", begrüßte. Es dürfte wohl eher ein Zufall gewesen sein, dass der Bischof die Wallfahrt im „Kirchlichen Amtsanzeiger" für die Diözese Trier am 30. Januar 1933 angeordnet hatte.[11] Gerade an diesem Tag hatte Reichspräsident von Hindenburg den Führer der Nationalsozialisten, Adolf Hitler, zum Reichskanzler einer Koalitionsregierung ernannt, in der der ehemalige Zentrumsmann und überzeugte Katholik Franz von Papen als Vizekanzler wirkte.

Zur Feier der Enthüllung des heiligen Rockes, der ersten im 20. Jahrhundert, begrüßte Bischof Bornewasser laut offiziellem ‚Wallfahrtsblatt' die Vertreter der staatlichen deutschen Obrigkeit herzlich mit dem Hinweis auf die „Bereitwilligkeit der Kirche, der gottgesetzten Obrigkeit Gehorsam und Ehrerbietung zu erweisen". Und noch am gleichen Tag „versicherten" der Bischof sowie Vizekanzler von Papen „dem Führer ihrer unverbrüchlichen Mitarbeit am Neubau des Deutschen Reiches"; einem Führer, der „bemüht" sei, „die christliche, nationale und soziale Grundlage des neuen Staates wiederherzustellen". Auch übermittelte Bischof Bornewasser dem preußischen Ministerpräsidenten Göring telegraphisch die Hoffnung, dass die „Feier zum Segen für Staat und Kirche" werde.[12]

Der Trierer Bischof richtete an die Schlussprozession, an der alle Helfer und der gesamte Ordnungsdienst einschließlich der NS-Organisationen teilnahmen, persönlich das Wort.

---

[6] Vgl. Johannes Hoffmann - ein politisches Leben in Deutschland, http://www.saarlandbilder.net/hoffmann.htm. (21. 9. 2017).

[7] Vgl. Fritz Jacoby - Die nationalsozialistische Herrschaftsübernahme an der Saar. Die innenpolitischen Probleme der Rückgliederung des Saargebietes bis 1935, Saarbrücken 1973, Kap. Die Gleichschaltung der Saarpresse 1933/34.

[8] Vgl. Jürgen W. Falter (Hg.) : Junge Kämpfer, alte Opportunisten: Die Mitglieder der NSDAP 1919-1945, Frankfurt 2016, S. 350.

[9] Vgl., Jacobi, a.a.O., Kap. Die Deutsche Front vom Oktober 1933.

[10] Franz von Papen. Appell an das deutsche Gewissen, Oldenburg 1933, S. 79.

[11] Vgl. Johannes Schmidt. Nationalsozialistische Formationen – Schutzgarde des Hl. Rockes. Politische Aspekte der Heilig-Rock-Wallfahrt 1933, http://www.imprimatur-trier.de/2012/imp120304.html. (22. 9. 2017).

[12] A.a.O., Kap. Feier der Enthüllung – Bekenntnis zur unverbrüchlichen Mitarbeit am Neubau des Deutschen Reiches.

Er sprach „die hohe Bedeutung“ an, die die Wallfahrt „für das ganze katholische Deutschland“ gewonnen habe und hob auch die „Bedeutung für das weite Ausland“ hervor. Schließlich stellte Bischof Bornewasser die Wallfahrt in einen politischen Zusammenhang, indem er fragte und die Antwort selbst gab:[13] *„Ist nicht alles das, was die vielen Tausend Pilger aus fremden Landen hier schauten und erlebten, zum wahren Wohle unseres Vaterlandes gewesen? Es hat zum Weltfrieden und zum Verstehen unseres neuen Deutschlands viel mehr beigetragen, als wir heute ermessen können“*. Trotz erster Verfolgungen von Katholiken und der Auflösung der katholischen Zentrumspartei im Reich hatte demnach im Sommer 1933 eines der beiden Oberhäupter des Saar-Katholizismus bereits Wohlwollen für die Eingliederung des Saargebiets in das nationalsozialistische Deutschland bekundet.

VI. Brückenbau von Kreuz zu Hakenkreuz

Für Franz von Papen bot die Teilnahme an der Trierer Wallfahrt eine willkommene Gelegenheit, den Saar-Klerus für seine Vorstellungen eines Brückenschlags von Kreuz zu Hakenkreuz zu gewinnen. Bereits Anfang April 1933 hatte er sich im Reich mit der Gründung des Bundes ‚Kreuz und Adler‘ für einen ersten Brückenschlag zwischen katholischer Kirche und ‚Drittem Reich‘ eingesetzt. Der ‚Bund‘ zählte eine Anzahl bekannter katholischer Theologieprofessoren und Journalisten zu seinen Mitgliedern. Unter dem „Ehrenschutz des Vizekanzlers von Papen“, so berichtete die ‚Berliner Morgenpost‘ am 4. April, verfasste der ‚Bund‘ einen Aufruf, in dem es hieß:[14] *„Das deutsche Volk steht an einem Wendepunkt seiner nationalsozialistischen Entwicklung. Die geschichtliche Stunde ruft auch uns katholische Deutsche auf. Wir dürfen es nicht genug sein lassen, dass das neue Deutschland Christentum und Kirche achtet, dass es die Irrwege des Liberalismus zu meiden sucht, vielmehr müssen wir uns bereitmachen, in der freudigen Hingabe am kommenden Reich mitzuarbeiten.“*

In vielen Reden warb Franz von Papen während des Jahres 1933 in der katholischen Bevölkerung für das Zusammenwirken von Katholiken und Nationalsozialisten. Hervorzuheben ist eine Rede, die er vor mehreren Tausend Mitgliedern des Kolpingwerks Mitte Juni 1933 anlässlich ihres Gesellentags in München hielt. Zunächst bekundete er mit emphatischen Worten seine Bewunderung für den neuen Führer:[15] *„So hat in der Zeit der tiefsten deutschen Not unser Kanzler Adolf Hitler nach dem Zusammenbruch des alten Gefüges im Jahre 1918 aus seiner grenzenlosen Liebe zu unserem Vaterlande, aus seiner Liebe zum Arbeiter, die große Gemeinsamkeit erschaut und glutvoll erlebt.“* Im Weiteren zeigte Papen sein Vertrauen in die christliche Gesinnung Hitlers als er verkündete:[16] *„Der Führer des neuen Deutschlands, unser Kanzler, hat es unmissverständlich ausgesprochen, dass die Grundlagen des neuen Werdens der Nation nur in den unveränderlichen Grundsätzen unseres christlichen Glaubens gefunden werden können“*. In seinem Überschwang ignorierte Papen völlig den offenen Straßenterror von Hitlerjugend und SA gegen die versammelten Mitglieder des Kolpingwerks und den Abbruch der Veranstaltung durch die politische Polizei Bayerns.

Der Bund ‚Kreuz und Adler‘ löste sich nach kurzer Zeit auf. Der Missionar eines Brückenbaus Franz von Papen ließ sich aber nicht entmutigen und gründete im Oktober 1933 die ‚Arbeitsgemeinschaft Katholischer Deutscher‘ (AKD), welche er auch leitete. Erklärtes Ziel der AKD war es, *„in dem katholischen Volksteil das deutsche Nationalbewusstsein zu stärken, eine ehrliche, rückhaltlose Mitarbeit am Nationalsozialismus zu vertiefen und zu vermehren, die Reihen aktiver Kämpfer zu vergrößern“*.[17] Der Aufruf der AKD, bei der Reichstagswahl vom 10. November 1933 die Stimme der Einheitsliste der NSDAP zu geben, zeigte bei hoher Wahlbeteiligung und einer über 90%-igen Zustimmung Wirkung. Mit Stolz wies das AKD-Mitgliedsblatt danach darauf hin, *„dass gerade rein katholische Gegenden in unerhörter Geschlossenheit sich zu den Gedanken bekannten, für die die AKD sich eingesetzt hat, und für die sie kämpft.“*[18]

Im Nürnberger Kriegsverbrecherprozess erklärte Franz von Papen im Juni 1946 dagegen, dass die wesentliche Aufgabe der AKD darin bestanden habe, *„Beschwerden zu sammeln, sie mir mitzuteilen, damit ich um Abhilfe bemüht sein konnte.“*[19] Papens frühe Bekenntnisse zum Nationalsozialismus können indessen noch heute in seinem Buch aus dem Jahr 1933 ‚Appell an das deutsche Gewissen. Reden zur nationalen Revolution‘ nachgelesen werden, welches er „dem Baumeister des Dritten Reiches Reichskanzler Adolf Hitler“ zueignete.[20]

VII. Diskriminatorische Gesetzgebung im Deutschen Reich

Aus Sicht des Vatikans und des deutschen Klerus nahm Franz von Papens Einsatz für den Brückenschlag von Kreuz zu Hakenkreuz indessen schon Mitte 1933 bedenkliche Formen an, als es um die Beratung und Verabschiedung des ‚Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses‘ ging. Papst Pius XI. hatte Ende des Jahres 1930 in der Enzyklika ‚Casti Connubi‘ autoritativ Grundsätze über die christliche Ehe festgelegt sowie der ‚Frage der Eugenik‘ einen Abschnitt gewidmet. Somit hatte der Vatikan zwei Jahre vor Beginn des ‚Dritten Reichs‘ staatliche Vorhaben zur Sterilisation, insbesondere zur Zwangssterilisation, unmissverständlich verworfen.[21]

---

[13] A.a.O., Kap. NS-Formationen – Schutzgarde vor dem Hl. Rock.

[14] Zit. n. Berliner Morgenpost, 4. April 1933, S. 3, http://zefys.staatsbibliothek-berlin.de/list/title/zdb/2719372X/ (25. 9. 2017).

[15] Zit. n. Papen, a.a.O., S.23f.

[16] A.a.O., S. 25.

[17] Zit. n. AKD-Mitteilungsblatt Nr. 1, 22. November 1933 in: Brigitte Zuber, Die Arbeitsgemeinschaft Katholischer Deutscher (AKD) in München und Kardinal Faulhaber, Theologie, Geschichte, Bd. 9, 2014. http://universaar.uni-saarland.de/journals/index.php/tg/article/viewArticle/657/702 (25. 9. 2017).

[18] Ebd.

[19] Vgl. Internationales Militärtribunal Nürnberg, 17. Juni 1946 in: Reiner Möckelmann, Franz von Papen. Hitlers ewiger Vasall, Darmstadt 2016, S. 308.

[20] Zit. n. Papen, a.a.O., S. 5.

[21] Vgl. Enzyklika Casti connubii über die christliche Ehe im Hinblick auf die gegenwärtigen Lebensbedingungen und Bedürfnisse von Familie und Gesellschaft und auf die diesbezüglich bestehenden Irrtümer und Missbräuche (31. Dezember 1930), Die Frage der Eugenik, http://www.kathpedia.com/index.php/Casti_connubii, www. st.josef.at (25. 9. 2017).

Am 14. Juli 1933 verabschiedete das Reichskabinett ein Gesetz, welches Zwangssterilisation zur Verhütung erbkranken Nachwuchses außer für Menschen mit Schwachsinn, Schizophrenie, manisch-depressivem Irresein, erblicher Fallsucht, erblichem Veitstanz, erblicher Taubheit oder schweren erblichen körperlichen Missbildungen selbst für solche mit schwerem Alkoholismus vorsah.[22] An der Kabinettssitzung zur Verabschiedung des ‚Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses' nahm Vizekanzler Franz von Papen teil. Er wies weder auf den grundsätzlichen Widerspruch zur päpstlichen Enzyklika hin, enthielt sich auch nicht der Stimme oder stimmte gar gegen das Gesetz, welches in klarem Widerspruch zur autoritativen Lehrmeinung des Vatikans stand. Wohl verwies Papen auf den zu erwartenden Widerstand der katholischen Kirche. Diesem Widerstand wollte er indessen das Gesetz nicht aussetzen und schlug vor, *„die Veröffentlichung bis nach Abschluss der römischen Konkordatsverhandlungen zurückzustellen."*[23] Der Vatikan sollte nicht provoziert und die Unterschrift unter den Konkordatstext nicht gefährdet werden. So geschah es dann auch. Der Text des ‚Sterilisierungsgesetzes' erschien erst im Reichsgesetzblatt vom 25. Juli, also fünf Tage nach Unterzeichnung des Reichskonkordats in Rom und hatte prompt einen kritischen Artikel des ‚Osservatore Romano' zur Folge.[24] Diese Stellungnahme des offiziösen Vatikanblattes dürfte auch Bischof Bornewasser kurz nach Enthüllung des Heiligen Rockes in Trier nicht entgangen sein.

Die katholischen Kleriker an der Saar mussten sich in der Frage der Rückkehr der Saar ins Deutsche Reich Gedanken nicht nur über das ‚Sterilisationsgesetz', sondern auch über das im Reichskonkordat vereinbarte Ende des politischen Katholizismus, den Eid auf die Reichsführung und die ungeklärte Stellung kirchennaher Organisationen im Reich machen. Die Beamten an der Saar mit einem Mitgliedsbuch der Zentrumspartei, der Sozialdemokraten oder Kommunisten, aber auch jüdische Beamte mussten sich nach einer Rückkehr ins Reich noch größere, nämlich existentielle Sorgen machen.

Am 7. April 1933 hatte das Reichskabinett in Berlin das ‚Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums', das sog. Berufsbeamtengesetz, verabschiedet. Zwei Paragraphen widersprachen eindeutig dem Gleichheitsprinzip. So diskriminierte der Paragraph 3 die deutschen beamteten Juden und war der erste von vielen weiteren ‚Arierparagraphen' in der NS-Gesetzgebung. In unzweideutiger Weise schrieb er vor:[25] *„Beamte, die nicht arischer Abstammung sind, sind in den Ruhestand zu versetzen"*. Paragraph 4 erstreckte Entlassungen auf *„Beamte, die nach ihrer bisherigen politischen Betätigung nicht die Gewähr dafür bieten, dass sie jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat eintreten"*.[26] Spätestens mit dem Verbot der KPD im März 1933 und mit dem der SPD im Juni wurde das Berufsbeamtengesetz gegen Mitglieder dieser Parteien angewandt. Ab Mitte Juli 1933 galt es für die Mitglieder aller übrigen demokratischen Parteien, nachdem im ‚Gesetz gegen die Neubildung von Parteien' die NSDAP zur einzigen politischen Partei erklärt und derjenige mit Zuchthaus bedroht wurde, der *„es unternimmt, den organisatorischen Zusammenhalt einer anderen politischen Partei aufrechtzuerhalten."*[27]

Die katholische Zentrumspartei hatte sich im Deutschen Reich am 5. Juli 1933 freiwillig aufgelöst. Aber schon mit Verabschiedung des ‚Berufsbeamtengesetzes' drohte gläubigen katholischen Staatsbeamten die Entlassung. Einen Tag vor Verabschiedung des Gesetzes hatte sich der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz, Kardinal Adolf Bertram, angesichts großer Arbeitslosigkeit an den Reichspräsidenten von Hindenburg gewendet. Er wies ihn auf die Sorge in der katholischen Öffentlichkeit hin, wonach *„so manche hervorragend tüchtige katholische Beamte, die jahrelang treueste und segensreichste Arbeit dem Volke und Vaterlande geleistet haben und ehrlich bereit sind, mit gleicher Hingebung unter der neuen Regierung opferwillig und in korrekter Einstellung zu arbeiten, auf stürmisches Drängen gegnerischer Kreise eben deshalb entfernt werden, weil sie der Kirche ebenso wie dem Staate mit gleicher Anhänglichkeit ergeben waren"*.[28] Der Appell des Kardinals fand beim Reichspräsidenten keinen Widerhall. Auch vom Vizekanzler und tiefgläubigen Katholiken Franz von Papen, der das Berufsbeamtengesetz im Kabinett ohne Einspruch gebilligt hatte, kam keine Unterstützung.

VIII. Die Rückkehrgegner

Die zwangsweise Auflösung der traditionellen politischen Parteien im Reich und die beruflichen Sorgen von deren beamteten Anhängern und Mitgliedern musste die Saarbevölkerung mit Blick auf die Rückkehr der Saar ins Reich beunruhigen; das Bemühen des Saarbevollmächtigten Franz von Papen, die ‚Deutsche Front' an der Saar zu stärken, nicht minder. Noch im Juli 1933 waren in ihr alle bürgerlichen Parteien, also das Zentrum, die Deutsch-konservative Volkspartei (DSVP), die Deutschnationale Volkspartei (DNVP), die Wirtschaftspartei und die NSDAP-Saar selbstständig organisiert gewesen. Nach ihrem Verbot bzw. ihrer Auflösung im Reich lösten sich Ende September und Anfang Oktober 1933 im Saargebiet alle Parteien außer der NSDAP auf. Die ‚Deutsche Front' wurde zu einer reinen NS-Organisation.[29]

Deutlich erschwert wurde Franz von Papens Werben um die Katholiken an der Saar Ende 1933/Anfang 1934 durch Meldungen aus dem Reich über zahlreiche Verhaftungen und Misshandlungen von Geistlichen, über Zwangsauflösungen katholi-

[22] Vgl. Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Vom 14. Juli 1933. Paragraph 1 http://www.documentarchiv.de/ns/erbk-nws.html (25. 9. 2017).
[23] Zit. n. Protokoll der Kabinettssitzung vom 14. Juli 1933, Bundesarchiv Koblenz R. 43 I/1464.
[24] Vgl. M.K. Heinrich. Die Reaktion der katholischen Kirche auf das „Euthanasie"-Programm im „Dritten Reich", Göttingen 2009, S. 10.
[25] Zit. n. Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums. Vom 7. April 1933. Paragraph 3 http://www.documentarchiv.de/ns/beamtenges.html (15. 11. 2017).
[26] A.a.o., Paragraph 4.
[27] Zit. n. Gesetz gegen die Neubildung von Parteien. Vom 14.Juli 1933, in: documentArchiv.de [Hrsg.], URL: http://www.documentArchiv.de/ns/parteiverbot.html (15. 11. 2017).
[28] Zit. n. Guenter Lewy. Mit festem Schritt ins Neue Reich, DER SPIEGEL 9/1965, S. 86f.
[29] Vgl. Jacobi, a.a.O., Kap. Die Entwicklung der ‚Deutschen Front' 1933.

scher, im Konkordat anerkannter Organisationen sowie über die Beschlagnahme von Diözesanvermögen. Auch erste Umdeutungen, Umgehungen und Verstöße des Konkordats trugen dazu bei, dass die Katholiken an der Saar solchen Entwicklungen nach Rückkehr ins Reich ab dem Jahre 1935 ebenfalls ausgesetzt sein würden.

Johannes Hoffmann warnte ab dem Frühjahr 1934 in seiner ‚Neuen Saarpost' vor diesen Entwicklungen, so wie er es seit dem Machtantritt Hitlers zuvor in der ‚Saarbrückener Landeszeitung' getan hatte. Er war erklärter Anhänger der Republik und des Sozialstaates von Weimar gewesen. Mit Franz von Papen, dem monarchistischen Vertreter seiner Zentrumspartei und Gegner der Weimarer Republik, hatte er in einem besonders gespannten Verhältnis gestanden. Als dieser Anfang Juni 1932 Reichskanzler wurde, bezog Hoffmann in der ‚Landeszeitung' dezidiert Position gegen ihn, was Papens hartnäckigen Einsatz für die Entfernung des Chefredakteurs aus der ‚Landeszeitung' erklärt. Noch vehementer als den Monarchisten Papen bekämpfte Hoffmann publizistisch die Machtübernahme Hitlers und distanzierte sich von seinem bisherigen Bekenntnis zur Rückkehr der Saar ‚zum angestammten Mutterland'.

Dieselbe Haltung nahm auch Max Braun ein, der Parteivorsitzende der Sozialdemokraten an der Saar. Mitte Oktober 1933 kommentierte er auf einer Versammlung in Saarbrücken den deutschen Austritt aus dem Völkerbund mit den Worten:[30] *„Am 14. Oktober wurde die Saar zum 4. Male von Deutschland abgetrennt — aber diesmal allein durch die Schuld der wahnwitzigen und verbrecherischen Abenteuerpolitik des Hitlerismus. Seit dem 14. Oktober sind wir restlos auf uns selbst gestellt. Solange dieses Blut- und Henkerregime Deutschland vergewaltigt, ist an eine Rückkehr des Saargebietes nicht zu denken."* Braun traf sich im Anschluss mit dem französischen Außenminister Joseph Paul-Boncour und wollte ihn für eine Aufschiebung des Referendums gewinnen.

Auch richtete er am 6. Juni 1934, zwei Tage nach Festlegung des Abstimmungstermins durch den Völkerbundrat auf den 13. Januar 1935, eine Petition an diesen mit der Forderung, das Referendum um 5 bis 10 Jahre aufzuschieben. Schon im November 1933 hatte er eindringlich auf die Kriegsgefahr hingewiesen, die vom nationalsozialistischen Regime ausging:[31] „Der Hitler, der jemals die Saar bekäme, bleibt an der Saargrenze nicht stehen, sondern mit dem Schlüssel der Ludwigskirche würde er den Versuch machen in das Straßburger und Metzer Münster einzudringen!"

Brauns Bemühungen um eine Verschiebung des Abstimmungstermins führten zu keinem Erfolg, und der eigentliche Abstimmungskampf an der Saar begann. Am 4. Juli 1934 bildete sich in Form der ‚Einheitsfront' eine Aktionsgemeinschaft von Sozialdemokraten und Kommunisten gegen Nazi-Deutschland. Beide Parteien überdeckten ihre innenpolitischen Differenzen und traten auf Kundgebungen mit der Parole an:[32] *„Saardeutscher, schwöre, Du, Saarvolk, höre: Nie Hitlerknechtschaft und braune Gefahr, frei, ewig frei bleibt die deutsche Saar."*

Für die von Berlin gesteuerte „Deutsche Front" appellierte Hitler auf großen Kundgebungen außerhalb des Saargebiets im August 1933 am Niederwalddenkmal bei Rüdesheim und ein Jahr später am Ehrenbreitstein bei Koblenz zur Rückkehr in das angestammte deutsche Vaterland. Seine Anhänger warben mit den eingängigen Parolen:[33] *„Deutsch ist die Saar deutsch immerdar" und „Ein Rindvieh frisst viel Heu und Stroh. Ein Esel nur wählt Status quo."*

IX. Agitation für den Anschluss

Franz von Papen konzentrierte sich bei seinem propagandistischen Einsatz zum Beitritt der Saar auf Kundgebungen in Berlin. Am 18. Februar 1934 leistete er zusammen mit einer großen Volksmenge im Sportpalast den Schwur: *„Schwört und sprecht: Recht bleibt Recht. Wahr bleibt Wahr. Deutsch die Saar!"* Auf einer Berliner Saarkundgebung war Papen am 23. Juni 1934 sogar Hauptredner. Rund 3.000 ‚Saarfrauen' waren in die Reichshauptstadt gereist, um mit ihm für den Beitritt zu demonstrieren. Papen ließ es sich nicht nehmen, den Führer des Reichs als „das große Wunder Adolf Hitler" zu bezeichnen und dessen Leistung zu rühmen, das gesamte deutsche Volk zusammengeschweißt und vor dem politischen Zusammenbruch gerettet zu haben. Die ausländische Presse schrieb verwundert von einer Lobpreisung Hitlers, einem Treuschwur und glühenden Tribut an Hitler.[34]

Das Erstaunen der ausländischen Presse erklärte sich daraus, dass Franz von Papen sechs Tage vor der Saarkundgebung, am 17. Juni 1934, in der Marburger Universität eine international viel beachtete Rede gehalten hatte, welche allgemein als eine brisante Abrechnung mit der NS-Ideologie gewertet wurde. Man schrieb über eine Palastrevolution innerhalb der Hitler-Regierung und dass die Rede die Männer um Hitler und diesen selbst vor dem ganzen Volke bloßgestellt habe, indem in ihr von doktrinären Fanatikern, Bevormundung, Gleichschaltung und Byzantinismus gesprochen wurde. Propagandaminister Goebbels verbot die Verbreitung der Rede im Reich. Zuvor war sie indessen schon ins Ausland gelangt. Über die ‚Neue Zürcher Zeitung' kam sie wieder ins Reich zurück und sorgte in NS-Kreisen für große Beunruhigung. Hitler reagierte kühl und erklärte am Tag von Papens Rede:[35] *„Lächerlich, wenn solch ein kleiner Zwerg sich einbildet, durch ein paar Redensarten die gigantische Erneuerung des Volkes hemmen zu können."*

Franz von Papen, der den von seinem Redenschreiber Edgar Jung verfassten Text erst kurz vor seiner Ansprache gelesen hatte, beeilte sich angesichts der hervorgerufenen Unruhe, Hitler noch am 17. Juni telegrafisch mitzuteilen:[36] *„In der alten Univer-*

[30] Zit. n. Dieter Marc Schneider. Saarpolitik und Exil 1933-1955 in: http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1977_4_4_schneider.pdf. (16. 11. 2017).
[31] Zit. n. Joachim Heinz. Nie zu Hitler. Die antifaschistische Einheitsfront-Kundgebung. 26. August 1934, Sulzbach Saar. Eine Ausstellung der Stiftung Demokratie Saarland, http://www.stiftung-demokratie-saarland.de/uploads/media/Nie_zu_Hitler.pdf (18. 10. 2017).
[32] Ebd.
[33] Ebd.
[34] Vgl. Möckelmann, a.a.O., S. 249.
[35] Zit. n. Alfred Ingemar Berndt (Hrsg.): Das Archiv. Nachschlagewerk für Politik, Wirtschaft, Kultur, 1. Jg. (1934) Berlin 1934, S. 318.
[36] Zit. n. Papen an Hitler. 17. Juni 1934. Sonderarchiv Moskau, i.e. Staatliches Militärarchiv Moskau: NL Papen, Bd. 9, Bl.1.

sitätsstadt Marburg habe ich soeben eine Klinge für die unbeirrte und unverfälschte Fortsetzung Ihrer Revolution und die Vollendung Ihres Werkes geschlagen. In Verehrung und Treue Ihr Papen." Hitler nutzte die Rede Papens zwei Wochen später, am 30. Juni 1934, in der ‚Nacht der langen Messer', dem sog. Röhm-Putsch, um nicht nur die Führer der SA, sondern auch missliebige Konservative umbringen zu lassen. Aus der Vizekanzlei Franz von Papens traf es mehrere Mitarbeiter, darunter den Autor der Marburger Rede Edgar Jung.

Zu den Opfern zählten aber auch die prominenten katholischen Kirchenführer Erich Klausener und Adalbert Probst. Die Morde zeigten den Saarkatholiken die Auswüchse des NS-Kirchenkampfs im Reich und führten zu Überlegungen, hiergegen öffentlich zu protestieren. Gleichsam in letzter Stunde verhinderte Franz von Papen eine Protestveranstaltung und wurde hierin von Bischof Franz Rudolf Bornewasser unterstützt.[37] Dieser hatte sich am 29. Juli 1934 deutlich von der kritischen Berichterstattung der „Neuen Saarpost" des Johannes Hoffmann über den Kirchenkampf im Reich distanziert. Er unternahm es andererseits Ende August 1934, Hitler in einem Schreiben darauf hinzuweisen, dass die Rückgliederung der Saar durch über 25% von Status-Quo-Stimmen gefährdet sei. Zwar erwähnte Bornewasser saartypische Umstände, legte das Hauptgewicht seiner Argumentation aber auf die Schilderung der Lage der Kirche im Reich. So benannte der Bischof einzelne staatliche Verstöße gegen das Konkordat und bat Hitler, dem Konkordat durch „ein starkes Wort" Geltung zu verschaffen. Auch solle er die Zukunft der katholischen Beamten im Saargebiet garantieren. Das Schreiben Bornewassers, in welchem dieser die Rückgliederung des Saargebiets nicht nur mit der Einhaltung des Konkordats, sondern auch mit der Nichtanwendung des ‚Berufsbeamtengesetzes' an der Saar verknüpfte, beantwortete Hitler nicht.[38]

Wie Franz von Papen, so hielt auch Bischof Bornewasser Nationalsozialismus und Katholizismus durchaus für vereinbar. Der Trierer Bischof betrachtete es als unchristlich und unpatriotisch, nicht für eine künftige deutsche Saar unter einem NS-Regime zu stimmen. Mit großem Einsatz setzte er sich gegen den Status Quo ein und brachte die rund 230 Priester seiner Diözese, also wichtige Meinungsführer mit mehrheitlich geringen Sympathien für die NS-Bewegung, auf Linie.[39] Sein Amtsbruder in Speyer, Bischof Ludwig Sebastian, stand ihm wenig nach. Er benutzte einen Besuch im Saargebiet am 5. Juli 1934 dazu, bei saarpfälzischen Katholiken für die Rückgliederung zu werben. Auch versetzte er drei gegen den Nationalsozialismus opponierende Kapläne aus der Saarpfalz in die Rheinpfalz.[40]

Zum Zeitpunkt des Schreibens von Bornewasser an Hitler war Franz von Papen schon nicht mehr Ansprechpartner für den Klerus der Saar. Am 4. Juli hatte er Hitler schriftlich mitgeteilt, dass er als Saarbeauftragter zurücktrete, nachdem er ihm bereits kurz nach seiner Marburger Rede sein Entlassungsschreiben als Vizekanzler zugestellt hatte. Hitler reichte die Rücktrittsschreiben indessen nicht an den Reichspräsidenten Hindenburg weiter und wartete bis zum 28. Juli mit der gleichzeitigen Mitteilung an die Öffentlichkeit, dass er Hindenburg gebeten habe, Papen das Deutsche Reich in Wien als ‚Außerordentlicher Gesandter und bevollmächtigter Minister in besonderer Mission' vertreten zu lassen. Der Reichspräsident unterzeichnete die Bestallungsurkunde Papens am 30. Juli 1934 als letzte Amtshandlung vor seinem Tod zwei Tage später.

Als Saarbeauftragter des Deutschen Reichs folgte Franz von Papen der Rheinpfälzer Josef Bürckel nach. Der hohe NS-Funktionär war bereits seit 1926 NSDAP-Gauleiter der Rheinpfalz und von Hitler Anfang Mai 1933 zum Gauleiter für das Saargebiet ernannt worden. Obwohl er diese Stellung als Nicht-Saarländer nach Trennung der Saarparteien vom Reich nicht ausüben konnte, bestimmte er dennoch die NS-Politik an der Saar. Nach der Volksabstimmung am 13. Januar 1935 und dem Zusammenschluss des Gaus Saarland mit dem Gau Rhein-Pfalz wurde Bürckel Reichskommissar für die Rückgliederung des Saargebiets.

Bürckels Erfolg bei der Gleichschaltung der Saar verschafften ihm Hitlers Auftrag, ab März 1938 in Österreich die Volksabstimmung zum Anschluss Österreichs vorzubereiten. In Folge des dortigen überwältigenden Abstimmungserfolgs wurde Bürckel noch im selben Jahr „Reichskommissar für die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Reich" und somit Beauftragter für die Gleichschaltung Österreichs. Franz von Papen hatte auf seine Weise den Triumph Bürckels in Österreich ebenso vorbereitet wie zuvor an der Saar.

X. Abstimmung vom 13. Januar 1935 und Folgen

Die Gründe für die Sorge um ein positives Saarreferendum, die Bischof Bornewasser dem ‚Führer' in seinem Schreiben Ende August 1934 vorgetragen hatte, namentlich die zahlreichen Verstöße gegen das Reichskonkordat, galten auch Anfang Januar 1935 noch. Dennoch musste von autoritativer Seite alles unternommen werden, dass die katholischen Status-Quo-Befürworter am 13. Januar ihre Stimme für die Rückgliederung abgeben würden. Am Sonntag, dem 6. Januar 1935 ließ das Gesamtepiskopat der Kölner Kirchenprovinz deshalb einen Hirtenbrief verkünden.

Auf ausdrückliche Anordnung der Bischöfe von Trier und Speyer wurde der Hirtenbrief auch im Saargebiet veröffentlicht:[41] *„Am Sonntag, dem 13. Januar 1935, wird im Saargebiet die Volksabstimmung stattfinden über die Frage, ob dieses deutsche Land und seine Bewohner in der durch den Versailler Gewaltfrieden aufgezwungenen Trennung vom Deutschen Reich verbleiben sollen. Als deutsche Katholiken sind wir verpflichtet, für die Größe, die Wohlfahrt und den Frieden unseres Vaterlandes uns einzusetzen. Deshalb verordnen wir, dass am genannten Sonntag in allen Kirchen nach dem allgemeinen Gebet drei Vaterunser und Ave Maria gebetet werden, um einen für unser deutsches Volk segensreichen Ausgang der Saarabstimmung zu erflehen."*

[37] Vgl. Jacoby, a.a.O., Kap. Das deutsche Drängen auf eine Abstimmungserklärung der katholischen Kirche.
[38] Vgl. Jacoby, ebd.
[39] Vgl. Dietmar Hüser. Saarland - Eine europäische Geschichte? - Anmerkungen zu den Volksabstimmungen am 13. Januar 1935 und 23. Oktober 1955, in: Zeitschrift für die Geschichte der Saargegend 63 (2015), S. 15.
[40] Vgl. Jacoby, a.a.O., Kap. Das deutsche Drängen auf eine Abstimmungserklärung der katholischen Kirche.
[41] Zit. n. Lothar Wettstein. Josef Bürckel. Gauleiter, Reichsstatthalter, Krisenmanager Adolf Hitlers, books on demand 2009, S.263f.

Es ist heute wohl unbestritten, dass das katholische Episkopat die Abstimmung von rund 540.000 stimmberechtigten Saarbürgern am 13. Januar 1935 entscheidend beeinflusste. Im deutsch-französischen Grenzland konnte es zunächst an Nationalismus und Patriotismus appellieren. Klassische Bilder der Erbfeindschaft, der Mangel an positiv besetzten demokratischen Erfahrungen, die Attraktivität des Nationalsozialismus und die Zweifelhaftigkeit der Alternativen kamen als Motive der Saarbevölkerung für das Rückkehrvotum hinzu.[42]

Unter den 90,5 Prozent, die bei einer Wahlbeteiligung von knapp 98 Prozent für die Rückkehr der Saar zu Deutschland stimmten, war dank seines Wohnsitzes in Wallerfangen auch Franz von Papen. Den ‚Heimkehr der Saar'-Erfolg führte er maßgeblich darauf zurück, dass Deutschland bis dahin stets „die treusorgende Mutter des Saarvolkes geblieben" sei. Die lediglich 0,4% der Stimmen für die Vereinigung der Saar mit Frankreich bedeuteten für ihn, dass nun „mit der Lüge von 150000 Saarfranzosen endgültig aufgeräumt" worden sei.[43] Rund 46.600 oder knapp 8,9% der Saarbürger stimmten für die Beibehaltung der geltenden Rechtsordnung, für den Status Quo.

Die Saarabstimmung brachte Adolf Hitler sowohl einen Prestigeerfolg im Ausland als auch einen erneuten Sympathiezuwachs im Deutschen Reich. Die ‚Heimkehr der Saar' feierten die Deutschen als den bis dahin größten Erfolg Hitlers. Für diesen war die Rückkehr ein wichtiger Markstein auf dem Weg zu Revision und Expansion. Weitere Etappen folgten rasch: Im Februar 1935 verkündete er die offizielle Einrichtung einer Luftwaffe, im März die allgemeine Wehrpflicht, jeweils ein offener Bruch der Verträge von Versailles; ein Jahr später erfolgte die Besetzung der entmilitarisierten Zone im Rheinland.

Vielen der Anschlussgegner stellte sich die Frage, wie sie ihre Zukunft an der Saar ab dem 15. März 1935, dem Tag des Anschlusses des neu geschaffenen Gaus Saarland an das Deutsche Reich, gestalten könnten. Gleiches fragten sich die reichsdeutschen Juden, Sozialdemokraten, Kommunisten und überzeugten Christen, die nach dem Machtantritt Hitlers und mit Einsetzen der Verfolgungen im Deutschen Reich die Saar als neue Heimat gewählt hatten. Mit dem Anschluss der Saar drohte ihnen, ebenso wie der deutlich größeren Zahl von Saarbürgern gleichen Glaubens oder politischer Überzeugung nun der Terror des NS-Regimes.

Besonders besorgt waren die Juden an der Saar angesichts der bereits ab dem 1. April 1933 mit Boykottmaßnahmen und im selben Monat mit diskriminierenden Gesetzen im Deutschen Reich verfolgten Glaubensbrüder und -schwestern. So gab der damalige Saarbrücker Rabbiner Schlomo Friedrich Rülf Ende des Jahres 1933 den Anstoß, vom Völkerbund Garantien für die im Saargebiet lebenden einheimischen und geflüchteten Juden aus dem Reich einzufordern.[44]

Rabbiner Rülf gründete ein Komitee saarländischer Juden und nahm Kontakt zum Völkerbund in Genf wie auch zu führenden Juden in europäischen Hauptstädten auf. Als ersten Erfolg konnte er eine Garantierklärung der deutschen und französischen Regierung verzeichnen. Beide verpflichteten sich Anfang Juni 1934, nach der Rückgliederung der Saar jede Verfolgung eines Abstimmungsberechtigten wegen dessen Entscheidung zu unterlassen.[45] Diese Erklärung bezog demnach auch nichtjüdische Saarbürger und Status-quo-Befürworter ein. Sie galt aber nicht für verfolgte Juden oder NS-Gegner, die ab dem 30. Januar 1933 aus dem Deutschen Reich ins Saargebiet geflüchtet und nicht abstimmungsberechtigt waren.

Das Komitee von Rabbiner Rülf sorgte sich deshalb auch um die nichtabstimmungsberechtigten Bewohner des Saargebiets und konnte den Völkerbund überzeugen, auf die Reichsregierung politischen Druck für eine erweiterte Garantieerklärung auszuüben. Sechs Wochen vor dem Abstimmungstermin im Saargebiet, am 3. Dezember 1934, gab Reichsaußenminister von Neurath in einem Schreiben an den Vorsitzenden des Dreier-Ausschusses des Völkerbunds, Baron Aloisi, eine Erklärung ab. Darin verpflichtete sich die Deutsche Reichsregierung, *„dass hinsichtlich der nichtabstimmungsberechtigten Bewohner des Saargebietes keine Verfolgungen, Vergeltungsmaßnahmen oder Schlechterstellungen wegen der politischen Haltung stattfinden, die diese Personen während der Verwaltung durch den Völkerbund mit Beziehung auf den Gegenstand der Volksbefragung eingenommen haben."*[46] Diese Schutzerklärung erstreckte sich demnach zwar auch auf Ausländer und Minderjährige, nicht aber auf jüdische und politische Emigranten aus dem Reich, denn: *„Im Sinne der vorstehenden Bestimmungen gilt als >Bewohner< jede Person, die am 13. Januar 1935 seit mindestens drei Jahren ihren Wohnsitz im Saargebiet hat."*[47]

In einem weiteren Schreiben an Aloisi erklärte Neurath ebenfalls am 3. Dezember 1934, dass „den am heutigen Tage im Saargebiet wohnhaften Personen, die das Gebiet verlassen wollen" frei stehe, *„ihren dortigen Grundbesitz zu behalten oder zu verkaufen oder ihr bewegliches Vermögen abgabenfrei mitzunehmen.". Diese Zusicherung galt bis zum 29. Februar 1936, ebenso wie diejenige, wonach „die Bewohner des Saargebietes ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit keine Schlechterstellung wegen ihrer Sprache, Rasse oder Religion erfahren."*[48] Hiermit schloss der Völkerbund vor der Abstimmung am 13. Januar 1935 förmlich nicht aus, dass sich die Verfolgung der Juden nach einem Anschluss an Deutschland auf die Saar erstrecken könnte. Die gebietsansässigen politischen Emigranten aus dem Reich genossen indessen keinen Schutz.

Sehr bald nach der Abstimmung und mit Beginn der nationalsozialistischen Gleichschaltungspolitik im Gau Saar begann somit die Flucht von politischen Reichsemigranten aber auch von einheimischen NS-Gegnern aus dem Saargebiet. Erstes Ziel der Meisten war Frankreich. Unweit von Saarbrücken, in Forbach, gründete der Vorsitzende der saarländischen Sozialdemokraten, Max Braun, gleich nach seiner Flucht im Januar 1935 eine ‚Beratungsstelle für Saarflüchtlinge' und richtete ein

[42] Vgl. Hüser, a.a.O., S. 13ff.
[43] Zit. n. „Franz von Papen und die Einigung in der Saarfrage", Saarbrücker Zeitung, 2. Juni 2011.
[44] Vgl. Jacoby, a.a.O., Die Auswirkungen der saarländischen Innenpolitik auf die Außenpolitik.
[45] Vgl. Georg Bruns. Die Rückgliederung des Saargebietes 1935, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 5 (1935), S. 122.
[46] Zit. n. Bruns, a.a.O. S. 124f.
[47] Ebd.
[48] A.a.O., S. 125f.

Auffanglager ein. Die Statistik des Departements Moselle wies allein bis zum 8. April 1935 12.646 Flüchtlinge aus, die aus dem Saargebiet an den Grenzstationen angekommen waren.[49] Nachdem die Beratungsstelle im April 1936 geschlossen worden war, ging Max Braun nach Paris. Mit der Besetzung von Paris musste er weiter nach England flüchten und starb dort 1948 kurz vor der geplanten Rückkehr ins Saarland.

Der gleichermaßen vehemente NS-Gegner Johannes Hoffmann flüchtete ebenfalls im Januar 1935; zunächst nach Luxemburg und im Anschluss nach Frankreich. Mit der NS-Besetzung Frankreichs emigrierte er nach Brasilien. Sehr bald nach Ende des NS-Regimes kehrte er nach Saarbrücken zurück, um dort die bekannte Karriere als Ministerpräsident zu starten.

XI. Papen und die Emigranten

Fast alle saarländischen Juden nutzten im Laufe des Jahres 1935 ihr „Ausreiserecht". Im gesamten Saargebiet gab es am 1. 1. 1933 noch rund 5.000 Juden in 18 Gemeinden mit 23 Synagogen bzw. Betsälen. Bei der Volkszählung am 17. 5. 1939 lebten im Saarland nur noch 479 Juden, davon 177 in Saarbrükken; sie waren meist mittellos oder zu alt, um auswandern zu können. Die Meisten waren nach Frankreich emigriert und teilten nach dessen Besetzung das Schicksal der politischen Emigranten.[50] Einzelne, eng mit der deutschen Sprache verbundene Juden und politische NS-Gegner flüchteten bis Frühjahr 1938 aus dem Gau Saar nach Österreich. Dort trafen sie auf Franz von Papen, der seit Anfang August 1934 das Deutsche Reich als Gesandter vertrat. Die Saarjuden aus Kunst und Wissenschaft dürften vergleichbare Erfahrungen mit ihm gemacht haben, wie der deutsch-jüdische Schriftsteller Walter Mehring, welcher im Jahre 1934 von Berlin über Paris nach Wien geflüchtet war.

Mehrings Bücher standen im Reich auf der „Schwarzen Liste". Im Jahre 1935 veröffentlichte ein Wiener Verlag seine Satire ‚Müller. Die Chronik einer deutschen Sippe'. Daraufhin schickte der deutsche Gesandte Franz von Papen eine Protestnote gegen das Erscheinen des Romans an das Wiener Bundeskanzleramt:[51] *„In seiner antinationalsozialistischen Tendenz und in der offenbaren, besonderen Absicht, die Bedeutung von Blut und Boden im Völkerleben lächerlich zu machen, hat der Verfasser mit seinem Roman ‚Müller, Chronik einer deutschen Sippe' ein Machwerk geliefert, das das Deutschtum mit dem zu großen Teil als geradezu pornographisch zu bezeichnenden Inhalt in empörendster Weise herabwürdigt und verletzt."* Es folgte Papens Aufforderung, das Buch baldmöglichst beschlagnahmen zu lassen.

Das Wirken des aus München geflüchteten Philosophen und zum Katholizismus konvertierten Theologen und Schriftstellers Dietrich von Hildebrand beobachtete Franz von Papen noch argwöhnischer. Er erklärte Hildebrand zu Hitlers Feind Nr. 1 in Österreich.[52] Hildebrand hatte lange Jahre und bis Anfang 1933 an der Ludwig-Maximilian-Universität in München Philosophie gelehrt. Wegen seiner NS-kritischen Haltung wurde er nach Hitlers Machtantritt im Deutschen Reich zur *persona non grata* erklärt. Er floh nach Wien und gründete dort die christlich-konservative Wochenschrift ‚Der Christliche Ständestaat'. Hildebrands Artikel gegen die Vereinigung des Saargebiets mit dem Deutschen Reich musste der frisch ernannte Gesandte des Deutschen Reichs in Wien und Anschlusspropagandist Franz von Papen besonders missbilligen.[53]

In seiner Wochenschrift setzte sich Hildebrand äußerst kritisch mit der nationalsozialistischen Ideologie auseinander, aber auch mit der Schrift ‚Die Grundlagen des Nationalsozialismus' des Theologen Alois Hudal.[54] Im November 1936 hatte Franz von Papen das Buch, welches einen Brückenschlag von Kreuz zu Hakenkreuz theologisch begründen wollte, Adolf Hitler persönlich mit Empfehlungen überreicht. Ein halbes Jahr darauf, im April 1937, empörte sich Papen in einem Schreiben an Hitler indessen nicht über die Kritik Hildebrandts an den ‚Grundlagen', sondern über noch Gravierenderes: In Wien sei eine „Nationalunion zur Befreiung Deutschlands" gegründet worden, deren Kopf Hildebrandt sei. Er wolle alle NS-Gegner vereinen und den Umsturz des Regimes im Reich betrieben. Alle verfügbaren Dokumente über ihn, den Papen als „gefährlichsten Feind und das größte Hindernis für den Nationalsozialismus in Österreich" bezeichnete, habe er auch SS-Chef Heinrich Himmler übermittelt.[55]

Bis zum Frühjahr 1938 wurde Dietrich von Hildebrand kein Opfer der SS in Wien. Nach dem Anschluss Österreichs im April musste er sich aber ebenso wie auch Walter Mehring in Frankreich und danach in den USA eine neue Zufluchtsstätte suchen. Franz von Papen dagegen erfüllte seinen Auftrag in Wien mit dem Anschluss zur vollen Zufriedenheit Hitlers, welcher ihm seine Vorarbeit mit dem Goldenen Parteiabzeichen der NSDAP honorierte. Bis zu seinem Lebensende leugnete Papen indessen, dass hiermit seine Parteimitgliedschaft verbunden gewesen sei, obwohl in seiner Akte im Berliner Bundesarchiv die Aufnahme unter Mitglieds-Nr. 5.501.100 und dem Aufnahmetag 13. 3. 1938 verzeichnet ist.[56]

Franz von Papen zog sich von Wien ins saarländische Wallerfangen zurück und konnte weiteren Aufgaben für das NS-

[49] Dieter Muskalla, NS-Politik an der Saar unter Josef Bürckel. Gleichschaltung - Neuordnung - Verwaltung. Veröffentlichungen der Kommission für Saarländische Landesgeschichte und Volksforschung (Band) 25, Saarbrücken 1995, S. 423.

[50] Synagogen-Gemeinde Saar. NS-Zeit und Auflösung, http://www.sgsaar.de/index. php? Seite=ns-zeit-und-auflösung (20. 10. 2017).

[51] Zit. n. Walter Zwehl, Magd am Hakenkreuz in 1985 Archives – Walter Mehring, http://walter-mehring.info/category/zeitleiste/1985 (20. 10. 2017).

[52] Alice von Hildebrandt, Benedict and Dietrich, Catholic News Agency, March 5, 2013, https://www.catholicnewsagency.com/column/benedict-and-dietrich-2493/ (22. 10. 2017).

[53] Vgl. Dietrich von Hildebrand. My battle against Hitler, New York 2014, S.180ff.

[54] Vgl. Alois Hudal, „Die Grundlagen des Nationalsozialismus: Eine ideengeschichtliche Untersuchung von katholischer Warte", Wien 1937; Dietrich von Hildebrand „Zu Bischof Hudals neuem Buch", in: Der christliche Ständestaat, Nr.3, (16. November 1936), S. 1102f.

[55] Zit n. Rudolf Ebneth. Die österreichische Wochenschrift „Der christliche Ständestaat": Deutsche Emigration in Österreich 1933 – 1938, Veröffentlichungen der Kommission für Zeitgeschichte, Bd. 19, Mainz 1976, S. 263f.

[56] Vgl. Franz Xaver Schwarz, München, an Franz von Papen, Berlin, 30. Mai 1938: Bestätigung Eingangs Schreibens vom 23. Mai „mit welchem Sie der Reichsleitung die zur Durchführung der Aufnahme notwendigen Personalunterlagen mitteilten. Ihre Aufnahme unter Mitgl. Nr.5.501.100 mit Aufnahmetag 13. 3. 1938 nunmehr durchgeführt und nach Verfügung des Führers bei Sektion Reichsleitung NSDAP geführt", Bundesarchiv Berlin, Bestandssignatur: VBS 1/1080076713.

Regime entgegensehen. Nach einem Jahr des Wartens bestellte Hitler ihn im April 1939 zum Außerordentlichen und Bevollmächtigten Botschafter in Ankara. In der Türkei traf er nunmehr auf jüdische und politische deutsche Flüchtlinge aus dem angeschlossenen Österreich und der kurz zuvor annektierten Rest-Tschechoslowakei. Hinzu kam eine beachtliche wissenschaftliche und künstlerische Elite, die bereits ab 1933 in Folge des ‚Berufsbeamtengesetzes' aus dem Deutschen Reich in die Türkei geflüchtet war. Als Berater der Regierung sowie als Professoren an den nach westlichem Vorbild erneuerten Hochschulen in Istanbul und Ankara fanden sie Anstellungen, die überwiegend ihren Berufen im Reich entsprachen. Bis zum Abbruch der diplomatischen Beziehungen Anfang August 1944 waren sie indessen ständiger Beobachtung und dem Druck der von Franz von Papen geleiteten Botschaft und von den ihm zuarbeitenden Konsulaten in der Türkei ausgesetzt.

XII. Unbelehrbarer Brückenbauer

Nach Rückkehr ins Reich konnte Franz von Papen Mitte August 1944 für seine Verdienste in der Türkei aus den Händen Hitlers das selten an Zivilisten verliehene ‚Ritterkreuz des Kriegsverdienstkreuzes mit Schwertern' entgegennehmen und Mitte Dezember 1944 die Urkunde zur Versetzung als ‚Botschafter im Wartestand'. Mitte April 1945 erwartete und verhaftete ihn indessen ein US-Trupp in einem Jagdhaus im Vogelsberg. Ein erstes Verhör durch Offiziere der Alliierten stand bereits am 16. April 1945 an, ein halbes Jahr vor Beginn des Prozesses gegen ihn und 23 weitere als Hauptkriegsverbrecher angeklagte NS-Größen vor dem Nürnberger Militärtribunal.

In Nürnberg kam auch Franz von Papens Rolle als Saarbeauftragter Hitlers zur Sprache. Auf die Frage seines Anwalts erklärte Papen, dass er *„stets im Sinne einer freundschaftlichen Verständigung mit Frankreich gearbeitet"* habe, *„und zwar in dem Sinne, das Saarproblem zu regeln ohne eine Abstimmung. Der Verzicht auf diese Abstimmung war nicht etwa egoistisch gedacht, denn diese Abstimmung war für Deutschland zu jedem Zeitpunkt gesichert. Mein Angebot war vielmehr ein gern gebrachtes Opfer für die Verständigung."*[57] Seine Rolle als Hitlers Saarbeauftragter und Propagandist für eine Rückkehr der Saar in ein nationalsozialistisches Terrorregime erwähnte Papen nicht.

Der Nürnberger Militärgerichtshof hatte Franz von Papen wegen Beteiligung an der Planung von und Verschwörung zu Verbrechen gegen den Frieden angeklagt und sprach ihn am 1. Oktober 1946 frei. Den Anklägern hatte Papen sich als Vertreter des ‚anderen' Deutschlands vorgestellt, der nicht dem Nazi-Regime, sondern ausschließlich dem Vaterland gedient hatte. Die bayerische Justiz sah dies anders. Sie übernahm Papen direkt aus der Haft der Alliierten und beurteilte sein Wirken im ‚Dritten Reich' nach dem ‚Entnazifizierungsgesetz'. Wegen aktiver Unterstützung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft verurteilte ihn das Landgericht Nürnberg-Fürth Ende Februar 1947 als Hauptschuldigen zu acht Jahren Gefängnis, Vermögensverlust und Aberkennung der bürgerlichen Rechte. Papens Gang durch mehrere Entnazifizierungsinstanzen erbrachte ihm Ende Januar 1949 die Freilassung und Mitte Mai 1956 sogar die Einstufung als ‚Minderbelasteter'. Hiermit wurde ihm der Weg zur allerdings vergeblichen Anerkennung seiner Pensionsansprüche als Diplomat und Militär eröffnet.

Nach seiner Freilassung sah sich Franz von Papen Anfang 1949 mit dem Problem konfrontiert, dass er – wie so viele Europäer – durch die Auswirkungen des Krieges heimatlos geworden war. Das Gutshaus in Wallerfangen war während des Vormarsches der US-Armee durch das Saargebiet im Herbst 1944 schwer beschädigt worden und brannte bei Kriegsende bis auf die Grundmauern nieder. Hinzu kam, dass es Papen seit der verwaltungsmäßigen Angliederung des Saarlandes an Frankreich im Jahre 1945 eine geraume Zeit verboten war, das Saargebiet zu betreten. Die französische Regierung wünschte in ihrem Herrschaftsgebiet nicht die Anwesenheit von ehemaligen Angeklagten des Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozesses.

Zur Abstimmung über einen europäischen Status der Saar war Franz von Papen am 23. Oktober 1955 als ortsansässig begüterter ‚Exilsaarländer' dann aber stimmberechtigt. Zwei Gesangvereine und die Feuerwehrkapelle von Wallerfangen begrüßten ihn bei seiner Ankunft mit einem Ständchen. Papen konnte mit seiner Nein-Stimme nochmals seine Gegnerschaft zu Johannes Hoffmann, dem Ministerpräsidenten des Saarlandes und Befürworter eines europäischen Status der Saar, zum Ausdruck bringen. Sieben Jahre später empfingen die Bürger der Gemeinde Franz von Papen anlässlich der 1000-Jahrfeier Wallerfangens wiederum ehrerbietig. Ein Jubiläumsfilm zeigt ihn an prominenter Stelle unter den Ehrengästen.

Nicht nachweisbar ist bis heute allerdings, ob die Saargemeinde Wallerfangen Franz von Papen in der NS-Zeit die Ehrenbürgerschaft verliehen hatte und ihn neben Nicolas Adolphe de Galhau, dem Unternehmer und jahrzehntelangen Bürgermeister von Wallerfangen, noch zu seinen Ehrenbürgern zählt. Heute künden in Wallerfangen das von Franz von Papens Enkelin bewirtschaftete ‚Gut von Papen', der ‚Englische Park von Papen' und die knapp 100 Meter lange ‚Franz-von-Papen-Straße' von einer Nähe der Gemeinde zu Papen bzw. zu seiner Familie. Ein genauer Blick auf das Straßenschild lässt indessen eine gewisse Distanzierung der Bewohner zum ehemaligen Reichskanzler und Brückenbauer vermuten: Die Jahreszahlen „1911-1983" unterhalb des Namens verweisen nicht auf Franz von Papen Senior, sondern auf seinen Sohn Friedrich Franz, der sich nach dem Kriege für Belange Wallerfangens eingesetzt haben soll.

Nachdem die Franzosen Franz von Papen den Zutritt in das Saarland zunächst verwehrt und seine Geburtsstadt Werl im Münsterland ihm im Jahre 1946 die Ehrenbürgerschaft aberkannt hatte, stellte Franz von Papen Senior sich im Jahre 1952 in seinen Memoiren ‚Der Wahrheit eine Gasse' die bange Frage:[58] *„Wo denn sollen einst meine heimatlos gewordenen Knochen ihre letzte Ruhe finden?"* Die saarländische Gemeinde Wallerfangen beantwortete Franz von Papens Frage nach seinem Tod am 2. Mai 1969 mit einer Grabstelle auf dem dortigen Friedhof an der Seite seiner am 18. Februar 1961 verstorbenen Frau Martha.

[57] Zit. n. Papen, IMT Nürnberg, 17. Juni 1946, http://www.zeno.org/Geschichte/M/Der+N%C3%BCrnberger+Proze%C3%9F/Hauptverhandlungen (22. 10. 2017).

[58] Zit. n. Papen, Der Wahrheit eine Gasse, München 1952, S.666.

Zur Entstehung zwangsmittel- und strafbewehrter Vorschriften im Reichsgesetz über das Kreditwesen (RKWG)

(On the Historical Development of Provisions in the German Imperial Banking Act for Legal and Administrative Sanctions as Well as Criminal Penalties)

Jan Körnert, Jörn von Elsenau, Klemens Grube *

Abstract

Major economic and political problems within Germany led to a banking crisis in the summer of 1931, the causes of which were addressed initially by emergency decrees, later by a committee of enquiry, and finally through the German Imperial Banking Act (Reichsgesetz über das Kreditwesen) of 5 December 1934, which remains a milestone in German banking supervision. This law introduced, inter alia, new provisions for legal and administrative sanctions as well as criminal penalties which went considerably beyond such previously existing provisions. The paper examines the evolution and enactment of these provisions in German banking law, considering not only their roots in the banking crisis and emergency decrees of 1931 but also the subsequent committee of enquiry of 1933/34 and the various precursors and drafts which preceded the final law.

Keywords: *German Imperial Banking Act; banking institutions; emergency decree; banking system; banking supervision; banking investigations; committee of enquiry; legal sanctions; administrativesanctions; criminal penalties.*

1. Einleitung

Von den wirtschaftlichen und politischen Problemen um 1930 waren auch die deutschen Banken betroffen. Als zentrale Wirtschaftsteilnehmer leisteten sie bis zu einem gewissen Grad sogar Vorschub zu den verheerenden Entwicklungen. Die in einem weitgehend unregulierten Markt agierenden Banken befanden sich spätestens im Sommer 1931 in einer veritablen Krise,[1] deren Ursachen man mit allerlei Notverordnungen beizukommen versuchte.[2] Die unter großem Zeitdruck erarbeiteten Notverordnungen konnten zum Teil nur provisorischen Charakter haben, denn erst mit dem im Sommer 1933 eingesetzten Untersuchungsausschuss fand eine tiefergehende Analyse der Probleme im deutschen Bankensystem statt.[3] Die vom Untersuchungsausschuss gelieferte Diagnose mündete unmittelbar in die Erarbeitung eines Gesetzes, das als Reichsgesetz über das Kreditwesen (RKWG) Ende 1934 verabschiedet wurde. Es stellt einen der bedeutendsten Meilensteine der deutschen Bankenaufsicht dar.[4]

Im zehnten Kapitel enthielt das RKWG Vorschriften über Zwangsmittel und Strafen, die bis heute das Fundament für die einschlägigen Normen des Kreditwesengesetzes (KWG) bilden. Die zwangsmittel- und strafbewehrten Vorschriften des RKWG waren seinerzeit nötig, zum einen weil man die Regelungen des Gesetzes wirksam durchsetzen wollte und zum anderen weil sich die bestehenden gesetzlichen Strafbestimmungen als nicht ausreichend erwiesen hatten.[5] Die vorliegende Untersuchung baut auf den grundlegenden Arbeiten von Müller und Kopper auf.[6] Sie setzt sich nun zum Ziel, die Entstehung der zwangsmittel- und strafbewehrten Vorschriften des RKWG näher zu beleuchten.

Nachfolgend werden daher zunächst die Entwicklungen in der Bankenkrise und bei der Entstehung der Notverordnungen 1931 umrissen sowie die Aktivitäten der Bankenenquete und des Untersuchungsausschusses 1933/34 besprochen, bevor die Vorläufer und die Entwürfe zum RKWG detailliert vorgestellt werden. Anschließend wird zu den Zwangsmitteln und Strafen

* Prof. Dr. Jan Körnert, Dipl-Kfm. Jörn von Elsenau, Dipl.-Kfm. Klemens Grube, Rechts- und Staatswissen-schaftliche Fakultät, Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Deutschland.

Wir danken Prof. Dr. Jürgen Regge für seine kenntnisreichen Hinweise und ermunternden Ratschläge.

1 Vgl. hierzu die umfangreiche Literatur in Fn. 7.

2 Ruland, Anselm, *Zur Entwicklung des Bankenaufsichtsrechts bis 1945*. Diss. Münster 1988, S. 145–167; Neumann, Franz, Notverordnung. In: Drechsler, H. u. a. (Hrsg.), *Gesellschaft und Staat*. Lexikon der Politik. 10. Aufl., München 2003, S. 694; Döhn, Lothar, Weimarer Republik. In: Drechsler, H. u. a. (Hrsg.), *Gesellschaft und Staat*. Lexikon der Politik. 10. Aufl., München 2003, S. 1037–1042, hier S. 1038–1040.

3 Untersuchungsausschuss für das Bankwesen 1933 (Hrsg.), *Untersuchung des Bankwesens 1933.* I. Teil: Vorbereitendes Material (Ansprache und Referate), 1. u. 2. Band. Berlin 1933; Schreihage, Heinrich, Das Gesetz über das Kreditwesen. In: Theisinger, K. u. Löffelholz, J. (Hrsg.), *Die Bank*. Geld- und Bankorganisation, 1. Band. Wiesbaden 1952, S. 285–318, hier S. 296 f.

4 Reichsgesetzblatt (RGBl.) Teil 1 Nr. 132 v. 7. 12. 1934, S. 1203–1214.

5 Bundesarchiv in Berlin-Lichterfelde (BArchB) R2501/6947, Bl. 279; Schulze, Karl, *Die Aufsicht über die Kreditinstitute nach dem Reichsgesetz vom 5. Dezember 1934*. Dresden 1935, S. 29–31 u. 76; Ernst, Friedrich, Die Anwendung des Kreditwesen-Gesetzes im Jahre 1935 unter Berücksichtigung aktueller Probleme. In: *Die Bank*, Nr. 5, 1936, S. 3.

6 Müller, Christoph, *Die Entstehung des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934*. Berlin 2003; Kopper, Christopher, *Zwischen Marktwirtschaft und Dirigismus*. Bankenpolitik im „Dritten Reich" 1933-1939. Bonn 1995.

des RKWG ein Überblick geliefert, um dann die im Gesetz verankerten Zwangsmittel (§ 45), Ordnungsstrafen (§ 46) und Kriminalstrafen (§ 48–50) näher untersuchen zu können. Der Beitrag schließt mit einem kurzen Fazit und Ausblick.

2. Bankenkrise und Notverordnungen 1931

Die deutsche Bankenkrise 1931 entstand aus einer multikausalen Gemengelage volks- und betriebswirtschaftlicher Probleme sowie politischer Schwierigkeiten.[7] Zunächst ist zu berücksichtigen, dass 1923 zur Eindämmung der hohen Inflation nach dem Ersten Weltkrieg eine restriktivere Geldpolitik sinnvoll erschien. Die damit verbundene Anhebung der Zinssätze verteuerte einerseits die Kreditaufnahme für inländische Wirtschaftsteilnehmer und zog andererseits ausländische Geldanleger im großen Stil an. Zugleich schuf man Anreize für inländische Unternehmen und öffentliche Haushalte, sich an den internationalen Finanzmärkten billiger als im Inland zu verschulden. Infolgedessen stiegen zum einen die Verbindlichkeiten der deutschen Banken und damit einhergehend die Gefahr plötzlicher und großer Abzüge von Zahlungsmitteln durch ausländische Geldanleger. Zum anderen führten die (unfreiwilligen) Anreize bei den Inländern zu einer erhöhten Auslandsverschuldung. Die von den Inländern in fremder Währung aufgenommenen Schulden schlugen sich in deren Bilanzen als passivischer Fremdwährungsüberhang mit den entsprechenden Fremdwährungsrisiken nieder.

Darüber hinaus beeinträchtigten die gesetzlichen Vorschriften zu den Devisenreserven der Reichsbank deren Rolle als letzte Zufluchtsstätte für Geschäftsbanken mit Liquiditätsengpässen. Dadurch konnte die Zentralbank später auftretende Liquiditätsprobleme bei den Geschäftsbanken auch nur begrenzt eindämmen, also im Sinne eines „ultimum refugium“ nicht ausreichend aktiv werden.

Mit der weltweiten wirtschaftlichen Stagnation ab 1928 stieg die Zahl der Insolvenzen an, so dass die Ausfallrisiken der Banken schlagend wurden. Weitere Wertverluste bei ihren Aktiva beklagten die Banken durch große Kursverluste an den Börsen. Der Schwarze Donnerstag am 24. 10. 1929 steht für den folgenreichsten Einbruch der Kurse an der New Yorker Börse. Auch die Möglichkeit, in großem Umfang eigene Aktien zur Kurspflege zu erwerben, verschlimmerte die Lage der Banken.

Die Dramatik nahm im deutschsprachigen Raum weiter zu, als zahlreiche Unternehmen existenzgefährdende Verluste bekanntgeben mussten; darunter befanden sich die Österreichische Creditanstalt und Karstadt am 11. 5. 1931, die Nordstern-Versicherung am 30. 5. 1931 und die Norddeutsche Wollkämmerei (Nordwolle) am 17. 6. 1931. Neben diesen das Eigenkapital schmälernden Verlusten belastete eine Erklärung der deutschen Regierung vom 9. 6. 1931 die Banken. Die Ankündigung, dass die Reparationsleistungen für Deutschland wirtschaftlich untragbar seien, führte zu massiven Abzügen von Zahlungsmitteln seitens des Auslands und zu Liquiditätsengpässen bei deutschen Banken. All diese Probleme trafen das deutsche Bankensystem hart und bedrohten dessen Existenz. Insbesondere wurden die Dresdner Bank sowie die Darmstädter und Nationalbank (Danat-Bank) in Mitleidenschaft gezogen, wobei man im Zusammenbruch der Danat-Bank am 13. 7. 1931 allgemein den Höhepunkt der Bankenkrise in Deutschland sieht.

Auf die Probleme im deutschen Bankensystem reagierte man zunächst mit staatlichen Rettungspaketen, mit zeitweisen Bankschließungen – sogenannten Bankfeiertagen – am Dienstag und Mittwoch, dem 14. und 15. 7. 1931, mit einer faktischen Verstaatlichung der Großbanken sowie mit der Fusion von Dresdner Bank und Danat-Bank. Den Schwierigkeiten in der Bankenkrise 1931 trat man aber auch mit einer Reihe verschiedener Notverordnungen entgegen. Als Notverordnung bezeichnet man allgemein gesetzesvertretende Anordnungen der Exekutive. In der Weimarer Republik verlieh Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) dem Reichspräsidenten weitreichende Möglichkeiten zum Regieren im Ausnahmezustand. Notverordnungen stellten damit eine Art Ersatzgesetzgebung des Reichspräsidenten dar. Bereits der sozialdemokratische Reichspräsident Friedrich Ebert (1871–1925) nutzte dieses Instrument anlässlich des Putschversuches von Adolf Hitler (1889–1945) am 9. 11. 1923.[8]

Am 27. 3. 1930 führten die Krise des Parteiensystems und das Erstarken alter Eliten zum Bruch der Großen Koalition unter dem sozialdemokratischen Reichskanzler Hermann Müller

---

[7] Die nachfolgenden Ausführungen zur Bankenkrise 1931 beziehen sich hier auf folgende Literatur: Jessen, Jens, *Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934 mit Begleitbericht, Erläuterungen und Begründungen*. Berlin 1935, S. 12–19; Schreihage (Fn. 3), S. 292–296; Stucken, Rudolf, Die deutsche Bankenkrise von 1931. In: *Kredit und Kapital*, vol. 1, 1968, S. 390–404; Möschel, Wernhard, *Das Wirtschaftsrecht der Banken*. Die währungs-, bankaufsicht-, kartell- und EWG-rechtliche Sonderstellung der Kreditinstitute. Frankfurt/M. 1972, S. 199–223; Born, Karl Erich, *Die deutsche Bankenkrise 1931*. Finanzen und Politik. München 1967; Born, Karl Erich, *Geld und Banken im 19. und 20. Jahrhundert*. Stuttgart 1977; Lüke, Rolf E., *13. Juli 1931*. Das Geheimnis der deutschen Bankenkrise. Frankfurt/M. 1981; Müller (Fn. 6), S. 43–65. Vgl. auch Kaserer, Christoph, Die deutsche Bankenkrise 1931 – Marktversagen oder Staatsversagen? In: *Bankhistorisches Archiv*, vol. 26, 2000, S. 3–26, und die dort in Fn. 3 angegebene weiterführende Literatur. Siehe zudem die Studien von Schnabel, Isabel, The German twin crisis of 1931. In: *Journal of Economic History*, vol. 64, 2004, S. 822–871; Bähr, Johannes, Die deutsche Banken- und Währungskrise von 1931. In: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht*, vol. 61, 2010, S. 298–314; Kopper, Christopher, New perspectives on the 1931 banking crisis in Germany and Central Europe. In: *Business History*, vol. 53, 2011, S. 216–229; Bähr, Johannes u. Rudolph, Bernd, *Finanzkrisen 1931/2008*. München 2011, S. 15–140. Vgl. zu grundsätzlichen Mechanismen bei Bankenkrisen Körnert, Jan, *Dominoeffekte im Bankensystem*. Theorien und Evidenz. Berlin 1998, S. 30–121.

[8] Peukert, Detlev J. K., *Die Weimarer Republik*. Krisenjahre der Klassischen Moderne. Frankfurt/M. 1987, S. 84; Winkler, Heinrich August, *Der Schein der Normalität*. Arbeiter und Arbeiterbewegung in der Weimarer Republik 1924 bis 1930. Berlin u. Bonn 1988, S. 232 f.; Mommsen, Hans, *Die verspielte Freiheit*. Der Weg der Republik von Weimar in den Untergang 1918 bis 1933. Berlin 1989, S. 181; Neumann (Fn. 2); Neumann, Franz, Ausnahmezustand. In: Drechsler, H. u. a. (Hrsg.), *Gesellschaft und Staat*. Lexikon der Politik. 10. Aufl., München 2003, S. 73; Neumann, Franz, Reichspräsident. In: Drechsler, H. u. a. (Hrsg.), *Gesellschaft und Staat*. Lexikon der Politik. 10. Aufl., München 2003, S. 826 f.; Döhn (Fn. 2), S. 1038. Vgl. zeitgenössisch Tambert, Friedrich Arthur, *Die Banken und der Staat in Deutschland*. Die Entwicklungsgeschichte bankpolitischer Maßnahmen des Staates bezüglich einer Beaufsichtigung und Reglementierung des Kreditwesens in Deutschland. Köln 1938, S. 51–64.

(1876–1931). Von da an war der Deutsche Reichstag politisch quasi handlungsunfähig, da sich keine Regierung mehr auf eine Mehrheit im Parlament stützen konnte. Das betraf alle nachfolgenden Reichskanzler, angefangen von Heinrich Brüning (1885–1970) und Franz von Papen (1879–1969) über Kurt von Schleicher (1882–1934) bis hin zu Hitler; sie wurden ohne Berücksichtigung des Reichtags vom Reichspräsidenten Paul von Hindenburg (1847–1934) ernannt.[9]

Parallel zur Handlungsunfähigkeit des Reichstags stieg der Anteil der Notverordnungen an der faktischen Gesetzgebung: Im Jahr 1931 standen den 34 vom Reichstag verabschiedeten Gesetzen 44 Notverordnungen gegenüber.[10] Ruland listet 14 Notverordnungen zuzüglich zahlreicher Durchführungsverordnungen auf, die den finanziellen Sektor betrafen und zwischen dem 15. 7. 1931 und dem 30. 4. 1932 in Kraft traten. Zwölf dieser 14 Notverordnungen traten zwischen Juli und September 1931 in Kraft – davon allein acht in der zweiten Julihälfte 1931.[11]

Die Notverordnung vom 19. 9. 1931 war die seit Jahrzehnten überfällige Reaktion des Staates auf die Erfahrungen mit Bankenkrisen.[12] Sie bildete das Kernstück der Aufsicht über die deutschen Banken und war ein vorläufiger, aber auch entscheidender Schritt in der Geschichte der Bankenregulierung, da die Verordnung erstmals zentrale staatliche Instanzen auf Reichsebene zur Aufsicht über die Banken einführte.[13] Die Forderung nach einer Bankenregulierung und einer entsprechenden Notverordnung erhob Reichsfinanzminister Hermann Dietrich (1879–1954) in der Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Reichskabinetts am 26. 7. 1931. Er erhielt dabei Zuspruch vom Reichskanzler Brüning und vom Reichsbankpräsidenten Hans Luther[14] (1879–1962).[15] Brüning merkte seinerzeit an: „Es sei schwierig, von den Bankleitern einigermaßen zuverlässige Auskünfte zu erhalten“[16] und fuhr mit Blick auf die Staatshilfen bei den Banken an gleicher Stelle weiter fort: „Es gehe auf die Dauer nicht an, daß der Staat private Gewinne zuließe und bei Verlusten eintreten müsse.“

Bei weiteren Besprechungen zur Ausgestaltung der Bankenregulierung mittels Notverordnung standen die zwei Fragen im Zentrum, ob die Bankenaufsicht durch die Reichsbank oder eine von ihr unabhängige (staatliche) Behörde auszuüben sei und welche Kompetenzen der Bankenaufsicht zustünden.[17] Die erste Frage wurde mit einem Kompromiss gelöst, der die Schaffung eines „Kuratoriums für das Bankgewerbe“[18] vorsah, das mit Vertretern der Reichsbank und der Reichsregierung kollegial besetzt wurde und dessen Exekutivorgan im neu zu schaffenden Amt des Reichskommissars für das Bankgewerbe bestand.[19] Die Beantwortung der zweiten Frage zu den Kompetenzen der Aufsicht lief darauf hinaus, dass der Reichskommissar das deutsche Bankensystem beobachten und die allgemeine Bankpolitik beeinflussen sollte. Die Befugnisse des Reichskommissars verliehen ihm also nur eine Beobachterrolle; ein aktives Eingreifen mit rechtlichen Mitteln war daher nicht möglich, was später deutlich kritisiert und mit dem RKWG geändert wurde.[20] Die Notverordnung vom 19. 9. 1931 wurde mit dem Reichsgesetz über das Kreditwesen hinfällig, das am 1. 1. 1935 in Kraft trat (§ 58 Abs. 1 und 2 Buchstabe a RKWG).[21]

3. Bankenenquete im Untersuchungsausschuss 1933/34

Nicht nur die Probleme in der Bankenkrise, sondern auch der Druck der Öffentlichkeit machten im Anschluss an den Erlass von Notverordnungen eine weitergehende Reform der Bankenaufsicht unumgänglich. Auf Initiative der Reichsbank,[22] nun-

[9] Peukert (Fn. 8), S. 252; Winkler (Fn. 8), S. 815–823; Döhn (Fn. 2); Neumann (Reichspräsident, Fn. 8); Neumann, Franz, Reichskanzler. In: Drechsler, H. u. a. (Hrsg.), *Gesellschaft und Staat*. Lexikon der Politik. 10. Aufl., München 2003, S. 824–826.

[10] Zwar konnte der Reichstag Notverordnungen außer Kraft setzen – was er anfänglich auch tat –, dem kam aber Hindenburg durch Auflösung des Reichstages zuvor. Neumann (Reichspräsident, Fn. 8); Döhn (Fn. 2), S. 1038.

[11] Ruland (Fn. 2), S. 152 f., Fn. 2. Vgl. zu den Notverordnungen 1931 auch Müller (Fn. 6), S. 84–102.

[12] Darüber hinaus muss man mindestens die Notverordnungen vom 6. 10. 1931 zur rechtlichen Selbständigkeit der Sparkassen und die Notverordnung vom 8. 12. 1931 i.V.m. dem Zinsabkommen vom 9. 1. 1932 zur Regulierung des Zinsniveaus in Deutschland berücksichtigen. Müller (Fn. 6), S. 94–102.

[13] Müller (Fn. 6), S. 104 u. 84–93; Ruland (Fn. 2), S. 154–167; Born, Karl Erich, Die Auseinandersetzung um die Einführung der Bankenaufsicht (1931). In: *Bankhistorisches Archiv*, Drittes Beiheft, 1978, S. 13–20; Neus, Werner, *Grundzüge der Bankenregulierung in Deutschland*. Elektronisches Manuskript der Universität Tübingen [15. 10. 2011], S. 37–41.

[14] Luther amtierte als Reichsbankpräsident nach dem Rücktritt von Hjalmar Schacht vom 12. 3. 1930 bis zu seiner Ablösung durch Schacht am 17. 3. 1933. Er war zuvor schon Reichskanzler (1925/26) gewesen und von 1933 bis 1937 Botschafter in Washington. Kopper, Christopher, *Hjalmar Schacht*. Aufstieg und Fall von Hitlers mächtigstem Bankier. München u. Wien 2006, S. 173–175 u. 205–208.

[15] Vgl. hierzu die bei Born (Bankenkrise Fn. 7), S. 193–198, unter vielen anderen Dokumenten abgedruckte „Ganze Aufzeichnung über die Besprechung des Wirtschaftsausschusses des Kabinetts am 26. Juli 1931, vormittags“.

[16] Born (Bankenkrise Fn. 7), S. 196, sowie die Anmerkungen zu Fn. 14. Vgl. auch Müller (Fn. 6), S. 85.

[17] Born (Fn. 13), S. 15 u. 17.

[18] Das Kuratorium wurde mit dem § 30 Abs. 1 RKWG von 1934 durch ein bei der Reichsbank angesiedeltes „Aufsichtsamt für das Kreditwesen“ ersetzt. Mit der Novellierung des RKWG am 25. 9. 1939 entstand das „Reichsaufsichtsamt für das Kreditwesen“, das nun – ganz im Sinne der nationalsozialistischen Gleichschaltung – dem Reichswirtschaftsministerium unterstellt war. Reichardt, Wolfgang, *Das Gesetz über das Kreditwesen vom 25. September 1939 mit allen Ergänzungs- und Durchführungsvorschriften*. Berlin 1942, S. 434–438; Ruland (Fn. 2), S. 188–190; Müller (Fn. 6), S. 451 f.; Nirk, Rudolf, *Das Kreditwesengesetz*. Einführung und Erläuterungen für den Praktiker. 13. Aufl., Frankfurt/M. 2008, S. 1 f.; Boos, Karl-Heinz, Fischer, Reinfrid u. Schulte-Mattler, Hermann, *Kreditwesengesetz*. Kommentar zu KWG und Ausführungsvorschriften. 3. Aufl., München 2008, S. 5; Kleinheisterkamp, Daniela, *Kreditwesengesetz und Strafverfahren*. Zur Bedeutung des „nemo-tenetur“-Prinzips für das bankaufsichtliche Verfahren. Tübingen 2010, S. 10 f.

[19] Born (Fn. 13), S. 17–20; Müller (Fn. 6), S. 85f.

[20] Jessen (Fn. 7), S. 36 u. 72; Born (Fn. 13), S. 17–20; Müller (Fn. 6), S. 87–93.

[21] RGBl. Teil 1 Nr. 132 v. 7. 12. 1934, S. 1203–1214, hier S. 1205.

[22] Die Initiative Schachts datiert auf den 7. 4. 1933, wobei Schacht sein weiteres Vorgehen mit Hitler abstimmte und dessen Rückendeckung genoss. Müller (Fn. 6), S. 114 u. 118; Kopper (Fn. 14), S. 233.

mehr unter ihrem Präsidenten Hjalmar Schacht (1877–1970), wurde am 30. 6. 1933 von der Reichsregierung ein Untersuchungsausschuss eingesetzt, der sich am 6. 9. 1933 zu einer ersten konstituierenden Sitzung traf.[23] Der Ausschuss ging in zwei Schritten vor: Im ersten Schritt sollte der Ausschuss in einer Art Problemdiagnose den Sachstand und die Mängel des deutschen Bankensystems analysieren. Auf dieser Grundlage sollten im zweiten Schritt als eine Art Therapie Vorschläge für eine Neuregelung des deutschen Bankensystems unterbreitet werden.[24]

Mit dem ersten Schritt verbindet man regelmäßig die Arbeit der sogenannten Bankenenquete im Herbst 1933 – der nach den beiden Enqueten 1908/09 und 1928/30 bereits dritten Bankenenquete des 20. Jahrhunderts.[25] Im Zentrum der Enquete stand die Anhörung von Sachverständigen im November und Dezember 1933. Die Anhörungen im Gebäude der Reichsbank begannen am 21. 11. 1933 und endeten nach 28 Vormittags- und Nachmittagssitzungen am 20. 12. 1933.[26] Es wurden insgesamt 123 Sachverständige gehört. Im Vorfeld hatte man bereits mehr als zwei Dutzend Sachverständige ausgewählt und sie um schriftliche Referate gebeten. Diese Referate wurden kurz vor Beginn der Anhörungen publiziert.[27]

Erst im zweiten Schritt beschäftigte sich der Untersuchungsausschuss ab dem 27. 2. 1934 unter maßgeblicher Beteiligung der Reichsbank und des Reichswirtschaftsministeriums mit der Ausarbeitung des RKWG, das schließlich im Herbst 1934 dem Reichskabinett zur Verabschiedung vorgelegt wurde.[28] Obwohl beide Schritte zeitlich direkt aufeinander folgten, war die sachliche Einflussnahme der Bankenenquete auf das später erarbeitete RKWG nur sehr gering. Schacht selbst maß der Bankenenquete allenfalls politisch-flankierende Bedeutung bei. Kritikpunkte und Argumente der Enquete wurden zwar geprüft, führten aber in wichtigen Punkten zu keiner Änderung.[29]

Grund hierfür bot nicht zuletzt die schillernde Persönlichkeit Schachts. Schacht war mit großer Machtfülle ausgestattet: Er fungierte seit März 1933 erneut als Reichsbankpräsident, seit August 1934 zusätzlich als Reichswirtschaftsminister und war zugleich Leiter des Untersuchungsausschusses und der Bankenenquete.[30] Genauer gesagt war Schacht Reichsbankpräsident vom 22. 12. 1923 bis zum 7. 3. 1930 sowie vom 17. 3. 1933 bis zum 20. 1. 1939; als Reichswirtschaftsminister amtierte er vom 2. 8. 1934 bis zum 27. 11. 1937.[31] Nach seiner Entlassung als Reichsbankpräsident bekleidete Schacht noch bis zum 22. 1. 1943 das Amt eines Reichsministers ohne Geschäftsbereich, das auch deshalb macht- und bedeutungslos war, weil Hitler kaum noch Kabinettsitzungen einberief.[32]

Mit der Installation Schachts als Reichsbankpräsident und zugleich als Reichswirtschaftsminister überwand Hitler den Widerstand gegen das RKWG, der aus den eigenen Reihen vorgetragen wurde. Dieser Widerstand formierte sich vor allem aus denjenigen, die ihre Macht über die Sparkassen und die ländlichen Genossenschaftsbanken – also beispielsweise die Gauleiter sowie das Reichsernährungs- und das Reichswirtschaftsministerium – nicht aufgeben wollten. Hinzu traten diejenigen, die auf ideologischer Ebene Schachts „liberalistisch-kapitalistische Gedankengänge" kritisierten, die Eingang in den Gesetzentwurf gefunden hatten, obschon Schacht selbst autoritäre Entscheidungen in Sachfragen durchaus bevorzugte.[33]

Die Beratungen zur Ausformulierung des RKWG fanden in unterschiedlicher Intensität statt. Nach dem Auftakt am 27. 2. 1934 gab es allein im März 1934 zwölf Besprechungen.[34] Diese Besprechungsrunde endete jedoch im Eklat mit dem Reichsernährungsministerium, welches das Gesetz grundsätzlich ablehnte, sich im April 1934 massiv bei Hitler beschwerte und konsequenterweise von den weiteren Beratungen zum RKWG zurückzog.[35] Obschon die Besprechungen noch einige Zeit weitergeführt wurden, kamen sie aufgrund vielfältiger Widerstände nach dem 24. 5. 1934 vorübergehend ganz zum Erliegen. Am 10. 7. 1934 teilte das Reichswirtschaftsministerium der Reichskanzlei sogar mit, dass das Gesetzgebungsverfahren weiter ruht und womöglich ganz aufgegeben werde.[36]

---

[23] Pressenotiz der Reichsregierung vom 30. Juni 1933. Abgedruckt in: Untersuchungsausschuß für das Bankwesen 1933 (Hrsg.), *Untersuchung des Bankwesens 1933*. I. Teil: Vorbereitendes Material (Ansprache und Referate), 1. Band. Berlin 1933, S. 5; Müller (Fn. 6), S. 84. Vgl. zur personellen Zusammensetzung des Ausschusses und den dahinterliegenden politischen Ränkespielen Müller (Fn. 6), S. 116–124.

[24] Müller (Fn. 6), S. 115. Vgl. auch eingehend Krümmel, Hans-Jacob, *Bankaufsichtsziele und Eigenkapitalbegriff*. Frankfurt/M. 1983, S. 19–29.

[25] Müller (Fn. 6), S. 115 u. 124–129, sowie S. 82–84 zum kurzen Überblick über die Enqueten 1908/09 und 1928/30. Rauschenplat, Henning von, Bankenquete. In: Palyi, M. u. Quittner, P. (Hrsg.), *Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen*, Bd. I. 2. Aufl., Frankfurt/M. 1957, S. 177–180, und Kalveram, Wilhelm, Bankenenquete 1933. In: *Bankwissenschaft*, vol. 10, 1933, S. 385–389, definieren den Begriff „Enquete", schauen zurück auf frühere Bankenenqueten bis 1851/52 und erläutern die Aufgaben der neuen Enquete. Bei Jessen (Fn. 7), S. 11–34, ist der Begleitbericht der Enquete kommentiert abgedruckt.

[26] Bei Müller (Fn. 6), S. 463–465, sind alle 28 Sitzungen mit Datum und Inhalt detailliert aufgelistet.

[27] Untersuchungsausschuss (Fn. 3); Jessen (Fn. 7), S. 11; Ruland (Fn. 2), S. 170–176; Müller (Fn. 6), S. 125 f. u. 462 f.

[28] Müller (Fn. 6), S. 115 u. 129–141; Sparr, Erich, *Die Problematik des Eigenkapitals der Kreditinstitute im Verlauf der letzten 50 Jahre und ihre Regelung im Kreditwesengesetz*. Diss. Hamburg 1941, S. 75–77.

[29] Müller (Fn. 6), S. 126–128.

[30] Vgl. zu Schacht Kopper (Fn. 14), vor allem S. 203–273, speziell S. 208, 232–238 u. 272; James, Harold Douglas, Die Reichsbank 1876 bis 1945. In: Deutsche Bundesbank (Hrsg.), *Fünfzig Jahre Deutsche Mark*. Notenbank und Währung in Deutschland seit 1948. München 1998, S. 29–89, hier S. 64 f.

[31] Kopper (Fn. 14), S. 77, 173, 218 l, 255, 317 u. 328.

[32] Kopper (Fn. 14), S. 317, 329 u. 347; Schacht, Hjalmar, *76 Jahre meines Lebens*. Bad Wörishofen 1953, S. 440 b u. 440 c.

[33] Müller (Fn. 6), S. 116, Fn. 3, u. 131–133; Kopper (Fn. 6), S. 115 u. 120.

[34] Müller (Fn. 6), S. 130.

[35] An der späteren Besprechung am 4. 10. 1934 und der Chefbesprechung im Reichswirtschaftsministerium am 30. 11. 1934 nahm das Reichsernährungsministerium jedoch wieder teil. Müller (Fn. 6), S. 131; Kopper (Fn. 6), S. 121.

[36] BArchB R 43 II/243, Bl. 81; Müller (Fn. 6), S. 133; Kopper (Fn. 6), S. 121.

In diese Zeit fällt ein politischer Schachzug Hitlers, der – kurz nach dem sogenannten „Röhm-Putsch" – Ende Juli 1934 bei den Festspielen in Bayreuth weilte.[37] Er bestellte Schacht am 26. 7. 1934 telefonisch aus Berlin zu sich und trug ihm am folgenden Tag zusätzlich zu seinen bisherigen Ämtern das Amt des Reichswirtschaftsministers an, was Schacht ohne langes Zögern annahm.[38] Diese Ämterkumulation ermöglichte es Schacht zunächst, hartnäckige Widersacher im Reichswirtschaftsministerium zu entmachten oder auf eine konziliantere Linie zu bringen. So entließ er beispielsweise den nationalsozialistischen Staatssekretär Gottfried Feder (1883–1941).[39] Feder galt als politischer Aufpasser im Reichswirtschaftsministerium und war auch Mitglied des Untersuchungsausschusses, aus dem ihn Schacht jedoch bereits Anfang März 1934 entfernte, da Feder vertrauliches Material des Ausschusses weitergegeben hatte.[40]

Am 4. 10. 1934 nahm der Untersuchungsausschuss seine Arbeit am RKWG wieder auf.[41] Nach dieser Sitzung, einer weiteren Referentenbesprechung und der Einholung der Einverständniserklärungen aller Ausschussmitglieder mit Schreiben vom 15. 10. 1934 wurden der Gesetzentwurf zum RKWG mit ausführlicher Begründung sowie der Schlussbericht des Untersuchungsausschusses mit Schreiben vom 23. 10. 1934 an Hitler gesandt.[42] Nachdem Schacht von Hitler ermächtigt wurde, das Gesetzgebungsverfahren zum Abschluss zu bringen, lud Schacht die beteiligten Reichsminister sowie Vertreter der Reichsregierung und der Reichsbank zur Chefbesprechung am 30. 11. 1934 in das Reichswirtschaftsministerium ein, in der es noch zu weiteren Änderungen am RKWG kam. Das RKWG war schließlich Gegenstand der Sitzung des Reichskabinetts am 4. 12. 1934, wurde am 5. 12. 1934 unterzeichnet, am 7. 12. 1934 im Reichsgesetzblatt veröffentlicht und trat am 1. 1. 1935 in Kraft.[43]

4. Vorläufer und Entwürfe zum RKWG

Die Erarbeitung des RKWG brachte es mit sich, dass im Laufe der Zeit zahlreiche Entwürfe zum Gesetz entstanden, die aufgrund der Federführung der Reichsbank in den dortigen Unterlagen zu finden sind.[44] Die Entstehung der Entwürfe hängt eng mit den Ereignissen zusammen, die im vorhergehenden Teil 3 besprochen wurden. Zählung und Nummerierung der Entwürfe zum RKWG variieren leicht von Autor zu Autor und hängen entscheidend davon ab, ob man einem schriftlich niedergelegten Entwurf nur redaktionelle oder eben doch schon inhaltliche Änderungen beimisst.[45] Unstrittig scheint, die Nummerierung der Gesetzentwürfe (RKWG-E) erst mit demjenigen Entwurf zu beginnen, der als erster Entwurf dem Untersuchungsausschuss Ende Februar 1934 vorgelegt wurde (RKWG-E1).[46]

Vor dem RKWG-E1 existierten jedoch bereits einige Vorläufer für das Gesetz (RKWG-V), die allerdings nur innerhalb der Reichsbank kursierten und ebenfalls in deren Akten enthalten sind.[47] Übersicht 1 liefert ein Verzeichnis der Drucke, die in den beiden relevanten Akten enthalten sind. Unter diesen Drucken finden sich alle Vorläufer und Entwürfe zum Gesetz, auf die nachfolgend verwiesen wird. Der RKWG-V1 ist ein dem Reichsbankpräsidenten Schacht vorgelegter Entwurf mit Gesetzesbegründung,[48] wogegen es sich beim RKWG-V2 um einen von Schacht geänderten Entwurf handelt.[49] Zudem wurde vom langjährigen Mitglied des Reichsbankdirektoriums, Geheimrat Carl Friedrich[50] (1873–1936), ein weiterer Entwurf für ein Reichsgesetz über die Banken angefertigt (RKWG-V3).[51]

Der am 27. 2. 1934 dem Untersuchungsausschuss vorgelegte RKWG-E1 bildete – wie erläutert – den Ausgangspunkt für die umfangreiche Besprechungsrunde des Ausschusses im März 1934 und mündete nach eingehender Überarbeitung in den

[37] Dass Hitler während der Festspiele 1934 Amtsgeschäfte wahrnahm, ergibt sich auch aus einer Besprechung Hitlers mit Rudolf Heß (1894–1987) am 25. 7. 1934; vgl. dazu Gruchmann, Lothar, *Justiz im Dritten Reich 1933–1940*. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner. 2. Aufl., München 1990, S. 748.

[38] Schachts Vorgänger im Amt des Reichswirtschaftsministers Kurt Schmitt (1886–1950) war nach einer Herzinsuffizienz kollabiert; Kopper (Fn. 14), S. 252. Schacht traf in Bayreuth offenbar auch auf von Papen, der direkt vor ihm mit Hitler gesprochen und dem Hitler das Amt des Botschafters in Wien übertragen hatte. Dies geschah, nachdem von Papen kurz zuvor im Zuge des „Röhm-Putsches" sein Amt als Vizekanzler verloren hatte. Vgl. zu den Bayreuther Umständen des Schacht-Besuches Schacht (Fn. 32), S. 403 f. u. 407, u. Kopper (Fn. 14), S. 252 f.

[39] Vgl. hierzu das von Schacht bewusst konfrontativ gestaltete erste Treffen mit seinen beiden Staatssekretären im Reichswirtschaftsministerium Feder und Hans Posse (1886–1965) bei Schacht (Fn. 32), S. 409 f., sowie *Kopper* (Fn. 14), S. 255. Vgl. zu Feders Idee der Verstaatlichung der Banken und ihrer zurückhaltenden Aufnahme durch die NS-Führung Tambert (Fn. 8), S. 62 f.

[40] Vgl. zur Einschätzung von Schachts Macht Kopper (Fn. 14), S. 253–255, u. Müller (Fn. 6), S. 120 f. u. 131–133.

[41] Bereits am 13. 9. 1934 hatte das Reichswirtschaftsministerium der Reichskanzlei signalisiert, den Entwurf zum RKWG im Laufe des Jahres fertigzustellen. BArchB R 43 II/243, Bl. 81.

[42] Allein das Reichsernährungsministerium stimmte nicht zu. Kopper (Fn. 6), S. 121.

[43] Müller (Fn. 6), S. 134 f.; Kopper (Fn. 6), S. 122. Vgl. auch die zeitgenössische Zusammenstellung von Rechtsnormen zum Kreditwesen bei Zahn, Johannes, *Die deutsche Bank- und Kreditgesetzgebung*. Berlin u. Leipzig 1937, S. 214 ff.

[44] BArchB R2501/6946 u. R2501/6947.

[45] Vgl. hierzu bspw. Müller (Fn. 6) und Körnert, Jan, Paradigmenwechsel in der deutschen Bankenregulierung. Zur Evolution eigenkapitalorientierter Solvabilitätsnormen in Theorie und Praxis seit 1850. In: *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, vol. 176, 2012, S. 96–127.

[46] RKWG-E1: BArchB R2501/6946, Nr. 4, Bl. 63–91.

[47] Neben den drei nachfolgend genannten Vorläufern gibt es weitere, rudimentäre Vorläufer aus der statistischen Abteilung der Reichsbank; vgl. hierzu Müller (Fn. 6), S. 127.

[48] RKWG-V1: BArchB R2501/6946, Nr. 1, Bl. 1–33; Begründung Bl. 19–33.

[49] RKWG-V2: BArchB R2501/6946, Nr. 2, Bl. 1 u. 34–48.

[50] Carl Georg Friedrich war Bankkaufmann und promovierter Jurist (*28. 1. 1873 – †18. 12. 1936). Seit 1897 war er in der Reichsbank tätig und fungierte von 1919 bis zu seinem Tod 1936 als Mitglied des Reichsbankdirektoriums. Gruner, Wolf, Dokument 66. Das Vorstandsmitglied der Deutschen Bank, Franz Urbig, berichtet Ende Juli 1933 über die Entlassung der Vorstandsmitglieder Theodor Frank und Oscar Wassermann. In: Aly, G. u. a. (Hrsg.), *Die Verfolgung und Ermordung der europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland 1933–1945*. Band 1: Deutsches Reich 1933–1937. München 2008, S. 214–223, hier S. 215, Fn. 13; Bundesarchiv, www.bundesarchiv.de/aktenreichskanzlei/1919-1933/011/adr/adrag/kap1_6/para2_149.html; Reichsbank, *Verwaltungsbericht der Reichsbank für das Jahr 1936*. Berlin 1937, S. 19 f.

[51] RKWG-V3: BArchB R2501/6946, Nr. 3, Bl. 1 u. 49–62.

RKWG-E2.[52] Die Beratungen bis zum 24. 5. 1934 brachten wiederum Änderungen mit sich und zugleich den RKWG-E3 mit Gesetzesbegründung hervor.[53] Da das erste als Manuskript gedruckte Exemplar des RKWG-E3 nebst Begründung nicht nur redaktionelle Änderungen enthält, soll diese gedruckte Version als RKWG-E4 bezeichnet werden.[54]

Mit Wiederaufnahme der Arbeit des Untersuchungsausschusses am 4. 10. 1934 lagen dem Ausschuss ein Bericht seiner Arbeit und ein erneut überarbeiteter Entwurf des RKWG mit Gesetzesbegründung vor (RKWG-E5).[55] Dieser Entwurf wurde nochmals überarbeitet und korrigiert und als Neudruck (RKWG-E6) am 15. 10. 1934 an alle Ausschussmitglieder mit der Bitte um Einverständniserklärung übersandt.[56] Daraus resultierte schließlich der aus Sicht des Ausschusses endgültige Entwurf RKWG-E7, der am 23. 10. 1934 an die Reichskanzlei ging.[57]

Nach der Ermächtigung Schachts durch Hitler, das Gesetzgebungsverfahren zum Ende zu führen, wurde in der für den 30. 11. 1934 anberaumten Chefbesprechung im Reichswirtschaftsministerium das Gesetz weiter ergänzt und präzisiert.[58] Die daraus folgende Neufassung (RKWG-E8) lag dem Reichskabinett in seiner Sitzung am 4. 12. 1934 vor,[59] wurde unverändert verabschiedet und am 7. 12. 1934 im Reichsgesetzblatt publiziert.[60]

Übersicht 1: Verzeichnis der Akten R2501/6946 (Nr. 1–10) und R2501/6947 (Nr. 11–17) mit Vorläufern und Entwürfen zum RKWG sowie weiteren Drucken

Inhalt der Drucke	Nr.	ab Blatt	RKWG-V/E
Erster dem Herrn Präsidenten vorgelegter Entwurf eines Bankengesetzes	1	2	RKWG-V1
Vom Herrn Präsidenten geänderter Entwurf eines Bankgesetzes	2	34	RKWG-V2
Entwurf von Herrn Geheimrat Friedrich eines Reichsgesetzes über die Banken	3	49	RKWG-V3
Erster dem Ausschuß am 28. 2. 34* vorgelegter Entwurf eines Reichsgesetzes über das Bankwesen	4	63	RKWG-E1
Entwurf eines Reichsgesetzes über das Sparkassenwesen	5	78	
Entwurf eines Reichsgesetzes über das Kreditwesen auf Grund der ersten Lesung im R.W.M.	6	92	RKWG-E2
Stenografische Aufzeichnungen Dr. Kramer	7	124	
Entwurf eines Reichsgesetzes über das Kreditwesen auf Grund der zweiten Lesung im R.W.M. mit Begründung	8	232	RKWG-E3
Erstes Druckexemplar dieses Entwurfs	9	313	RKWG-E4
Bericht des Ausschusses mit Gesetzentwurf (dem Ausschuß in der Sitzung vom 4. 10. 34 vorgelegt)	10	355	RKWG-E5
Laufende Korrekturabzüge mit Änderungen	11-13	1	
Neudruck des Berichts mit Gesetzentwurf (abgesandt am 15. 10. 34 an Ausschußmitglieder mit Bitte um Einverständniserklärung)	14	163	RKWG-E6
Entwurf (wie er an den Führer am 23. 10. 34 abgesandt ist)	15	209	RKWG-E7
Endgültige Fassung des Entwurfs, wie er zur Verabschiedung gekommen ist	16	261	RKWG-E8
Bericht des Untersuchungsausschusses für das Bankwesen 1933 und Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934 – ohne Begründung –; in dieser Form an die Bankanstalten verteilt durch Verfügung Rbd. I 16468 vom 24. 12. 1934	17	282	
Quelle: BArchB R2501/6946, Bl. 1. * Da die erste Sitzung am 27. 2. 1934 stattfand, könnte es sich hier um einen Tippfehler handeln.			

Das RKWG entstand also innerhalb nur eines Jahres über eine Reihe von Vorläufern und Entwürfen. Mit Blick auf die Einzelvorschriften des RKWG muss man feststellen, dass nicht jeder hier identifizierte Entwurf die gleiche Bedeutung für die Fortentwicklung einer Einzelvorschrift entfaltet. Man kann also bei der Untersuchung der Entwicklung bestimmter Vorschriften im RKWG einzelne Entwürfe vielfach überspringen, wenn der Untersuchungsausschuss diese Vorschrift eine Zeit lang inhaltlich unverändert ließ. Dies zeigten bereits Untersuchungen zur Entwicklung von Solvabilitätsnormen in Form von Eigenkapitalquoten im § 11 RKWG als auch zur Entwicklung von Auszahlungsvorschriften bei der variablen Vergütung von Bankiers im § 15 RKWG.[61]

[52] RKWG-E2: BArchB R2501/6946, Nr. 6, Bl. 92–123.
[53] RKWG-E3: BArchB R2501/6946, Nr. 8, Bl. 232–312; Begründung Bl. 295–312. Bis zum RKWG-E3 stimmt die Nummerierung bei Müller und Körnert überein; vgl. hierzu Fn. 45.
[54] RKWG-E4: BArchB R2501/6946, Nr. 9, Bl. 313–354; Begründung Bl. 337–354.
[55] RKWG-E5: BArchB R2501/6946, Nr. 10, Bl. 355–407; Bericht Bl. 356–371, Gesetzentwurf Bl. 372–390, Begründung Bl. 391–407.
[56] RKWG-E6: BArchB R2501/6947, Nr. 14, Bl. 163–208; Bericht Bl. 166–174, Gesetzentwurf Bl. 175–195, Begründung Bl. 196–208.
[57] RKWG-E7: BArchB R2501/6947, Nr. 15, Bl. 209–260; Bericht Bl. 212–224, Gesetz mit Begründung Bl. 225–260.
[58] Müller (Fn. 6), S. 134 f.
[59] RKWG-E8: BArchB R2501/6947, Nr. 16, Bl. 261–281.
[60] RGBl. Teil I Nr. 132 v. 7. 12. 1934, S. 1203–1214. Vgl. auch Fn. 43.
[61] Vgl. zu § 11 RKWG Körnert (Fn. 45) und Körnert, Jan, Liquiditäts- oder Solvabilitätsnormen für Banken? Zu den Anfängen eines Paradigmenwechsels und zur Einführung von Solvabilitätsnormen zwischen 1850 und 1934. In: *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, vol. 99, 2012, S. 171–188, sowie zu § 15 RKWG Körnert, Jan u. Nehring, Oliver, Boni für Bankiers – Regulierungsauftakt durch das Reichsgesetz über das Kreditwesen (RKWG). In: *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, vol. 26, 2014, S. 188–196.

5. Zwangsmittel und Strafen im RKWG

5.1 Überblick zu Zwangsmitteln und Strafen des RKWG

Die Notverordnungen zur Bankenaufsicht schlugen zwar die richtige Richtung ein, entfalteten jedoch in vielen Fällen nicht die nötige Durchschlagskraft.[62] Das RKWG sah daher im zehnten Kapitel unter der Überschrift „Zwangsmittel und Strafen" in sechs Paragraphen (§ 45–50) scharfe Maßnahmen und Sanktionen zur Durchsetzung der Vorschriften des Gesetzes vor, die im Anhang 1 abgedruckt sowie in den Übersichten 2 und 3 skizziert sind.[63] Hierbei muss man zunächst die § 45 und 46 RKWG nennen, welche die Konsequenzen bei Nichtbefolgung von Verfügungen des Reichskommissars sowie bei Verstößen gegen die Vorschriften des RKWG regelten. Dabei sah der § 45 Erzwingungsstrafen und unmittelbaren Zwang, der § 46 dagegen Ordnungsstrafen vor (Übersicht 3). Eine nähere Besprechung des § 47 RKWG kann hier unterbleiben, da er nur das Beitreiben der Gelder nach den § 45 und 46, den Erlass von Erzwingungs- und Ordnungsstrafen sowie die Übertragung der Erlassbefugnis regelte.[64]

Übersicht 2: Überblick über die zwangsmittel- und strafbewehrten Vorschriften des RKWG

Vorschrift	Verortung
Nichtbefolgung der Verfügungen des Reichskommissars	§ 45
Verstöße gegen das RKWG	§ 46
Betrieb eines Kreditinstituts ohne Erlaubnis oder trotz Untersagung	§ 48
Falsche Auskünfte an das Aufsichtsamt oder den Reichskommissar	§ 49 (1a)
Verletzung der Verschwiegenheitspflicht	§ 49 (1 b)
Verleumdung von Kreditinstituten	§ 49 (1c)
Kreditbetrügerische Selbstauskunft	§ 50

Die Konsequenzen des Betriebs eines Kreditinstituts ohne Erlaubnis oder trotz Untersagung regelte § 48 RKWG. Sodann sanktionierte § 49 Abs. 1 RKWG falsche Auskünfte an das Aufsichtsamt oder den Reichskommissar (Buchstabe a), Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht (Buchstabe b) sowie Verleumdungen von Kreditinstituten (Buchstabe c). Mit § 50 RKWG wurde die kreditbetrügerische Selbstauskunft von Kreditnehmern bestraft. Die § 48 bis 50 RKWG sahen als Kriminalstrafen grundsätzlich Gefängnis und/oder Geldstrafen vor.

Übersicht 3: Synopse zu zwangsmittel- und strafbewehrten Vorschriften, ihrer Verortung und ihren Konsequenzen nach dem RKWG und RKWG-E1

Vorschrift	Verortung	Zwangsmittel und Strafen
Nichtbefolgung der Verfügungen des Reichskommissars	§ 45 Abs. 1 RKWG	Zwangsmittel (Erzwingungsstrafe in Geld bis 100.000 RM und unmittelbarer Zwang)
	§ 44 RKWG-E1	Verwarnung; Ordnungsstrafe bis 100.000 RM; Kommissar zur Geschäftsführung.
	§ 49 Abs. 1 RKWG-E1	Gefängnis
Vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen RKWG, Durchführungsbestimmungen, Vereinbarungen oder Abkommen	§ 46 Abs. 1 RKWG	Ordnungsstrafe bis 100.000 RM
	§ 44 RKWG-E1	Verwarnung; Ordnungsstrafe bis 100.000 RM; Kommissar zur Geschäftsführung.
	§ 49 Abs. 1 RKWG-E1	Gefängnis
Betrieb eines KI ohne Erlaubnis oder entgegen verhängter Untersagung	§ 48 Abs. 1 RKWG	Gefängnis bis 1 Jahr und/oder Geldstrafe
Vorsätzlich falsche Angaben an Aufsichtsamt oder Reichskommissar nach Aufforderung zur Auskunftserteilung	§ 49 Abs. 1a RKWG	Gefängnis und/oder Geldstrafe
	§ 49 Abs. 2 RKWG-E1	Gefängnis
Vorsätzliche Verletzung der Verschwiegenheitspflicht; unbefugte Verwertung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen	§ 49 Abs. 1 b RKWG	Gefängnis und/oder Geldstrafe
	§ 49 Abs. 4 RKWG-E1	Geldstrafe oder Gefängnis
Aufstellung oder Verbreitung unwahrer Behauptungen wider besseres Wissen, die den Ruf eines KI schädigen oder gefährden	§ 49 Abs. 1c RKWG	Gefängnis und/oder Geldstrafe
	§ 49 Abs. 5 RKWG-E1	Gefängnis
Einreichung unwahrer Bilanzen, GuV oder Vermögensübersichten oder Abgabe wissentlich falscher Erklärungen über wirtschaftliche Verhältnisse an KI zur Erlangung, Erweiterung oder Erzielung günstigerer Konditionen bei Krediten (Kreditbetrug)	§ 50 RKWG	Gefängnis und/oder Geldstrafe (auch ohne Kreditgewährung)
	§ 49 Abs. 3 RKWG-E1	Gefängnis (auch ohne Kreditgewährung)

[62] Vgl. die Quellen in Fn. 20.

[63] Ernst, Friedrich, Die Grundzüge des Reichsgesetzes über das Kreditwesen. In: *Sparkasse*, vol. 55, 1935, S. 209–218, hier S. 217 f.; Hofmann, Walter, *Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934*. Textausgabe mit Verweisungen, Einleitung und Sachregister. Mannheim u. a. 1935, S. 14; Hantelmann, Kurt von, *Die Aufsicht des Staats über die Banken nach deutschem Recht*. Würzburg 1936, S. 37–41; Schreihage (Fn. 3), S. 316. Vgl. zu den Zwangsmitteln und Strafen in der Novelle von 1939 den Kommentar von Reichardt (Fn. 18), S. 515–564.

[64] Pröhl, Hans, *Reichsgesetz über das Kreditwesen*. Kommentar. Mannheim u. a. 1935, S. 480–488; Fischer, Otto Christian, *Das Reichsgesetz über das Kreditwesen*. Kommentar mit ausführlicher Einführung, Erläuterungen und Sachregister unter Berücksichtigung der Durchführungsverordnung vom 9. Februar 1935. Berlin u. Leipzig 1935, S. 169; Schulze (Fn. 5), S. 78 f.

Zur Entstehung der zwangsmittel- und strafbewehrten Vorschriften ist mit Blick auf die Vorläufer und Entwürfe folgendes zu bemerken: Bereits der von Schacht bearbeitete Vorläufer RKWG-V2 enthielt ein zehntes Kapitel mit der Überschrift „Strafvorschriften". Dieses zehnte Kapitel bestand jedoch nur aus einem Paragraphen, nämlich dem § 52 RKWG-V2, der in fünf Absätze gegliedert war.[65] Die dortigen Ausführungen sind abgesehen von den Querverweisen zu anderen Paragraphen textidentisch mit dem späteren ersten Entwurf RKWG-E1, der dem Untersuchungsausschuss zu Beginn seiner Gesetzesberatungen von der Reichsbank vorgelegt und im Anhang 2 abgedruckt wurde. Der RKWG-E1 enthielt also ebenfalls im zehnten Kapitel und ebenfalls unter der Überschrift „Strafvorschriften" mit dem § 49 wiederum nur einen Paragraphen mit fünf Absätzen.[66] Bemerkenswerterweise bestrafen die § 52 RKWG-V2 und § 49 RKWG-E1 in ihren fünf Absätzen alle dort genannten Vergehen ausschließlich mit Gefängnis und nicht mit Geldstrafen; einzige Ausnahme bilden die Regelungen zur Verschwiegenheit in den beiden Absätzen 4, wo als Strafmaß Geldstrafe oder Gefängnis vorgesehen waren. Folglich sah man seitens der Reichsbank schärfere Strafen vor als sie später mit der Endfassung des Gesetzes verhängt wurden.

Mit Blick auf die Entstehung ist zudem zu bemerken, dass im RKWG-E1 außerhalb des zehnten Kapitels, nämlich im § 44, Regelungen zu Verstößen gegen das Gesetz und zur Nichtbefolgung von Anordnungen des Reichskommissars verankert waren. Der Inhalt des § 44 RKWG-E1 war vorher bereits Gegenstand des § 43 RKWG-V3 von Friedrich und des § 16 RKWG-V2 von Schacht.

Darüber hinaus enthält die Endfassung des RKWG in § 48 eine Regelung zum Betrieb von Kreditinstituten, die weder in einem der Vorläufer zum RKWG noch im RKWG-E1 verankert war (Übersichten 2 und 3). Insgesamt riefen die von der Reichsbank mit dem RKWG-E1 vorgelegten Vorschriften zu Zwangsmitteln und Strafen im Untersuchungsausschuss aber offenbar einige Verwunderung und Verwirrung hervor. Müller schreibt dazu: „Der erste KWG-Entwurf ließ deutlich erkennen, daß diese Materie den mit der Ausarbeitung des Entwurfs betrauten Experten der Reichsbank fremd war."[67] Daher entschloss man sich in der Sitzung des Ausschusses am 22. 3. 1934 kurzerhand, die detaillierte Ausarbeitung der Zwangsmittel- und Strafvorschriften nunmehr in die Hände der anwesenden Vertreter des Reichsfinanzministeriums und des Reichsjustizministeriums zu legen. Beide Vertreter konnten bereits fünf Tage später, in der Sitzung am 27. 3. 1934, mit neu formulierten Bestimmungen aufwarten, die nach kleineren Änderungen die allgemeine Zustimmung der Ausschussmitglieder fanden.[68] Dabei überreichte der Vertreter des Reichsfinanzministeriums die neu formulierten Bestimmungen zu den Erzwingungs- und Ordnungsstrafen, der Vertreter des Reichsjustizministeriums dagegen diejenigen zu den Kriminalstrafen.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sich die neu formulierten Bestimmungen zu den Erzwingungs- und Ordnungsstrafen an der Reichsabgabenordnung orientierten,[69] ohne dabei jedoch die grundsätzlichen Intentionen der Reichsbank zu verwischen. Die neuen Bestimmungen über Zwangsmittel und Strafen gingen in den RKWG-E2[70] ein und blieben über alle weiteren Entwürfe hinweg fast unverändert.[71] Will man also grundlegende Entwicklungen bei den Zwangsmitteln und Strafen des RKWG nachvollziehen, dann greift man zweckmäßigerweise zunächst auf den RKWG-E1 sowie die Endfassung des RKWG zurück. Diese Vorschriften wurden in Übersicht 3 vergleichend gegenübergestellt und sind im Wortlaut als Anhang 1 und 2 abgedruckt.

Am Rande sei noch notiert, dass neben den scharfen Zwangsmittel- und Strafvorschriften des zehnten Kapitels des RKWG (§ 45–50) noch weitere, „weichere" Sanktionsmöglichkeiten im Gesetz verankert waren.[72] So konnte nach § 18 RKWG der Reichskommissar den Banken die Ausschüttung von Gewinnanteilen untersagen, wenn die Vorschriften für das Kreditgeschäft und die Liquidität der § 11, 12, 16 und 17 RKWG nicht eingehalten wurden. Schließlich sind in diesem Zusammenhang noch die Schadenersatzansprüche gegenüber Geschäftsleitern gemäß § 14 Abs. 6 und § 15 RKWG sowie die Untersagungsbefugnisse des Reichskommissars hinsichtlich des Betriebs von Kreditinstituten gemäß § 6 und 7 RKWG zu erwähnen.

5.2 Zwangsmittel (§ 45 RKWG)

Mit § 45 RKWG (Anhang 1) sollte grundsätzlich nicht der Verstoß gegen eine gesetzliche Bestimmung geahndet, sondern vielmehr das in gesetzlichen oder gleichstehenden Bestimmungen verlangte Tun oder Unterlassen erzwungen werden. Zur Durchsetzung seiner Verfügungen konnte der Reichskommissar auf zweierlei Zwangsmittel zurückgreifen, nämlich auf die Erzwingungsstrafe in Geld und auf den unmittelbaren Zwang.[73]

Die Erzwingungsstrafe in Geld konnte vom Reichskommissar im Einzelfall bis 100.000 RM festgesetzt werden. Dies stellte eine erhebliche Verschärfung der Rechtslage dar, denn nach Pröhl sah bis dahin der alternativ anwendbare Artikel 2 der Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen vom 6. 2. 1924 nur einen Höchstsatz von maximal 1.000 RM vor.[74] Unmittelbarer Zwang durfte hingegen nur angewendet werden, wenn die Verfügung des Reichskommissars sonst nicht durchsetzbar erschien oder Gefahr im Verzug war, wobei Fischer davon ausging, dass

[65] BArchB R2501/6946, Nr. 2, Bl. 48.
[66] BArchB R2501/6946, Nr. 4, Bl. 76.
[67] Müller (Fn. 6), S. 432.
[68] BArchB R2501/6946, Nr. 7, Bl. 215 u. 220 f.; Müller (Fn. 6), S. 432. Der 22. 3. 1934 war ein Donnerstag.
[69] Pröhl (Fn. 64), S. 452. Vgl. auch Fischer (Fn. 64), S. 164, der zudem anmerkt, dass bereits im Gesetz über die Befugnisse des Reichskommissars für das Bankgewerbe vom 7. 8. 1933 Strafvorschriften enthalten waren.
[70] BArchB R2501/6946, Nr. 6, Bl. 119–122.
[71] Müller (Fn. 6), S. 432.
[72] Vgl. zu den nachfolgenden Überlegungen auch Ernst (Fn. 63), S. 218.
[73] Pröhl (Fn. 64), S. 455; Fischer (Fn. 64), S. 165 f.; Schulze (Fn. 5), S. 77.
[74] Pröhl (Fn. 64), S. 456.

nur „die üblichen polizeiverwaltungsmäßigen Maßnahmen“ in Frage kamen.[75]

Der Einsatz eines Zwangsmittels konnte wiederholt erfolgen. Zudem musste er angedroht werden, es sei denn, dass Gefahr im Verzug war. Gegen die Androhung und gegen die Festsetzung des Zwangsmittels konnte nach § 45 Abs. 3 RKWG innerhalb von zwei Wochen Beschwerde beim Aufsichtsamt eingelegt werden, wobei diese Frist allerdings der Fristsetzung des § 43 Abs. 1 u. 2 widersprach, da dort mit ausdrücklichem Verweis auf die § 45 und 46 RKWG eine Beschwerdefrist von einem Monat vorgesehen war.[76] Eine Beschwerde hatte außer bei Gefahr im Verzug aufschiebende Wirkung. Eine Beitreibung des Zwangsmittels war nicht mehr zulässig, wenn der Verfügung des Reichskommissars entsprochen wurde.

Der Zwang konnte nicht nur gegenüber Geschäftsleitern und anderen Organen der Banken, sondern auch gegenüber allen Angestellten, gegenüber juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts sowie gegenüber Personenvereinigungen ausgeübt werden. Ferner konnte eine Mithaftung des Unternehmers angeordnet werden, wenn eine Erzwingungsstrafe gegenüber einer seinem Unternehmen angehörenden Person festgesetzt wurde.[77]

Im Gegensatz zur Endfassung des Gesetzes regelte der erste Entwurf RKWG-E1 (Anhang 2) die Nichtbefolgung von Anordnungen des Reichskommissars und des Bankenaufsichtsamtes in zwei Paragraphen, nämlich in den § 44 und 49 Abs. 1 RKWG-E1. Dabei sah der § 49 Abs. 1, der nur den Vorsatz ahndete, eine Gefängnisstrafe vor. Der § 44 ahndete dagegen die sonstige (fahrlässige) Nichtbefolgung von Anordnungen und zwar mit Verwarnung oder „in ernsteren Fällen“ mit einer „Ordnungsstrafe“ bis zu 100.000 RM.[78] Auch die Bestellung eines Kommissars für die Führung der Bankgeschäfte auf Kosten der Bank war möglich.

5.3 Ordnungsstrafen (§ 46 RKWG)

Während durch die Regelungen des § 45 RKWG ein Tun oder Unterlassen erzwungen werden sollte, wollte der § 46 RKWG fahrlässige und vorsätzliche Verstöße gegen das RKWG sowie gegen Durchführungsbestimmungen, getroffene Vereinbarungen (der Spitzenverbände), erlassene Bestimmungen (falls eine Vereinbarung nicht zustande kam) und aufrechterhaltene Abkommen (der Spitzenverbände) ahnden.[79] Geahndet werden konnten nur Verstöße gegen die Mussvorschriften, nicht jedoch gegen die Sollvorschriften des Gesetzes.[80] Für jeden einzelnen Verstoß konnte der Reichskommissar eine Ordnungsstrafe bis 100.000 RM verhängen. Ausgenommen von der Regelung des § 46 waren Verstöße, die durch die § 48 bis 50 RKWG mit Strafe bedroht wurden. Zudem waren Verstöße gegen die Verfügungen des Reichskommissars nicht mit einer Ordnungsstrafe zu ahnden, da diese Verfügungen keine Gesetzesvorschrift oder Durchführungsbestimmung etc. darstellten.[81]

Eine Ordnungsstrafe konnte festgesetzt werden gegen die Geschäftsleiter sowie gegen sämtliche Verwaltungs- und Aufsichtsorgane der Banken und gegen juristische Personen, nicht jedoch gegen Angestellte der Banken, die zwar einer Erzwingungsstrafe (§ 45), aber keiner Ordnungsstrafe (§ 46) unterlagen.[82] Bezüglich der Mithaftung des Unternehmers und der Beschwerdefrist zur Ordnungsstrafe galt entsprechend § 45 RKWG.

Hinsichtlich eines Vergleiches der Endfassung des RKWG mit dem ersten Entwurf RKWG-E1 (Anhang 1 und 2) ist analog zu Kapitel 5.2 zu argumentieren: Der § 49 Abs. 1 RKWG-E1 ahndete nur vorsätzliche Verstöße gegen das Gesetz und zwar mit Gefängnis. Andere Verstöße belegte dagegen der § 44 RKWG-E1 mit Verwarnungen oder in ernsteren Fällen mit Ordnungsstrafen bis 100.000 RM. Gegebenenfalls konnte auch ein Kommissar mit der Geschäftsführung der Bank betraut werden.

5.4 Kriminalstrafen (§ 48–50 RKWG)

In diesem Kapitel werden die § 48, 49 und 50 RKWG besprochen. Es geht hier also um die Strafbewehrung der Vorschriften zum Betrieb eines Kreditinstituts (§ 48), zu Auskünften an das Aufsichtsamt oder den Reichskommissar (§ 49 Abs. 1 Buchstabe a), zur Verschwiegenheit (§ 49 Abs. 1 Buchstabe b), zu Behauptungen über Kreditinstitute (§ 49 Abs. 1 Buchstabe c) sowie zur Selbstauskunft von Kreditnehmern (§ 50). Zudem wird jeweils ein vergleichender Blick auf den RKWG-E1 geworfen.

Der *§ 48 RKWG* (Anhang 1) stellte den Betrieb einer Bank ohne die erforderliche Erlaubnis unter Kriminalstrafe. Gleiches galt, wenn der Geschäftsbetrieb trotz Untersagung fortgeführt oder ohne Erlaubnis wieder eröffnet wurde. Der § 48 RKWG bezog sich damit auf die § 3–7 RKWG,[83] wo im zweiten Kapitel unter der Überschrift „Erlaubnis und Untersagung“ entsprechende Sachverhalte geregelt waren. Bestraft wurde mit Gefängnis bis zu einem Jahr und/oder Geldstrafe. Die Verfolgung der Zuwiderhandlung fand nur auf Antrag des Reichskommissars statt. Pröhl merkte an, dass damit nur ein Antragsdelikt vorlag, das in diesem Punkt von den damaligen Strafbestimmungen der Gewerbeordnung für Konzessionsverletzungen abwich.[84] Der RKWG-E1 enthält keine vergleichbare Regelung zum § 48 RKWG.

Der *§ 49 Abs. 1 RKWG* ahndete unter den Buchstaben a bis c verschiedene Delikte (Übersicht 3 und Anhang 1), die alle Antragsdelikte waren, wobei das Antragsrecht für Delikte unter

[75] Fischer (Fn. 64), S. 166.
[76] Fischer (Fn. 64), S. 166.
[77] Fischer (Fn. 64), S. 166 f.
[78] Vgl. zu den begrifflichen Unschärfen im RKWG-E1 die Aussage zur Fn.67.
[79] Pröhl (Fn. 64), S. 469; Fischer (Fn. 64), S. 168; Schulze (Fn. 5), S. 77 f. Vgl. zum Wortlaut des § 46 Anhang 1.
[80] Pröhl (Fn. 64), S. 473; Fischer (Fn. 64), S. 168.
[81] Fischer (Fn. 64), S. 168 f.
[82] Fischer (Fn. 64), S. 169; ferner Pröhl (Fn. 64), S. 475–480.
[83] RGBl. Teil 1 Nr. 132 v. 7. 12. 1934, S. 1203–1214, hier S. 1204.
[84] Pröhl (Fn. 64), S. 489–495.

den Buchstaben a und c dem Reichskommissar und für Delikte unter dem Buchstaben b der Reichsregierung zustand.[85] Zudem mussten alle Handlungen mit Vorsatz begangen worden sein, um nach § 49 Abs. 1 RKWG bestraft werden zu können, der unter den Buchstaben a bis c als Strafmaß Gefängnis und/oder Geldstrafe vorsah. Die Vorschriften des RKWG wären nicht anzuwenden gewesen, wenn für strafbewehrte Handlungen nach einem anderen Gesetz eine schwerere Strafe gedroht hätte. Dies wäre beispielsweise dann der Fall gewesen, wenn auf ein Auskunftsersuchen des Reichskommissars hin eine gefälschte Urkunde eingereicht worden wäre. Eine solche Tat wäre damals nach § 268 StGB mit Zuchthausstrafe bis zu fünf beziehungsweise bis zu zehn Jahren schwerer geahndet worden als nach dem RKWG.[86]

Der § 49 Abs. 1 Buchstabe a RKWG ahndete vorsätzlich falsche Angaben nach Aufforderung zur Auskunftserteilung gegenüber dem Aufsichtsamt und Reichskommissar sowie gegenüber Organen und Personen, derer sie sich bedienten. Unter Buchstabe b wurde die vorsätzliche Verletzung der Verschwiegenheitspflicht und die unbefugte Verwertungen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bestraft. Obwohl die Aussagen unter dem Buchstaben b ganz allgemein gefasst waren, zielte die Strafandrohung auf die Mitglieder des Aufsichtsamtes etc., denen im § 41 RKWG[87] Pflichten auferlegt wurden, deren Verletzung § 49 Abs. 1 Buchstabe b unter Strafe stellte. Die Regelungen des Buchstaben b hätten aber auch auf Bankangestellte ausgedehnt werden können, womit diese dann nach Auffassung Pröhls[88] von den Strafbestimmungen miterfasst worden wären. Mit den Regelungen unter dem Buchstaben c stellte man wider besseres Wissen aufgestellte oder verbreitete unwahre Behauptungen unter Strafe, wobei diese Behauptungen geeignet sein mussten, das Vertrauen in die betroffene Bank zu schädigen oder zu gefährden. Solche Behauptungen konnten sich sowohl auf die liquiditätsmäßig-finanziellen Verhältnisse der Bank selbst als auch ganz allgemein auf deren Geschäftsleiter beziehen.[89]

Der § 49 Abs. 2, 4 und 5 RKWG-E1 enthielt vergleichbare Vorschriften zu den Buchstaben a, b und c des § 49 Abs. 1 RKWG. Der RKWG-E1 sah jedoch für die Delikte unter den Absätzen 2 und 5 (Auskunftserteilung und Verleumdung) grundsätzlich Gefängnis und für Delikte des Absatzes 4 (Verschwiegenheitspflicht) Geldstrafe oder Gefängnis vor.

Der *§ 50 RKWG* ahndete den Sachverhalt, bei dem man unwahre Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen oder Vermögensübersichten einer Bank einreicht, um einen Kredit bei dieser Bank zu erhalten, einen bestehenden Kredit zu erweitern oder günstigere Kreditkonditionen zu erlangen. Bestraft wurden nur vorsätzliche Handlungen mit Gefängnis und/oder Geldstrafe und zwar unabhängig davon, ob es letztlich zur Kreditgewährung kam oder nicht.[90] Diese Vorschrift zielte ab auf die Regelung des § 13 RKWG[91] bezüglich der Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse von Kreditnehmern und folgte damit den wiederholt geäußerten Klagen über einen mangelnden strafrechtlichen Schutz gegen Kreditbetrug und Kreditverschleierung. Zugleich wurde ein Beweisproblem abgeschafft, das darin bestand, den Kausalzusammenhang zwischen der Vorlage unwahrer Bilanzen etc. und der Entscheidung der Bank über die Kreditgewährung nachzuweisen, da nun unabhängig von der Kreditgewährung bestraft werden konnte.[92] Zum § 50 RKWG gab es eine analoge Regelung im ersten Entwurf, nämlich in § 49 Abs. 3 RKWG-E1. Dort sah man allerdings ausschließlich eine Gefängnisstrafe vor.

6. Fazit und Ausblick

Die gesamtgesellschaftlichen Probleme vor und nach 1930 waren nicht nur ein tiefer Einschnitt in die politische Entwicklung Deutschlands, sie stellten im Anschluss an die Bankenkrise 1931 auch eine Zäsur für die deutsche Bankenaufsicht dar. Versuchte man den Problemen zunächst mit einer Reihe von Notverordnungen zu begegnen, so zeigte sich mit Blick auf das Bankensystem, dass dieses Vorgehen langfristig nicht ausreichend war. Erst der im Sommer 1933 eingesetzte Untersuchungsausschuss konnte viele drängende Probleme im deutschen Bankensystem detaillierter analysieren und genoss zudem den Vorzug, auf politischer Ebene einen Gesetzentwurf zur Bankenaufsicht erarbeiten zu können.

Die Erarbeitung der zahlreichen Entwürfe zum RKWG war neben sachlichen auch von vielen politischen Konflikten geprägt, da Reichbankpräsident Schacht – und mit ihm Hitler – auf großen Widerstand aus den Reihen der nationalsozialistischen Bewegung stießen. Gleichwohl konnte das Gesetz – Schacht war inzwischen nicht nur Reichsbankpräsident, sondern auch Reichswirtschaftsminister – im Dezember 1934 verabschiedet werden und zum 1. 1. 1935 in Kraft treten.

Das RKWG enthielt im zehnten Kapitel Vorschriften zu Zwangsmitteln, Ordnungsstrafen und Kriminalstrafen, die über die bis dahin bestehenden gesetzlichen Strafvorschriften hinausgingen und mit denen empfindliche Sanktionen verhängt werden konnten. Konkret ahndete das Gesetz die Nichtbefolgung der Verfügungen des Reichskommissars (§ 45) sowie Verstöße gegen das RKWG (§ 46) und gegen den Betrieb eines Kreditinstituts ohne Erlaubnis oder trotz Untersagung (§ 48). Darüber hinaus stellte es falsche Auskünfte an das Aufsichtsamt oder den Reichskommissar (§ 49 Abs. 1 Buchstabe a), die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht (§ 49 Abs. 1 Buchstabe b), die Verleumdung von Kreditinstituten (§ 49 Abs. 1 Buchsta-

[85] Pröhl (Fn. 64), S. 495.
[86] Pröhl (Fn. 64), S. 501.
[87] RGBl. Teil 1 Nr. 132 v. 7. 12. 1934, S. 1203–1214, hier S. 1211.
[88] Pröhl (Fn. 64), S. 497.
[89] Fischer (Fn. 64), S. 171. Vgl. auch Pröhl (Fn. 64), S. 498–500, der auf S. 498 anmerkt, dass damals bereits § 187 StGB und § 15 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909 einschlägig waren, aber einen niedrigeren Strafrahmen vorsahen.
[90] Wenn nach anderen Gesetzen schwere Strafen drohten, so waren diese anzuwenden.
[91] RGBl. Teil 1 Nr. 132 v. 7. 12. 1934, S. 1203–1214, hier S. 1206.
[92] Fischer (Fn. 64), S. 172, ferner Pröhl (Fn. 64), S. 501–504.

be c) sowie die kreditbetrügerische Selbstauskunft (§ 50) unter Strafe.

Die RKWG-Novelle von 1939 folgte dem Willen zur nationalsozialistischen Gleichschaltung und zum „Führerprinzip". Entscheidende Änderungen ergaben sich bis zum Ende des Dritten Reiches daher nur bei der Organisation der Aufsichtsbehörden.[93] Das RKWG blieb nach dem Zusammenbruch 1945 in der Bundesrepublik in Kraft und wurde erst 1961 durch das KWG ersetzt.[94] In der Rechtsprechung erlangten die Vorschriften zu Zwangsmitteln und Strafen nach Inkrafttreten des RKWG kaum praktische Bedeutung. Das lag vor allem daran, dass zahlreiche Einzelnormen des RKWG nur als Blankettvorschrift formuliert waren und zunächst unausgefüllt blieben.[95] Solange man jedoch nur einen Rahmen vorgab, innerhalb dessen die Aufsichtsbehörde eine Festlegung treffen sollte, eine solche Festlegung aber unterblieb, solange konnte man natürlich einen Verstoß weder feststellen noch sanktionieren.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass die Vorschriften zu den Kriminalstrafen im RKWG ein schon damals diskutiertes und bis heute umstrittenes Problem des sogenannten Unternehmensstrafrechts berühren. Dieses Problem dreht sich um die Organeigenschaft als Strafhinderungsgrund. Im Kern handelt es von der international unterschiedlich beantworteten Frage, ob auch Organe juristischer Personen mit Kriminalstrafe belegt werden können, wenn sie im Interesse ihres Unternehmens Rechtsgüter Dritter verletzen.[96]

Anhang 1: Auszug aus dem Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. 12. 1934 (§ 45–50 RKWG)[97]

X. Zwangsmittel und Strafen

§ 45

(1) Der Reichskommissar kann die Befolgung der Verfügungen, die er innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse trifft, durch Zwangsmittel (Erzwingungsstrafen in Geld und unmittelbarer Zwang) durchsetzen. Die Zwangsmittel können gegen natürliche Personen und gegen juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts sowie gegen Personenvereinigungen verhängt werden. Sie können wiederholt festgesetzt werden, bis der Verfügung entsprochen ist. Die einzelne Erzwingungsstrafe darf 100000 Reichsmark nicht übersteigen. Der Unternehmer haftet als Gesamtschuldner für Erzwingungsstrafen, die gegen seiner Unternehmung angehörende Personen festgesetzt sind, wenn die Haftung in der Strafverfügung ausgesprochen ist. Unmittelbarer Zwang darf nur angewendet werden, wenn die Verfügung sonst nicht durchsetzbar erscheint oder Gefahr im Verzuge ist.

(2) Bevor das Zwangsmittel verfügt wird, muß es dem Verpflichteten mit Setzung einer angemessenen Frist angedroht werden. Die Androhung soll schriftlich geschehen und eine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Die Androhung ist nicht erforderlich, wenn Gefahr im Verzuge ist.

(3) Gegen die Androhung des Zwangsmittels ist binnen zwei Wochen die Beschwerde an das Aufsichtsamt zulässig. Das gleiche gilt für die Festsetzung des Zwangsmittels, sofern nicht bereits gegen die Androhung Beschwerde eingelegt ist. Die Beschwerde gegen die Androhung erstreckt sich auf die Festsetzung des Zwangsmittels. Sie hat aufschiebende Wirkung, es sei denn, daß nach pflichtmäßigem Ermessen des Reichskommissars Gefahr im Verzuge ist.

(4) Wird nach der Festsetzung des Zwangsmittels der Verfügung entsprochen, so ist die Beitreibung nicht mehr zulässig.

§ 46

(1) Der Reichskommissar kann gegen die Geschäftsleiter (§ 4 Abs. 2) oder deren gesetzliche Vertreter, gegen Verwaltungs- oder Aufsichtsorgane einer Unternehmung sowie gegen juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts oder gegen die Leiter nicht rechtsfähiger Vereinigungen bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen die Vorschriften dieses Gesetzes, die Durchführungsbestimmungen, die gemäß § 38 getroffenen Vereinbarungen oder erlassenen Bestimmungen sowie die im § 57 aufrechterhaltenen Abkommen in anderen als den nach § 48 bis 50 oder sonstigen Strafvorschriften mit Strafe bedrohten Fällen Ordnungsstrafen in Geld bis zu 100000 Reichsmark für jeden Einzelfall des Verstoßes festsetzen. Der Unternehmer haftet als Gesamtschuldner für Ordnungsstrafen, die gegen seiner Unternehmung angehörende Personen festgesetzt sind, wenn die Haftung in der Strafverfügung ausgesprochen ist. Soweit nach § 45 eine Erzwingungsstrafe in Geld angedroht ist, darf wegen der Nichtbefolgung der Verfügung nicht eine Ordnungsstrafe in Geld verhängt, sondern nur die Erzwingungsstrafe festgesetzt werden. Die Strafverfügung soll eine Rechtsmittelbelehrung enthalten.

(2) Gegen die Festsetzung der Ordnungsstrafe ist binnen zwei Wochen die Beschwerde an das Aufsichtsamt zulässig. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung.

[93] Müller (Fn. 6), S. 451–453.

[94] Müller (Fn. 6), S. 453–456; Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Fn. 18), S. 5–7; Nirk (Fn. 18), S. 1; Bieg, Hartmut; Krämer, Gregor u. Waschbusch, Gerd, *Bankenaufsicht in Theorie und Praxis*. 4. Aufl., Frankfurt/M. 2011, S. 61–64, und detailliert zur Entstehung des KWG 1961 Georg, Jasper Ritter von, *Die Entstehung des Kreditwesengesetzes von 1961*. Unter besonderer Berücksichtigung der zentralen Aufsicht über die Kreditinstitute durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen. Frankfurt/M. 2013.

[95] Müller (Fn. 6), S. 438–443.

[96] Vgl. hierzu seinerzeit Bruns, Hans-Jürgen, *Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?* Zugleich ein Beitrag zur Methodik der Rechtsanwendung im Strafrecht und zur strafrechtlichen Beurteilung der Einmanngesellschaft. Breslau 1931; Bruns, Hans-Jürgen, Die Organeigenschaft des Täters als Strafhinderungsgrund beim Handeln zugunsten der Körperschaft. In: *Deutsche Justiz*, 1934, S. 1589–1592. Vgl. zu neueren Quellen die Hinweise bei Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*. Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 10. 63. Aufl., München 2016, S. 340 f., Rn. 8–10, sowie aktuell zum Ministerstreit beim Unternehmensstrafrecht o.V., NRW will kein Unternehmensstrafrecht mehr. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 4. 10. 2017, S. 15.

[97] RGBl. Teil 1 Nr. 132 v. 7. 12. 1934, S. 1203–1214, hier S. 1212 f.

§ 47

(1) Die festgesetzten Erzwingungs- und Ordnungsstrafen werden wie Reichssteuern von den Finanzämtern zugunsten der Reichskasse beigetrieben.
(2) Die Reichsregierung ist befugt, festgesetzte Erzwingungs- und Ordnungsstrafen ganz oder teilweise zu erlassen. Sie kann diese Befugnis auf das Aufsichtsamt oder den Reichskommissar übertragen.

§ 48

(1) Wer die Geschäfte eines Kreditinstituts ohne die erforderliche Erlaubnis betreibt, den Geschäftsbetrieb eines Kreditinstituts trotz Untersagung fortführt oder einen eingestellten Geschäftsbetrieb ohne Erlaubnis wieder eröffnet, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft.
(2) Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Reichskommissars ein.

§ 49

(1) Mit Gefängnis und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen wird, soweit nach anderen Gesetzen nicht schwerere Strafen verwirkt sind, bestraft, wer vorsätzlich
   a) auf die Aufforderung zur Auskunftserteilung gegenüber dem Aufsichtsamt, dem Reichskommissar oder Organen und Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten bedienen, falsche Angaben macht;
   b) seine Pflicht zur Verschwiegenheit verletzt oder Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die er bei der Wahrnehmung seiner Obliegenheiten erfahren hat, unbefugt verwertet;
   c) wider besseres Wissen unwahre Behauptungen aufstellt oder verbreitet, die geeignet sind, den Kredit eines Kreditinstituts zu schädigen oder zu gefährden.
(2) Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Reichskommissars, im Falle des Absatzes 1 Buchstabe b nur auf Antrag der Reichsregierung ein.

§ 50

Mit Gefängnis und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen wird, soweit nach anderen Gesetzen nicht schwerere Strafen verwirkt sind, bestraft, wer vorsätzlich zur Erlangung oder Erweiterung eines Kredits oder Erzielung günstigerer Kreditbedingungen unwahre Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen oder Vermögensübersichten einem Kreditinstitut einreicht oder einem solchen gegenüber wissentlich falsche Erklärungen über seine wirtschaftlichen Verhältnisse abgibt, auch wenn es nicht zur Kreditgewährung kommt.

Anhang 2: Auszug aus dem ersten, dem Untersuchungsausschuss am 27. 2. 1934 vorgelegten Entwurf des RKWG (§ 44 und 49 RKWG-E1)[98]

§ 44

Der Reichskommissar für das Bankgewerbe ist befugt, den Organen und Geschäftsleitern der Banken bei Verstössen gegen die Vorschriften des Gesetzes und bei Nichtbefolgung der Anordnungen des Bankenaufsichtsamts und des Reichskommissars für das Bankgewerbe Verwarnungen zu erteilen; anstelle der Verwarnung können in ernsteren Fällen Ordnungsstrafen bis zu RM 100.000 treten. Die Ordnungsstrafen werden wie Gemeindeabgaben zugunsten der Reichskasse beigetrieben.

Erweist sich die Verhängung von Ordnungsstrafen als nicht ausreichend, um künftige Verstösse und künftige Nichtbefolgung zu verhindern, so kann er – unbeschadet der weitergehenden Bestimmungen des § 6 – für die Bank auf ihre Kosten einen Kommissar für die Führung der Geschäfte bestellen.

X. Strafvorschriften

§ 49

(1) Wer vorsätzlich gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes verstösst oder die Anordnungen des Bankenaufsichtsamts oder seiner Organe nicht befolgt, wird unbeschadet der Vorschriften des § 44 mit Gefängnis bestraft.
(2) Wer auf die Aufforderung zur Auskunftserteilung gegenüber dem Bankenaufsichtsamt oder Organen und Personen, deren sich das Bankenaufsichtsamt zur Erfüllung seiner Obliegenheiten bedient, einschliesslich der Stellen, auf die es seine Befugnisse übertragen hat, falsche Angaben macht, wird mit Gefängnis bestraft.
(3) Wer zur Erlangung, Erweiterung oder Erleichterung eines Kredits unwahre (verfälschte oder verschleierte) Bilanzen oder Vermögensübersichten einer Bank einreicht oder einer solchen gegenüber wissentlich falsche Erklärungen über seine wirtschaftlichen Verhältnisse abgibt, wird, soweit nach anderen Gesetzen nicht schwerere Strafen verwirkt sind, mit Gefängnis bestraft, auch wenn es nicht zur Kreditgewährung kommt.
(4) Wer entgegen § 45 seine Pflicht zur Verschwiegenheit verletzt oder Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die er bei der Wahrnehmung seiner Obliegenheiten erfahren hat, unbefugt verwertet, wird mit Geldstrafe, in schwereren Fällen mit Gefängnis bestraft.
(5) Wer den Kredit einer Bank böswillig und wider besseres Wissen durch Verbreitung unwahrer Behauptungen schädigt, wird auf Antrag des Bankenaufsichtsamts mit Gefängnis bestraft.

[98] RKWG-E1: BArchB R2501/6946, Nr. 4, Bl. 75 f.

Das Polizeistrafrecht des 19. Jahrhunderts – Bemerkungen zu einem vergessenen „Trabanten des Strafrechts“

(The Law of Police Contraventions in the 19th Century – Remarks on a Forgotten „Satellite of Criminal Law“)

Arnd Koch *

Abstract

The law of police contraventions (Polizeistrafrecht) in the 19th century is „terra incognita“ of legal history. Using Germany as an example, this article is intended to demonstrate that statements on the scope of punishment remain imperfect without consideration of the law of police contraventions. The article addresses the astonishing extent of penal power by the police in the first half of the 19th century as well as fundamental criticism by liberal scholars of criminal law. Most notably, in view of Paul Johann Anselm Feuerbach, the article reveals that a theoretical distinction of „police wrong“ and „criminal wrong“ failed. The article presents a first overview of an undeveloped field of study and is intended to stimulate more detailed research.

Keywords*: law of police contraventions; history of criminal law in the 19th century; decriminalization; Frankfurt Constitution (1849); Paul Johann Anselm Feuerbach; Carl Joseph Anton Mittermaier.*

I. Einführung und Forschungsstand

Zu den großen, heute in Vergessenheit geratenen Themen des strafrechtswissenschaftlichen Diskurses des 19. Jahrhunderts zählte die Einhegung und Verrechtlichung des sog. Polizeistrafrechts, das als Vorläufer des heutigen Rechts der Ordnungswidrigkeiten gelten kann. Strafverhängungen durch die Exekutive, auf Grundlage verstreuter, unbestimmter Rechtsgrundlagen, losgelöst von jeglicher richterlicher Kontrolle und unter Anwendung eines summarischen Verfahrens – ein solches Prozedere musste auf entschiedene Ablehnung seitens liberaler Kriminalisten stoßen. Drohten doch durch die Fortexistenz und Aufwertung polizeilicher Strafbefugnisse die für das Strafrecht mühsam erkämpften rechtsstaatlichen Geländegewinne verloren zu gehen.[1] Die neuere Rechtsgeschichte hat das Polizeistrafrecht des 19. Jahrhunderts lange Zeit ignoriert.[2] Der Umfang polizeilicher Strafgewalt, das polizeistrafrechtliche Verfahren, erst recht dessen praktische Anwendung, bilden weiterhin empfindliche Forschungsdesiderate. Die geübte wissenschaftliche Zurückhaltung steht in einem scharfen Kontrast zur Bedeutung dieses Rechtsgebiets. Wie Kesper-Biermann in ihrer Pionierstudie zu Recht feststellte, berührten „Rechtsnormen und Strafverfolgung in diesem Bereich (…) das Leben der Mehrheit der Bevölkerung wesentlich häufiger und nachdrücklicher als die Bestimmungen in den Criminalrechtskodifikationen“[3].

Polizeiliche Strafgewalt ist kein auf das 19. Jahrhundert beschränktes Phänomen. Bereits in der frühen Neuzeit verfügten Obrigkeiten zur Aufrechterhaltung „guter Ordnung und Policey“ über Strafbefugnisse, deren Reichweite in einem unübersichtlichen Konglomerat von Einzelverordnungen normiert war.[4] Der Rechts- und Policeywissenschaft des späten 18. Jahrhunderts waren weder die Systematisierung noch die theoretische Abgrenzung zum eigentlichen Kriminalrecht gelungen. Erst das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (1794) brachte einen Fortschritt. Zwar vermochte die Vermengung strafrechtlicher und polizeilicher Normen in systematischer Hinsicht nicht zu befriedigen, doch schuf die Inkorporation des Polizeistrafrechts bislang unerreichte Rechtsklarheit. Während das Strafrecht im Vormärz von einer „Kodifikationswelle“ (R. Schröder) erfasst worden war,[5] verabschiedeten lediglich

* Prof. Dr. Arnd Koch, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Juristische Zeitgeschichte an der Universität Augsburg, Deutschland.

1 Am Beispiel Bayerns Härter, in: Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, 2014, S. 139 ff.; zur Verschärfung des polizeilichen Sexualstrafrechts trotz oder wegen dessen weitgehender „Entkriminalisierung“ im BayStGB: Rosenberger, Das Sexualstrafrecht in Bayern von 1813 bis 1871, 1973, S. 233 ff.

2 Grundlegend weiterhin Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, 1902; auch Heilbrunn, Die deutschen Polizei-Strafgesetzbücher, 1923; einführend Kesper-Biermann, in: Opitz/Studer/Tanner (Hrsg.), Kriminalisieren – Entkriminalisieren – Normalisieren, 2006; Pahlow, Justiz und Verwaltung. Zur Theorie der Gewaltenteilung im 18. und 19. Jahrhundert, 2000; ders., in: Jaeger (Hrsg.), Enzyklopädie der Neuzeit, Bd. 10, 2009, Sp. 181 ff. Zum frühneuzeitlichen Policeyrecht Härter, ebd., Sp. 170 ff.

3 Kesper-Biermann (Fn. 2), S. 180.

4 Vgl. die Übersicht bei Härter, Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte der Frühen Neuzeit, 2018, S. 79 ff.

5 R. Schröder, Festschrift für Gagnér, 1991, 403; vgl. hierzu auch Kesper-Biermann, Einheit und Recht. Strafgesetzgebung und Kriminalrechtsexperten in Deutschland vom Beginn des 19. Jahrhunderts bis zum Reichsstrafgesetzbuch 1871, 2009, S. 119 ff., 136 ff. Sehr hilfreich weiterhin Berner, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867.

Württemberg (1839), Hannover (1847) und Hessen (1847) eigenständige Polizeistrafgesetzbücher. Bis zur Reichsgründung kamen Anhalt (1855), Braunschweig (1855), Bayern (1861) und Baden (1863) hinzu.[6] Wo hingegen die Kodifikation des Polizeistrafrechts misslang, bestimmten weiterhin Einzelverordnungen den Umfang des Rechtsgebiets und hüllten seine genaue Reichweite in – so der Heidelberger Kriminalist Carl Joseph Anton Mittermaier – „mystisches Dunkel“[7].

II. Regelungsgegenstände

Das Polizeistrafrecht erwies sich im 19. Jahrhundert gleichsam als „Trabant des Strafrechts“[8]. Es pönalisierte geringfügige Rechtsverletzungen, Moralwidrigkeiten, straftatbestandsnahe Handlungen und Gefährdungshandlungen aus unterschiedlichsten Lebensbereichen. Die polizeiliche Strafgewalt konnte durchaus robust ausfallen. Sie umfasste Freiheitsstrafen, Geldbußen und Verweise, teils auch körperliche Züchtigungen oder demütigende Sanktionen wie Abbitten und Widerrufe.[9] Das Höchstmaß polizeilicher Strafgewalt variierte innerhalb des Deutschen Bunds beträchtlich. Das Maximum polizeilich verhängter Freiheitsstrafen lag zwischen 14 Tagen (Preußisches Allgemeines Landrecht) und drei Monaten Gefängnis bzw. einem Jahr Werkhaus (Hannover).[10] Ein Überblick über die vielfältigen Inhalte des Polizeistrafrechts verdeutlicht, dass es sich bei den einschlägigen Gesetzen um wichtige rechtshistorische Quellen handelt, ohne deren Berücksichtigung jede Aussage über die Reichweite staatlichen Strafens im 19. Jahrhunderts lückenhaft bliebe.

Partikularstrafgesetzbücher überwiesen geringfügige Fälle des Diebstahls, der Unterschlagung, der Sachbeschädigung oder des Betrugs an die polizeiliche Gerichtsbarkeit.[11] Gleiches galt mitunter für „Mundraub“, die Entwendung von Lebensmitteln zum unmittelbaren Verzehr.[12] Daneben besaß das Polizeistrafrecht eine Auffangfunktion für tatbestandsnahe oder (scheinbar) „entkriminalisierte“ Handlungen. Polizeistrafgesetzbücher erfassten „fahrlässige Hehlerei“[13] oder normierten „Gaukeleitatbestände“, um das strafrechtlich schwer fassbares Ausnutzen abergläubischer Vorstellungen zu belangen.[14] Auch fanden sich aus dem Kriminalrecht ausgesonderte Tatbestände gegen Moralwidrigkeiten im Polizeistrafrecht wieder. So hielten Württemberg und Hannover zunächst an der – nunmehr polizeilichen – Ahndung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs fest. Nach 1848 entfiel dieser Tatbestand, doch blieb die polizeiliche Strafbarkeit des Konkubinats verbreitet.[15] Die Diskussion über die Strafwürdigkeit des untauglichen Versuchs bzw. der unbewussten Fahrlässigkeit veranschaulicht die Funktion des Polizeistrafrechts als Sammelbecken für „halbe Entkriminalisierungen“[16]. So plädierten namhafte Autoren dafür, die genannten Rechtsfiguren aus dem Kriminalrecht auszusondern und der polizeilichen Gerichtsbarkeit zuzuschlagen.[17] Umgekehrt enthielten Polizeistrafgesetzbücher Tatbestände wie die unterlassene Hilfeleistung, die erst im 20. Jahrhundert Aufnahme in das Kriminalrecht fanden.[18] Einen prominenten Platz innerhalb eines jeden Polizeistrafgesetzbuchs nahm die Ahndung gemeingefährlicher Verhaltensweisen ein, wobei feuer-, gesundheits- und straßenverkehrspolizeiliche Regelungen im Vordergrund standen.[19] Die Gesetzbücher erscheinen mitunter als Vorläufer des heutigen Straßenverkehrsgesetzes (StVG) bzw. der Straßenverkehrsordnung (StVO), indem sie beispielsweise „zu schnelles Fahren und Reiten“ auf Straßen, Brücken und öffentlichen Plätzen ahndeten. Polizeiverordnungen und Polizeistrafgesetzbücher reagierten schneller auf soziale und wirtschaftliche Veränderungen als das Kriminalrecht. So finden sich in ihnen strafbewehrte Vorschriften zum Umgang mit Dampfkraft, mit Eisenbahnen, zur Auswanderung oder zur Arbeitsniederlegung.[20] Weite Verbreitung fand außerdem die Ahndung von „Gesinde-“ bzw. „Dienstbotenvergehen“, worunter das – in allen anderen Lebensbereichen lediglich zivilrechtlich relevante – vertragswidrige Nichterscheinen zur Arbeit, das unerlaubte nächtliche Verlassen des Hauses, der „hartnäckige

---

[6] Zusammenfassend Goldschmidt (Fn. 2), S. 248 ff.; aus dem zeitgenössischem Schrifttum Edel, Das Polizeistrafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 1868; Knapp, Das Polizeistrafgesetz für das Königreich Württemberg, 1840; Mohl, Das württembergische Polizei-Strafgesetz, 1840; Stempf, Das Polizeistrafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden, 1864.

[7] Mittermaier, Archiv des Criminalrechts 1848, 181.

[8] Rosshirt, Geschichte und System des Strafrechts, Tl. 3, 1839, S. 165; zit. nach Goldschmidt (Fn. 2), S. 242.

[9] Kesper-Biermann (Fn. 2), S. 179. Körperliche Züchtigung als polizeistrafrechtliche Sanktion kannten Sachsen und Weimar (bis zu 30 Rutenstreiche) sowie, vor 1848, Bayern; hierzu Mittermaier, Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, Bd. 1, 1841, S. 225 f.; Härter (Fn. 1), S. 145; gegen Jugendliche auch Hannover (§ 18, 45), Anhalt (§ 5) und Braunschweig (§ 33).

[10] Einerseits ALR Tl. 1 Tit. 17 § 62, andererseits Hannover (§ 47).

[11] Für geringfügigen Diebstahl Art. 380 BayStGB 1813 (Wertgrenze 5 Gulden), Art. 321 WürttembergStGB, § 216 a.E., BraunschweigStGB, § 477 BadenStGB.

[12] Vgl. Art. 289 HannoverStGB, § 397 BadenStGB, Art. 374 Polizeistrafgesetz Hessen.

[13] Vgl. nur die Polizeistrafgesetze von Württemberg (Art. 63), Hannover (§ 213), Anhalt (Art. 223) und Braunschweig (§ 308).

[14] So in den Polizeistrafgesetzen von Hannover (§ 226), Hessen (Art. 102), Braunschweig (§ 164), Bayern (Art. 94) und Baden (§ 68). Der Auffangtatbestand erfasste Wahrsagerei, Kartenschlagen, Zauberei und andere magische Praktiken; hierzu Dorn-Haag, Hexerei und Magie im Strafrecht, 2016, S. 288 ff.

[15] Zur „Unzucht“ Württemberg (Art. 44) und Hannover (§ 89); zum Konkubinat Hessen (Art. 377), Braunschweig (§ 161), Anhalt (§ 89), Bayern (Art. 95) und Baden (§ 71).

[16] Treffend Vormbaum, Einführung in die Moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 2016, S. 50.

[17] Koch, Die Entkriminalisierung im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung, 1998, S. 62; zum untauglichen Versuch Dorn-Haag (Fn. 14), S. 170 ff. und S. 186.

[18] Württemberg (Art. 32), Anhalt (Art. 91), Braunschweig (§ 60).

[19] Vgl. Hessen (Art. 64), Braunschweig (§ 255), Anhalt (Art. § 199 ff.), Bayern (Art. 153 ff.), Baden (§ 120 ff.); vgl. bereits das preußische ALR (Tl. 2 Tit. 20 § 756).

[20] Zum strafbewehrten Streikverbot Hannover (§ 59), Anhalt (Art. 48).

Ungehorsam“ und die gröbliche Verletzung der Ehrerbietungspflicht fielen.[21]

III. Grundsatzkritik und Durchsetzung des richterlichen Strafmonopols

Das Institut des Polizeistrafrechts stieß seit den 1840er Jahren auf grundsätzliche Kritik. Für Carl Joseph Anton Mittermaier etwa trug die Ausübung der Polizeistrafjustiz das „Gepräge der Willkür“ an sich.[22] Seine Einwände waren ebenso zahlreich wie schwerwiegend: Behörden verhängten Strafen ohne gesetzliche Grundlage, die Bestrafung mancher Taten widerspreche dem Rechtsempfinden, zudem seien die einschlägigen Normen gänzlich unbestimmt.[23] Dennoch ließ sich die liberale Maxime „nulla poena sine judicio“, die strikte Trennung von Justiz und Verwaltung, vor der Revolution von 1848 nicht durchsetzen. Die einzige Ausnahme bildete das Großherzogtum Hessen, das bereits 1832 die Polizeigerichtsbarkeit beseitigte und Strafgerichten die Aburteilung von Polizeiübertretungen übertrug.[24] Erst die Paulskirchenverfassung von 1849 gab mit ihrem Verbot jeglicher polizeilicher Strafgewalt den entscheidenden Anstoß zur Durchsetzung des richterlichen Strafmonopols (§ 182 Abs. 2 FRV). Vorbildfunktion für die weitere Entwicklung kam einer während der Revolutionszeit erlassenen preußischen Verordnung zu, wonach „die Verwaltung dieser Polizeigerichtsbarkeit (…) in erster Instanz von einzelnen Richtern geführt werden (sollte), welche commissarisch zu diesem Geschäft zu ernennen (waren)“[25]. Die bis zur Reichsgründung erlassenen Polizeistrafgesetzbücher folgten, mit Ausnahme Anhalts, dem preußischen Modell und bereiteten der polizeilichen Strafgerichtsbarkeit somit ein Ende.[26]

IV. Die Gescheiterte Abgrenzung zwischen Polizeiunrecht und Kriminalunrecht

Zum Scheitern verurteilt blieben die zahlreichen Versuche, eine schlüssige theoretische Abgrenzung zwischen polizei- und strafrechtlichem Unrecht zu begründen.[27] Keine Zukunft besaß der radikale Ansatz der österreichischen „Josephina“ (1787), wonach strafrechtliches Unrecht zwingend „bösen Vorsatz“ voraussetze.[28] Paul Johann Anselm Feuerbachs wechselnde Begründungsansätze verdeutlichen die Abgrenzungsschwierigkeiten. Auf Grundlage seiner Rechtsverletzungslehre unterschied der bedeutendste Kriminalist des 19. Jahrhunderts zunächst zwischen absolut-notwendigen und bedingt-notwendigen Rechten des Staats. Polizeivergehen schützten die bedingt-notwendigen Rechte, Polizeistrafgewalt habe allein die Erreichung der „Hilfszwecke des Staats“ bzw. der „entfernteren Mittel des Staatszwecks“ zum Gegenstand.[29] Wenige Jahre später schien Feuerbach auf den Strafzweck zu rekurrieren, indem er Polizeiahndungen mit „Züchtigungen“ im Sinne der Warnung und Besserung verband.[30] Die Legaldefinition des von ihm verfassten Bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813 begriff Polizeiübertretungen wiederum als „Handlungen und Unterlassungen, welche zwar an und für sich selbst Rechte des Staats oder eines Unterthans nicht verletzen, jedoch wegen der Gefahr für die rechtliche Ordnung und Sicherheit unter Strafe verboten oder geboten sind“ (Art. 2 Abs. 4 BayStGB). Jedoch zählten gem. Art. 2 BayStGB auch solche „geringen Rechtsverletzungen“ zu den Polizeiübertretungen, die Polizeibehörden zur Untersuchung zugewiesen waren. Später verlor der Begriff des Polizeistrafrechts bei Feuerbach jegliche Kontur. So plädierte er aus pragmatischen Gründen einerseits für die Herabstufung von Rechtsverletzungen zu Polizeiunrecht (z.B. kleinere Eigentumsdelikte), andererseits – mit Rücksicht auf die „öffentliche Meinung“ – für die Hochstufung bzw. „Gleichstellung“ von Polizeiübertretungen mit Verbrechen (z.B. Sittlichkeitsdelikte).[31] Das Kriterium der Rechtsverletzung hatte sich für die Abgrenzung zwischen Kriminalrecht und Polizeistrafrecht als untauglich erwiesen. Von der Theorie im Stich gelassen, verfolgten die Gesetzgebungen fortan einen eklektischen Ansatz. Ohne erkennbares übergeordnetes Prinzip vereinten sie eine bunte Vielfalt von Gefährdungshandlungen, Moralwidrigkeiten und Rechtsverletzungen zu Polizeistrafgesetzbüchern und bestätigten damit deren zeitgenössische Charakterisierung als „Duodezstrafgesetzbücher“[32].

---

[21] Hannover (§ 298), Hessen (Art. 93), Braunschweig (§ 180, 181) und Bayern (Art. 214); weiterführend Vormbaum, Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert, 1980, S. 85 ff.; ders., in: Scheiwe/Krawietz (Hrsg.), (K)eine Arbeit wie jede andere?, 2014, S. 23 ff.

[22] Mittermaier, Archiv des Criminalrechts 1848, 182; gegen polizeiliche Strafgewalt auch Heffter, Archiv des Criminalrechts 1843, 133; für ein Polizeistrafrecht zur Aufrechterhaltung der „disciplina publica“ hingegen Rosshirt, Archiv des Criminalrechts 1830, 290 ff.

[23] Zugleich befürchtete Mittermaier aber auch unangemessen milde Strafen, sollten Gotteslästerung, widernatürliche Unzucht, Blutschande und Ehebruch lediglich polizeilich bestraft werden, Mittermaier (Fn. 9), S. 240.

[24] Goldschmidt (Fn. 2), S. 269 f.; Breidenbach, Commentar über das Großherzogliche Hessische Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1842, S. 155.

[25] § 162 der „Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen“, in: Haeberlin, Sammlung der neuen deutschen Strafprocessordnungen, 1852, S. 225.

[26] Goldschmidt (Fn. 2), S. 360.

[27] Vgl. Cucumus, Neues Archiv des Criminalrechts 1824, 120 ff.; Heffter, Neues Archiv des Criminalrechts 1843, 118 ff.; Lotz, Neues Archiv des Criminalrechts 1820, 485 ff.; Rosshirt, Neues Archiv des Criminalrechts 1830, 290 ff.; kritisch Mittermaier, Neues Archiv des Criminalrechts 1848, 183; ders. (Fn. 9), S. 230.

[28] § 2 der „Josephina“, bei Buschmann, Textbuch, zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit. Die klassischen Gesetze, 1998, S. 224 ff.; ähnlich schon Hommel, Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1786, S. XXV f.

[29] Feuerbach, Revision der Grundbegriffe und Grundsätze des positiven peinlichen Rechts, Bd. 2, 1800, S. 223; ders., Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801, S. 378. „Entferntere Staatszwecke“ ließen sich problemlos finden, vgl. etwa dens., ebd., S. 404 (§ 499) zur Sodomie (u.a. Schutz vor Auflösung des Staates durch die mit der Verachtung der Ehe einhergehende Entvölkerung sowie die „körperliche Entnervung der Bürger“); krit. Jakobs, in: Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik (Fn.1), S. 216 ff.

[30] Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, Tl. 1, 1804, S. 67.

[31] L. Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbachs Leben und Wirken, Bd. 2, 2. Aufl., 1852, S. 353.

[32] Mittermaier, in: Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, S. 49.

Die Anfänge der ungarischen Staatswissenschaft. Politikwissenschaftliche Disputationen von ungarnstämmigen Studenten an deutschen Universitäten im 17. Jahrhundert*

(The Beginnings of Hungarian Political Science. Political Disputations of Hungarian-born Students at German Universities in the 17th Century)

*Béla Szabó***

Abstract

Over the past fifteen years, Hungarian literary historians have outlined an idea of an interdisciplinary research program that aimed at exploring the early modern history of Hungarian political thinking. One of the most important elements of the proposed work has been to ensure the availability of the texts to be analysed (or analysable) for the purposes of research. The texts to be considered for research purposes are coming from highly various genres. One of the less well-known and less exploited types of texts to be analysed are pamphlets (disputations) that are related to the politics of the period and that educated the dozens of Hungarian peregrinating students who were raised in the 17th century. Contemporary students could gain an insight through these texts and disputes into one of the most popular disciplines of the era, the fundamentals of political science.

The study and its annex attempt to identify all the disputations that were protected by students from Hungary or Transylvania at a university of Germany and the Netherlands in the 17th century. It gives an overview of the role of the disputes in the education and their place in contemporary political science. It compares the features available from the database of 3000 disputes protected at German universities with the similar data from its own collection.

In these so far underrated works, we should recognize the first traces of theoretical foundation of the Hungarian political thinking.

Keywords: *Hungary; German Universities; political science; early modern universities; education history.*

Sándor Bene, einer der renommiertesten ungarischen Literaturhistoriker hat 2005 in einem Vortrag[1] – aufgrund seiner früheren Studien[2] – die Konzeption eines interdisziplinären Forschungsprogrammes entworfen, dessen Ziel die gründliche Aufhellung der frühneuzeitlichen Geschichte des ungarischen politischen Denkens sein sollte. Als wichtigstes Element der Arbeit wurde die Identifizierung und Zurverfügungstellung eines Textkorpus zum Ziel gesetzt. Die zu berücksichtigenden einzelnen Texte zeigen genremäßig eine unglaubliche Buntheit auf. Die Mehrzahl der Schriften ist von praktischer, meistens von propagandistischer Natur: Die Linie zieht sich von kurzen Gedichten und Briefen über Gesetzestexten und humanistischen Dialogen sowie satirischen Renaissancedramen bis zu mehrhundertseitigen Prosatexten.

Bis vor Kurzem wurde übrigens als die auffallendste Eigenschaft des frühneuzeitlichen ungarischen politischen Textkorpus das fast völlige Fehlen der reinen theoretischen Werke beschrieben. Es konnte man bisher nicht aufzeigen, welche implizite theoretische Ideen und Begriffe hinter den pragmatischen, propagandistischen sowie problem- und praxisorientierten Schriften verbergen, welche bei der Übertragung von politischem Wissen in Ungarn eine wesentliche Rolle spielen konnten.[3]

Unter den durch Gattungsvielfalt gekennzeichneten Texten, die vom erwähnten Forschungsprogramm berücksichtigt

* Das Werk wurde im Rahmen des Prioritätsprogramms mit Identitätsnummer KÖFOP-2.1.2-VEKOP-15-2016-00001 mit dem Titel „Entwicklung des Öffentlichen Dienstes gerichtet auf Gute Regierungsführung“ im Ludovika Forschungswerkstatt, im Auftrag von Nationaler Universität für Öffentlichen Dienst fertiggestellt.

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

1 BENE Sándor, *Magyar Politikai Könyvtár (Egy szövegkiadás-sorozat koncepciója)* [Ungarische politische Bibliothek (Konzeption einer Textausgaben Reihe)]. Früher: http://jog.unideb.hu/bibo/articles/tanulmanyok/bene_sandor-magyar_politikai_konyvtar-2005-01-20.htm. (2011. 09. 15). Die Textfassung des Vortrages: BENE Sándor, Eszmetörténet és irodalomtörténet. A magyar politikai hagyomány kutatása [Ideengeschichte und Literaturgeschichte. Die Erforschung der ungarischen politischen Tradition], *Budapesti Könyvszemle - BUKSZ* (2007), S. 50-64.

2 BENE Sándor, A történeti kommunikációelmélet alkalmazása a magyar politikai eszmetörténetben – A kora újkori modell [Die Anwendung der historischen Kommunikationstheorie in der ungarischen politischen Geistesgeschichte – Das frühneuzeitliche Modell], *Irodalomtörténeti Közlemények* (2001/3-4), S. 285-315.; BENE Sándor, Politikai nyilvánosságmodellek és politikai diszkurzustípusok a kora újkori Magyarországon [Politische Öffentlichkeitsmodelle und politische Diskurstypen im frühneuzeitlichen Ungarn]. In: *Hatalom és kultúra. Az V. Nemzetközi Hungarológiai Kongresszus (Jyväskylä, 2001. augusztus 6-10.) előadásai.* Hrsg. JANKOVICS József, NYERGES Judit, Budapest, 2004, S. 8-28.

3 Bezeichnenderweise ist in der gängigen Zusammenfassung der Geschichte des ungarischen politischen Denkens für die frühe Neuzeit das fast völliges Fehlen der Anspielung an westeuropäischen Traditionen und Denker oder an Möglichkeiten der Rezeption sowie des Wissenstransfers politischer Ideen und Schriften zu vermerken. Siehe SCHLETT István, *A politikai gondolkodás története Magyarországon 1.* [Die Geschichte des politischen Denkens in Ungarn 1.], Budapest, 2009.

werden sollten, ist ein ziemlich gut identifizierbares, aber bisher wenig berücksichtigtes und erforschtes *genus* der Texte zu finden: Diese sind die universitären Streitschriften der *politica* (nach damaligem Verständnis), die während des 17. Jahrhunderts bezüglich des Studiums dutzender von aus Ungarn und Siebenbürgen stammenden Wanderstudenten entstanden sind. Durch die Disputationsveranstaltungen und während der Abfassung oder Aufarbeitung der Texte bekamen nämlich diese Peregriner einen Einblick in die Grundgedanken, -vorstellungen und -begriffen eines Wissensgebiets, das im 17. Jahrhundert als eine Leit- und Modedisziplin der deutschen philosophischen Fakultäten anzusehen ist. Hinsichtlich der politikwissenschaftlichen *disputationes* mit ungarischem Bezug stellte Bene fest:

„Leider diese Materie verfügt über kein ausgezeichnetes bibliografisches Hilfsmittel…, so wurde die Ergänzung der älteren und neueren Hungarica-Bibliografien notwendig… Weiterhin ist auch die Aufhellung der Entstehungszusammenhänge dieser Werke vom Interesse. Die Forschungsarbeit an Disputationen kann noch unerwartete und wichtige Ergebnisse mit sich bringen, und ist sie zwar die philologisch arbeitsaufwendigste, gleichzeitig aber das am meisten erfolgsversprechende Gebiet der Erforschung der ungarischen politischen Sprachen und Sprechmodi."[4]

Durch diesen Teilforschungsansatz geleitet, – aber ohne die Absicht, zu den theoretischen Basisfragen der erwähnten Untersuchungen äußern zu wollen – werden wir im Folgenden versuchen, einen bescheidenen Beitrag zum Aufbau des fraglichen Textkorpus zu leisten. Dies wollen wir einerseits durch die möglichst vollständige Auflistung der – nach unserem heutigen Kenntnisstand bekannten – politischen Disputationen bewerkstelligen, andererseits dadurch verwirklichen, dass wir – um die inhaltliche Erschließung der Texte für die Interessanten zu erleichtern – den einfachsten Auffindungsweg der Texte anzugeben versuchen.[5]

Um die Bedeutung der Texte und der Sammlung zu untermauern, kann es vielleicht lohnend sein, einige wissenschaftsgeschichtliche Anmerkungen bezüglich der Entstehungszusammenhänge der Streitschriften zu skizzieren, wobei die Erschließung der wichtigsten modernen Literatur eine Rolle spielen kann. Es könnten weiterhin nützlich sein, wenn wir – eingebettet in die allgemeinen Entwicklungstendenzen – einige generalisierende Bemerkungen auch bezüglich der von Ungarnländern verteidigten politischen Disputationen machen könnten.

Die *politica,* als universitärer Lehrgegenstand

Natürlich können wir in diesen Rahmen nicht versuchen, die wichtigsten Entwicklungsetappen der europäischen Politikwissenschaft auch nur skizzenhaft darzulegen.[6] Da aber die hier untersuchte Literaturgattung eindeutig mit dem frühneuzeitlichen Universitätsbetrieb, besonders mit der Lehrtätigkeit der philosophischen Fakultäten der deutschen protestantischen Hochschulen verknüpft ist, können wir die kurze Zusammenfassung einiger bekannten Tatsachen bezüglich der Bedeutung und Literatur des damaligen Politikunterrichts nicht umgehen.[7]

Nach der heute herrschenden Meinung wurden die Grundlagen des Politikunterrichts an den deutschen protestantischen Universitäten von Melanchton abgelegt, der in seinen Schriften mehrmals die Notwendigkeit einer *politica ars* oder *doctrina politica* unterstrich und in dem von ihm aufgezeichneten Gebäude der Wissenschaften der *politica* einen Platz im Rahmen der *philosophia practica* (ganz nahe zur *ethica* und *oeconomia*) zuwies. Gleichzeitig widmete Melanchton der Politik – anders als im Falle von anderen Wissenszweigen im Gebiete der Philosophie – eher wenig Aufmerksamkeit. Dies wird auch durch die Tatsache bekräftigt, dass er kein Lehrbuch der Politik verfasste.[8] Vielleicht lässt es sich mit diesem Desinteresse erklären, dass der Unterricht der Politika, als autonome Disziplin bis

---

4 BENE Sándor, *Politikai nyilvánosságmodellek, z. W.,* S. 19-20.

5 Die Beschäftigung mit den politischen Disputationen der aus Ungarn und aus Siebenbürgen stammenden Studenten im 17. Jahrhundert bildet eigentlich eine Nebenspur eines langwierigen prosopografischen Forschungsprogrammes, das das möglichst vollständige Sammeln von Daten über solche ungarländischen Studenten versucht, die im 16-18. Jahrhunderten an ausländischen Universitäten Jura studierten. Im Rahmen dieser auf das Jurastudium und auf die juristischen Disputationen der Studenten gezielten Forschungen wurde schon eine Datenbank bezüglich der von dem untersuchten Personenkreis verteidigten Disputationen und Dissertationen veröffentlicht. Wegen der engen thematischen und personellen Verknüpfungen wurden in dieser wohl als überholt betrachtende Liste auch schon damals mehrere Streitschriften mit politischem Inhalt aufgenommen. Hier wird es versucht, dieses alte Verzeichnis erheblich zu erweitern und möglichst zu komplettieren. Für den früheren Versuch siehe SZABÓ Béla, Előtanulmány a magyarországi joghallgatók külföldi egyetemeken a XVI-XVIII. században készített disputatióinak (dissertatióinak) elemzéséhez [Vorstudie zur Analyse der ungarländischen Jurastudenten an ausländischen Universitäten zwischen 1550-1800 verteidigten Disputationen], *Publicationes Universitatis Miskolciensis. Sectio Juridica et Politica Tom. VIII. Fasc. 5*. (1993), S. 79-154.

6 Bezüglich der Entwicklung der Politikwissenschaft im frühneuzeitlichen Deutschland sind unter anderem folgende Zusammenfassungen und Einzelarbeiten als grundlegend herauszuheben: FENSKE, Hans, MERTENS, Dieter, REINHARD, Wolfgang, ROSEN, Klaus, *Geschichte der politischen Ideen: Von Homer bis zur Gegenwart*, Königstein/Ts., 1981, S. 201-302.; Pipers Handbuch der politischen Ideen, Bd. 3, hrsg. FETSCHER, Iring, MÜNKLER, Herfried, München, Zürich, 1985, S. 233-273.; BLEEK, Wilhelm, *Geschichte der Politikwissenschaft in Deutschland*, München, 2001, S. 9-88.; *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert: Reichspublizistik, Politik, Naturrecht*. Hrsg. STOLLEIS, Michael, München, 1995.; DREITZEL, Horst, Ideen, Ideologien, Wissenschaft: Zum politischen Denken in Deutschland in der frühen Neuzeit, *Neue politische Literatur* (1980), S. 1-25.; SCATTOLA, Merio, *Zu einer europäischen Wissenschaftsgeschichte der Politik.* In: *Werkstatt Politische Kommunikation: Netzwerke, Orte und Sprachen des Politischen – Officina Communicazione politica. Intrecci, Luoghi e linguaggi del 'politico'*, hrsg. ANTENHOFER. Christina, REGAZZONI. Lisa, VON SCHLACHTA, Astrid, Göttingen, 2010, S. 23-54.

7 Zur Entwicklung des Politikunterrichts an deutschen Universitäten siehe unter anderem: WEBER, Wolfgang, *Prudentia gubernatoria. Studien zur Herrschaftslehre in der deutschen politischen Wissenschaft des 17. Jahrhunderts*, Tübingen, 1992.; MAIER, Hans, Die Lehre der Politik an den deutschen Universitäten vornähmlich vom 16. bis 18. Jahrhunderts. In: *Wissenschaftliche Politik. Eine Einführung in Grundfragen ihrer Tradition und Theorie*. Hrsg. OBERNDÖRFER, Dieter, Freiburg am Breisgau, 1962, S. 59-116.; BLEEK, Wilhelm, *Geschichte der Politikwissenschaft in Deutschland*, München, 2001, besonders S. 52-88.; PHILIPP, Michael, *Polyarchiewissenschaft. Die Geburt der Politikwissenschaft in Deutschland im 17. Jahrhundert*, Habilitationsschrift, Augsburg, 2003.

8 PHILIPP, *Die frühneuzeitliche Politikwissenschaft, z. W.,* S. 66.

zum Ende des 16. Jahrhunderts gar nicht oder nur sporadisch in den *Curricula* der protestantischen deutschen Universitäten erschien. Aber die Lage änderte sich nach 1600 ziemlich rasch und entscheidend,[9] denn seitdem ordneten eine Reihe der Universitäten im Reich statutarisch den Unterricht der *politica* an, und die Politikwissenschaft wurde in Form von entsprechenden Professuren in mehreren philosophischen Fakultäten institutionalisiert. Seitdem sind autonome, oder mit anderen philosophischen Lehrgegenständen verbundene „Lehrstühle" zu beobachten. Diese Professoren boten im Laufe der Zeit immer mehr Studenten den Lehrstoff eines immer mehr wachsenden Wissensgebietes, und dies bedeutete die Etablierung und das Aufblühen einer „neuen" Wissenschaft an den deutschen Universitäten. Weniger als eine Generation brauchte man zur Herausbildung einer eigenen Fachsprache und Terminologie und zur Systematisierung der Lehren und Theorien sowie zur Ausarbeitung der geeigneten Unterrichtsmethoden, die zum Erwerben der erwarteten Fachkenntnisse als nötig und angebracht erachtet wurden. Die Politik erfüllte immer mehr die Voraussetzungen, die vom Humanisten einer praktischen Wissenschaft entgegen gestellt wurden.[10]

Seit der Wende zum 17. Jahrhundert etablierte sich also die *Politica* als ein autonomes Wissensgebiet unter den damaligen Universitätsdisziplinen, aber durch ihre eigentümlichen Fragestellungen und Erkenntnisziele sonderte sie sich von den anderen Lehrgegenständen der philosophischen Fakultäten auch ab. Aber die enge Beziehung mit den wichtigsten Nachbardisziplinen, worauf die Politik einerseits inhaltlich aufbaute und wovon sie andererseits methodisch profitierte, blieb erhalten. Diese Disziplinen waren die Ethik und Moralphilosophie sowie die Geschichte, die Rhetorik, die Logik und Dialektik, und besonders die Philologie. Diese Letzte widmete sich der Erschließung solcher antiken Texte, deren Interpretation für die Politik immanente Bedeutung hatte.[11] An den philosophischen Fakultäten, wo keine selbstständige Professur vorzufinden war, kamen die Präsiden der *disputationes politicae* aus der Reihe der Vertreter dieser Disziplinen, oder konnte der Politikprofessor auch bei Streitgesprächen dieser Fächer präsidieren. Es ist kein Zufall, dass Professoren der Politik gewöhnlich im parallelen oder zeitlich versetzten Unterricht der hier erwähnten Disziplinen teilnahmen.

Der Ausbau der organisatorischen Rahmen, die Anstellung von Professoren war natürlich kein Selbstzweck. Die landesfürstlichen und städtischen Hauptschulen haben damals ganz gut verstanden, die „Nachfrage" seitens der Studenten zu erfüllen. Und es ist unbestreitbar, dass das Wissen, was von den Politiklehrstühlen und von „nebenbeschäftigten" *politica*-Professoren angeboten wurde, seit dem Ende des 16. Jahrhunderts sehr gefragt war.

Parallel mit dem sich erhöhenden Interesse für die Rechtswissenschaft und besonders für das öffentliche Recht[12] an der Jahrhundertwende zum 17. Jahrhundert sowie mit der massenmäßigen Erscheinung der Studenten von adeliger Abstammung an den deutschen protestantischen Universitäten, zeigte es sich ein ziemlich hohes Interesse für solche geschulte Leute, die sich als in der *politica* bewandert aufweisen konnten.[13]

Die Theoretiker der sich immer mehr etablierenden Politikwissenschaft sind davon ausgegangen, dass die *politica* als Königsdisziplin, als führendes Wissensgebiet auf alle Probleme und Herausforderungen des damaligen Staats- und sozialen Lebens wenigstens eine rationale, sachgerechte und praktische Antwort zu geben fähig werde. Dieses Versprechen wurde besonders in der ideellen Konzeption des *Politicus* erfasst, der als umfassend und am höchsten Niveau ausgebildeter Staatsmann, immer die geeigneten Antworten zu finden imstande sein werde. Der *Politicus* sei in der Lage, die Krisenerscheinungen zu erkennen und Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Nur er sei zur Ausbau, zur Führung, zur Reparation und Aufrechterhaltung einer Gemeinschaft fähig. Der *Politicus* habe nämlich alle drei Gebiete der politischen Weisheit zu beherrschen: Er habe die Weisheit des Gesetzgebers (*prudentia architectonica – legumlatoria*) und des Ratgebers (*prudentia consultatoria – deliberativa*) sowie des Rechtsanwenders (*prudentia judiciaria*) zu besitzen.[14] Allein der *Politicus* könne die Gesetze des Funktionierens einer Gemeinschaft, einerseits die Beziehung zwischen der Verfassung und der Regierungsform, andererseits die mentalen Motive der Bevölkerung sowie die weiteren Rahmenbedingungen der Existenz des Gemeinwesens (geografische Lage, Naturressourcen, die soziale Zusammensetzung der Bevölkerung) erkennen. Er sei dazu durch seine Studien befähigt, denn er habe während seines Studiums genügende Literatur aufgearbeitet und habe sich dadurch sowohl genügende normative als auch ausreichende historisch-empirische Kenntnisse angeeignet.[15]

Es ist auch unzweifelhaft, dass die interdisziplinäre Offenheit der *politica* wirklich geeignet war, das vielseitige Wissen anderer Fächer (wie gesehen, der Geschichte, der Ethik, der Jurisprudenz und anderer „*artes*") zu integrieren.

Es ist weiterhin wichtig zu bemerken, dass die Rechtswissenschaft, der leitende Wissenszweig des 17. Jahrhunderts,

[9] PHILIPP, *Die frühneuzeitliche Politikwissenschaft, z. W.,* S. 70.

[10] PHILIPP, Michael, Über das Studium der Politik: Propädeutische Ratschläge des Altdorfer Gelehrten Christoph Coler aus dem Jahr 1601. In: *Politikwissenschaftliche Spiegelungen*. Festschrift für Theo Stammen. Hrsg. BERG-SCHLOSSER, Dirk, RIESCHER, Gisela, WASCHKUHN, Arno, Opladen, Wiesbaden, 1998, S. 47–59.

[11] PHILIPP, Michael, Politische Dissertationen im 17. Jahrhundert. In *Promotionen und Promotionswesen an deutschen Hochschulen der Frühmoderne.* Hrsg. MÜLLER, Rainer, Köln, 2001, S. 39.

[12] Sehr detailliert darüber: STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschaland. I*., München, 1988.

[13] Zusammenfassend siehe bezüglich der Entwicklung unter anderem PHILIPP, Michael, Die frühneuzeitliche Politikwissenschaft im 16. und 17. Jahrhundert. In: *Schulen in der deutschen Politikwissenschaft,* Hrsg. BLEEK, Wilhelm, u.a., Opladen, 1999, S. 61-78.; SCATTOLA, *Zu einer europäischen Wissenschaftsgeschichte, z. W.*

[14] Zur Frage siehe WEBER, Wolfgang E. J., Die Erfindung des Politikers. Bemerkungen zu einem gescheiterten Professionalisirungskonzept der deutschen Politikwissenschaft des ausgehenden 16. und 17. Jahrhunderts. In: *Aspekte der politischen Kommunikation im Europa des 16. und 17. Jahrhunderts*. Hrsg. SCHORN-SCHÜTTE, Elise, München, 2004, S. 347-370.

[15] Bezüglich der Studien des *Politicus* siehe detailliert WEBER, *Prudentia gubernatoria*, *z. W*., S. 31-42.

entscheidend zur Befestigung der *politica*, als selbstständiger Disziplin beigetragen hat. In diesem *Saeculum* konnte man die Politik – nach dem gut bekannten Topos – als Dienstmagd der Jurisprudenz betrachten: Die *politica* wurde als eine Art Grundwissen für die angehenden Jurastudenten angesehen.

Zwischen den zwei Wissensgebieten sind signifikante Überlappungen zu beobachten, und während des 17. Jahrhunderts teilten sie untereinander – in bestimmter Hinsicht – auch die Studenten, die durch schulmäßigen Unterricht solche Kenntnisse erwerben wollten, die später im öffentlichen Leben anwendbar sein konnten. Die Rechtswissenschaft bedeutete also ein konkurrierendes Wissensfeld für die *Politica*, viel eher als die Theologie oder die Ethik. Der Ethik gegenüber kann man eine gewisse Überlegenheit der Politik feststellen, aber sie konnte die überkommene Hierarchie der Wissenschaften – besonders die Dominanz der Theologie und der Jurisprudenz – nicht infrage stellen. Die Vertreter der Politikwissenschaft, die in bestimmter Hinsicht damals als Königsdisziplin betrachtet wurde, versuchten ihre Überlegenheit gegenüber der Religionswissenschaft und dem Rechtwissen so zu begründen, dass sie die Rechtskenntnisse nur an das Gebiet der Rechtsanwendung zurückdrängen wollten, während sie die Theologie ganz aus dem Bereich des weltlichen öffentlichen Lebens auszuschließen dachten.

Der synoptische und allgemeine Charakter der so vorgestellten Politikwissenschaft war jahrzehntelang allgemein akzeptiert, aber dies zeigte sich schon im ausgehenden 17. Jahrhundert eher als nachtteilig. Das Gebiet des als politisch anzusehenden Wissens war bis zu dieser Zeitetappe so angewachsen, dass sich das bis dahin überschaubares System der Politikwissenschaft und die Gefüge der mehr oder weniger geschlossenen politischen Gedankenmuster aufzulockern begannen. Die *politica* wurde immer vielschichtiger und dieser Prozess führte zur Ausgliederung verschiedener Subdisziplinen. So verselbstständigte sich zum Beispiel die Staatenkunde, die sich damals der Beschreibung der existierenden Staaten und der Analyse ihrer Staatsordnung widmete.[16] Dann im 18. Jahrhundert traten neue Disziplinen und Lehrgegenstände neben und sogar anstelle der Politik. Neben anderen waren solche Wissensgebiete das schon im 17. Jahrhundert sich etablierende Naturrecht,[17] und später die Polizeiwissenschaft (Policey) [18] und die Kameralistik.

Es scheint eindeutig zu sein, dass die *politica* (zusammen mit anderen Wissensgebieten) während des 17. Jahrhunderts unzweifelhaft wichtigen Ansprüchen genügte: In Vereine mit der Rechtswissenschaft trug sie einerseits dazu bei, dass die Nachfrage für gebildete Fachkräfte des frühneuzeitlichen Staates erfüllt wurde, andererseits ermöglichte sie die Professionalisierung der Staatsverwaltung sowie die Rationalisierung der politischen Entscheidungen und die Definierung bzw. Säkularisierung der Staatszwecke. Besonders im Lichte der Schockwirkung des Dreißigjährigen Krieges konnte die *politica* zur Überwindung der verheerenden Wirkungen der konfessionellen Meinungsverschiedenheiten beisteuern. Sie half, die Wichtigkeit einer geordneten Gesellschaft zu erkennen. Sie trug bis zu einem Grad zur Stabilisation des Reichssystems sowie der einzelnen Fürstentümer und Stadtstaaten bei.

Durch die Tätigkeit der Politikprofessoren erwachsen die Universitäten zugleich zu zentralen Institutionen der Auseinandersetzungen über theoretische und praktische Fragen der Politik sowie zu „Beratungszentren" in Sache der Politik und des öffentlichen Lebens. Die unterrichtsmäßige und wissenschaftliche Beschäftigung mit der *politica* erhöhte erheblich auch das Ansehen der Universitäten, die wieder einmal als Ausbildungsstätte der Staatsdiener angesehen werden konnten. Die Universitäten spielten also eine unumgängliche Rolle in den politikwissenschaftlichen Auseinandersetzungen, und diese Führungsrolle mussten sie nur am Ende des Jahrhunderts den Fürstenhöfen gegenüber abtreten, die sich als neue Zentren des politischen Wissens zu etablieren begonnen.

Selbstverständlich manifestierte sich die *politica*, als autonomer Wissenszweig in erster Linie durch das Schaffen einer eigenständigen Literatur.[19] Am Anfang bildeten die Kommentare der politisch einzustufenden Werke der antiken Verfasser, vor allem die *Politica* des Aristoteles und die historischen Arbeiten von Tacitus, Sallust und andere das Grundtextkorpus des Gebietes. Der politische Nachlass von Aristoteles wurde besonders um die Wende der 16-17. Jahrhunderten unter die Lupe genommen, intensiv analysiert und seine Thesen wurden in Synopsen zusammengefasst.[20] Eine zweite Gruppe der literarischen Werke bildeten die mehr oder weniger systematisch dargelegten Staatslehren und Politiken, unter denen die Arbeiten von Bodin und Lipsius eine besondere Bedeutung bekamen, aber erfuhren auch die Zusammenfassungen von bestimmten deutschen Verfassern eine große Beliebtheit und fanden außergewöhnliche Beachtung in der universitären Lehre der Politik.[21]

---

[16] SEIFERT, Arno, Staatenkunde: Eine neue Disziplin und ihr wissenschaftstheoretischer Ort. In: *Statistik und Staatsbeschreibung in der Neuzeit vornehmlich im 16.-18. Jahrhundert*. Hrsg. RASSEM, Mohammed, STAGL, Justin, SCHÖNING, Ferdinand, Paderborn, München, Wien, Zürich, 1980, S. 217-248.

[17] SCATTOLA, Merio, *Von der Politik zum Naturrecht. Die Entwicklung des allgemeinen Staatsrechts aus der* politica architectonica*. In:* Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIII[e]-XVIII[e] sičcle) ed. KRYNEN, Jacques, STOLLEIS, Michel (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, 229), Frankfurt am Main, 2008, S. 411-443.

[18] OESTREICH, Gerhard, Policey uns Prudentia civilis in der barocken Gesellschaft von Stadt und Staat. In: Stadt-Schule-Universität-Buchwesen und die deutsche Literatur im 17. Jahrhundert, Hrsg. SCHÖNE, Albrecht, München, 1976, S. 10-21.

[19] PHILIPP, *Die frühneuzeitliche Politikwissenschaft, z. W.,* S. 63. und 67-68.

[20] PHILIPP, Michael, Berufsperspektiven von Politikstudenten des 17. Jahrhundert. In: *Bilder – Daten – Promotionen. Studien zum Promotionswesen an deutschen Universitäten der frühen Neuzeit*, Hrsg. LIESS, Hans-Christoph, VOM BRUCH, Rüdiger, Stuttgart, 2007, S. 134.

[21] Unter Anderem siehe: ARNISAEUS, Henning: *Doctrina Politica In Genuinam Methodum, Quae Est Aristotelis, Reducta, Et Ex Probatissimis Quibusque Philosophis, Oratoribus, Iurisconsultis, Historicis & c. breviter comportata, & explicata*, Frankfurt, 1606.; LIEBENTHAL, Christian: *Collegium Politicum, In Quo de Societatibus, Magistratibus, Iuribus Maiestatis, Et Legibus Fundamentalibus. Item De Universa Ac Summa Repub. Romana, Utpote, De Imperatore, Rege Romanorum & Statibus Romani Imperii: Ut Et De Nobilitate, Equestri Dignitate, Consiliariis, Legatis, Officiariis, legibus, earundemq[ue] executione: Nec non De Pace Religiosa, Iure Episcopali Et patronatus, Iure Belli… methodice & perspicue tractatur*, Gießen, 1619.

Im Laufe der Zeit wurden dann auch umfangreiche Lehrbücher verfasst, die das thematische Spektrum der Politikwissenschaft zusammenzufassen und systematisch darzulegen versuchten. Daneben wurden für die Studenten auch kurze propädeutische Kompendien dargeboten.[22] In Folge der quantitativen Vermehrung der Drücke, die zum Wissensgebiet der *Politica* gehörig anzunehmen waren, erschienen wenig nach 1600 auch die ersten Spezialbibliografien[23] und entwickelte sich auch ein besprechendes bzw. rezensierendes Begleitschrifttum aus.[24] In immer größeren Umfang und Zahl entstanden dann im Laufe des Jahrhunderts solche monografischen Werke, die sich mit Spezialfragen beschäftigten. Die Themenvielfalt dieser Werke ist gar nicht zu überschauen: Als kennzeichnend können wir hier die sehr populäre *Arcana*-Literatur (*arcana imperii*),[25] weiterhin die weite Gruppe der Werke, die mit den Eigentümlichkeiten des politischen Systems des Reiches sich auseinandersetzten sowie das Funktionieren der verschiedenen Staaten analysierenden sog. Staatslehren herausheben.

Streitgespräche und Disputanten – von da und von hier

Unter den gedruckten Publikationen, die sich mit dem Wissensgebiet *politica* in der 16-17. Jahrhunderten beschäftigten, bildeten die Disputationen und Dissertationen[26] die zahlenmäßig größte Gattungsgruppe. Während des 17. Jahrhunderts wurden etwa 3000 solche Heftchen im Umfeld der damaligen deutschen Universitäten, der philosophischen und juristischen Fakultäten gedruckt.[27]

Diese überkommenen Schriften können – schon wegen ihrer Anzahl – als einen der wichtigsten Quellenbasis zum Erkenntnis der zeitgenössischen Politikwissenschaft und zur Rekonstruktion der zeitgenössischen Wissenswelt der *politica* angesehen werden. Wegen des Massencharakters der Schriften können sie uns zeigen, welche die Universitäten waren, wo die Politikwissenschaft besonders intensiv kultiviert wurde, wer waren die herausragenden Vertreter des Faches an einer Fakultät oder im Allgemeinen sowie wer waren die Studenten und aus welchen Zwecken sie sich mit der breiten Materie der *politica* auseinandersetzten.

Nach unserem heutigen Wissen und bestimmt durch unsere Auswahlkriterien sind unter diesen Streitschriften wenigstens 70, die in Verbindung mit den Universitätsstudien eines aus Ungarn oder aus Siebenbürgen stammenden, also als *Hungarus* oder als *Transsylvanus* einzustufenden Peregriner entstanden sind.

Bei der Auswahl der Schulschriften musste man bestimmte Abgrenzungen erwägen. Trotz der Tatsache, dass vielleicht aus inhaltlicher Sicht die rhetorischen Übungsdeklamationen (*orationes*) politischen Inhalts zu berücksichtigt werden könnten, haben wir diese literarische Gattung aus unserer Sammlung von Disputationen ausgeklammert. Es ist hier zu bemerken, dass die Themen der damaligen *politica* im Unterricht nicht ausschließlich durch die Streitgespräche zu verarbeiten waren: Unser ungarisches Material zeigt nämlich, dass besonders um die Wende zwischen der 16. und 17. Jahrhunderten die politikwissenschaftlich interessanten Themen häufig in Form von solchen *orationes* verarbeitet wurden, die ihr Tenor sich aus den Texten der Schriftsteller der griechisch-römischen Antike schöpften. In dieser Studie werden diese Werke nicht berücksichtigt.

Unten werden nur die Drücke aufgelistet, die mit der Respondenten-Tätigkeit eines, aus Ungarn oder aus Siebenbürgen kommenden (im Folgenden generell als Ungarländer/Ungarnstämmig genannten) Studenten zur Verbindung zu bringen sind. Es ist immerhin zu bemerken, dass in einigen Fällen ungarische Personen bei politischen Streitgesprächen auch als *praesides* in Erscheinung getreten sind.

Allgemein betrachtet wurden 80 % der damaligen Streitschriften als *disputatio* oder als *dissertatio* (*politica*) betitelt. Neben diesen Bezeichnungen kommen die Gattungsangaben *exercitatio*, *discursus*, *disquisitio*, *quaestio* und *theses* (*politic/us/a/ae*) vor. Diese Abweichungen könnte man bloß als stilistische, und nicht als inhaltliche Differenzen betrachten.

Natürlich kann bei der Identifizierung einer Schrift als politikwissenschaftliche Arbeit ihre Titelseite auch ganz behilflich sein, denn in vielen Fällen wird schon am Front mitgeteilt, dass hier um eine *disputatio politica* handelt. Unter den diesbezüglichen Drucken traten ziemlich häufig auch politisch-juristische

---

[22] Einige Beispiele: BESOLD, Christoph: *Synopsis doctrinae politicae*, Cellius, Tübingen, 1620.; GEILFUS, Johannes: *Opusculum Politicum: In quo Civilis Et Architectonica Prudentia, succincte proposita, exhibetur*, Tübingen, 1628.; CELLARIUS, Balthasar: *Politica Succincta, Ex Aristotele potissimum eruta, Ac Ad Praesentem Imperii Romani Statum pluribus in locis accommodata: Cuius Synopsin Et Delineationem generalem Tabella praefixa exhibet. Accessere in fine Indices duo locupletissimi*, Reiffenbergerus, Helmstedt, 1641.

[23] Dazu siehe SCATTOLA, Merio, Der 'Anweisende Bibliothecarius': Politische Bibliographien als Instrumente der Bewahrung und Vermittlung von Wissen. In: *Wissensspeicher der Frühen Neuzeit: Formen und Funktionen*, Hrsg. GRUNERT, Frank, SYNDIKUS Anette, Berlin, Boston, 2015, S. 165-202.; SCATTOLA, Merio, Geschichte der politischen Bibliographie als geschichte der politischen Theorie, *Wolfenbütteler Notizen zur Buchgeschichte* (1995), S. 1-36.

[24] Zu dieser Entwicklung der literarischen Gattungen siehe WEBER, *Prudentia gubernatoria*, z. W., S. 67-80. Zusammenfassend PHILIPP, *Berufsperspektiven*, *z. W.*, S. 134-135.

[25] STOLLEIS, Michael, *Arcana imperii und Ratio status, Bemerkungen zur politischen Theoriedes frühen 17.Jahrhunderts*, Göttingen, 1980.

[26] Der heutige Wortgebrauch macht einen Unterschied zwischen *disputatio*, als sprachlicher Akt, und ihrer Druckform, die häufig als (alte) Dissertation bezeichnet wird. Bezüglich des 17. Jahrhunderts könnte man die zwei Ausdrücke als synonyme betrachten. (Zur Unterscheidung der zwei Begriffe siehe: MARTI, Hanspeter, Disputation. In: *Historisches Wörterbuch der Rhetorik 2*, Hrsg. UEDING, Gert, Darmstadt, 1994, S. 866-880.; MARTI, Hanspeter, Dissertation. In: *Historisches Wörterbuch der Rhetorik 2*, *z. W.*, S. 880-884.; MARTI, Hanspeter, Dissertation und Promotion an der frühneuzeitlichen Universitäten des deutschen Sprachraums. Versuch eines skizzenhaften Überblicks. In: Promotionen und Promotionswesen an deutschen Universitäten der Frühmoderne, Hrsg. MÜLLER, Rainer A. Köln, 2001, S. 4.; MARTI, Hanspeter, Dissertationen. In: Quellen zur frühneuzeitlichen Universitätsgeschichte. Typen, Bestände, Forschungsperspektiven, Hrsg. RASCHE, Ulrich, Wiesbaden, 2011, S. 294.

[27] PHILIPP, Michael, *Politische Dissertationen, z. W.,* S. 21-44.; PHILIPP, Michael, Politica un Patronage. Zur Funktion von Widmungsadressen bei politischen Dissertationen des 17. Jahrhundert. In: *Disputatio 1200-1800. Form, Funktion und Wirkung eines Leitmediums universitärer Wissenskultur.* Hrsg. GINDHART, Marion u. a., Berlin-New York, 2010, S. 232.

Disputationen im Vorschein. Wir treffen im Katalog der an deutschen Universitäten verteidigten Streitschriften die Betitelung *„disputatio juridico-politica,"* beziehungsweise *„disputatio nomico-politica"* öfters an, während andere Fach-Paarungen kamen eher selten vor. Bei 40 % der bekannten politischen Disputationen aus dem Reich konnte man bei der fachspezifischen Einordnung die Gattungsbezeichnungen nicht zur Rate ziehen, sondern die Texte mussten inhaltlich eingehender untersucht werden.[28]

Während der Bearbeitung und Auflistung des ungarischen Materials haben wir einige Streitschriften – trotz der am Titelblatt angegebenen Gattungsbezeichnung – in unsere Liste aufgenommen, weil der Inhalt der Texte dies legitimierte: Einige *disputationes ethicae* wurden dadurch als politikwissenschaftlich wertvoll eingestuft.[29]

Die wissenschafts- und universitätsgeschichtliche Bedeutung der Disputationen wurde in den letzten drei Jahrzehnten nach und nach von den Vertretern der verschiedenen historischen Forschungsprogramme erkannt. Diese Quellengruppe ist nämlich geeignet, ein allgemeines Bild darüber zu vermitteln, was und wie hinsichtlich der einzelnen Fächer an den Universitäten der frühen Neuzeit unterrichtet wurde,[30] wie das Wissen vermittelt wurde und wie es sich verbreitete, welche Chancen bestanden zur Aneignung des Erlernten.[31] Denn die Disputationen stammten aus dem tagtäglichen Lehrbetrieb und deshalb können davon einen fast unmittelbaren Eindruck vermitteln. Die Disputationen gewähren einen Einblick in die Themen und Diskurse, für die Professoren und ihre Studenten Interesse zeigten.

Es ist allgemein bekannt, dass die Disputationen an den frühneuzeitlichen Universitäten ebenbürtig den Vorlesungen die wichtigste Unterrichtsveranstaltungsform darstellten.[32] Den Vorlesungen entgegen bedeuteten die Streitgespräche keine zweipolige und nur in eine Richtung verlaufende Kommunikation zwischen Lehrer und Schüler, sondern eine mehrseitige Interaktion kam durch sie zustande, denn die akademische Streitveranstaltung hatte mehrere Mitwirkende: Ein Professor oder ein anderer Lehrer (seltener ein Student von höherem Jahrgang) leitete als *praeses* die Veranstaltung, die gegebenenfalls sogar zwei-drei Stunden in Anspruch nahm. Weiterhin musste ein Student (*respondens, defendens*) daran teilnehmen, der seine Thesen im Zusammenhang mit dem bearbeitenden Themenfeld vorzutragen hatte, während seine ausgewählten Kommilitonen (als Opponenten) es versuchten, den Wahrheitsgehalt der vorgetragenen Thesen in Zweifel zu ziehen.[33] Die Veranstaltungen fanden unter der Obhut und mit Erlaubnis der zuständigen (im Falle der Politikdisputationen der philosophischen) Fakultät statt und waren im Allgemeinen frei zugänglich. Nach den Statuten der verschiedenen Fakultäten konnte es auch vorgeschrieben werden, dass nicht nur die betroffenen Studenten, sondern auch die anderen Professoren bei den Disputationen zu erscheinen waren. Im Falle von Probe- oder Übungsdisputationen war es natürlich auch möglich, die Streitgespräche in engerem Kreis zu veranstalten, wo nur die Mitglieder des fraglichen *collegium*s (im heutigen Sinne des Seminars) teilnehmen durften.[34]

Die *disputatio* als Lehrmetode stand natürlich in einer sehr engen Beziehung mit dem Rhetorik-, Dialektik- und Logikunterricht. Im Lichte der Bildungsideale und Bildungsziele der frühen Neuzeit (die *sapientia et eloquentia*, oder anders ausgedrückt die *ratio et oratio*)[35] war der Respondent gezwungen, sein Wissen logisch zu ordnen und in einer komplexen kommunikativen

---

[28] PHILIPP, *Politische Dissertationen, z. W.,* S. 22-23.

[29] Natürlich kann diese Vorgehensweise nicht unbedingt einwandfrei sein. Man könnte die Aufnahme der Schriften Nr. 15. und 53. opponieren und gleichzeitig weitere ähnliche Texte (z. B. Nr. 2455, und 3713. aus RMK = Szabó Károly, Hellebrant Árpád, *Régi Magyar Könyvtár III. Magyar szerzőktől külföldön 1480-tól 1711-ig megjelent nem magyar nyelvű nyomtatványoknak könyvészeti kézikönyve 1-2* [Alte Ungarische Bibliothek. Bibliografisches Handbuch der von ungarischen Autoren im Ausland erschienenen Bücher zwischen 1580-1711, 1-2.], Budapest, 1896-1898.) zur Berücksichtigung empfehlen.

[30] HAMMERSTEIN, Notker, Universitäten des Heiligen Römischen Reiches deutscher nation als Ort der Philosophie des Baroc, In: Hammerstein, Notker, *Res publica litteraria. Ausgewählte Aufsätze zur frühneuzeitlichen Bildungs-, Wissenschafts- und Universitätsgeschichte*, Hrsg. MUHLACK, Ulrich, WALTHER, Gerrit, Berlin, 2000, S. 97.

[31] SCHINDLING, Anton, *Bildung und Wissenschaft in der frühen Neuzeit 1650-1800*, München, 1994, S. 52.

[32] Über die Bedeutung der frühneuzeitlichen Disputationen und die Bedeutungsveränderung siehe aus der sehr umfangreichen Literatur: HORN, Ewald, *Die Disputationen und Dissertationen an den Deutschen Universitäten vornehmlich seit dem 16. Jahrhundert*. Leipzig, 1893.; MARTI, Hanspeter, *Philosophische Dissertationen deutscher Universitäten 1660-1750. Eine Auswahlbibliographie*, München, 1982.; ALLWEIS, Werner, Von der Disputation zur Dissertation. Das Promotionswesen in Deutschland vom Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert, In: *Dissertationen in Wissenschaft und Bibliotheken*, Hrsg. JUNG, Rudolf, KAEGBEIN, Paul, München, 1979.; MOMMSEN, Karl, Disputationen als historische Quelle, In: MOMMSEN, Karl, *Katalog der Basler juristischen Disputationen 1558-1818*, Hrsg. KUNDERT, Werner, Frankfurt am Main, 1978, S. 15-18.; FREEDMAN, Joseph S., Disputations in Europe in the early Modern Period, In: *Hora est! On dissertations*, Leiden, 2005, S. 30-50.; FREEDMAN, Joseph S., Published academic disputations int he context of other information formats utilized primarly in Central Europe (c. 1550-c.1700), In: *Disputatio 1200-1800. Form, Funktion und Wirkung eines Leitmediums universitärer Wissenskultur.* Hrsg. GINDHART, Marion u. a., Berlin-New York, 2010, S. 89-128.

[33] FÜSSEL, Marian, Die Gelehrtenrepublik im Kriegszustand. Zur bellizitären Metaphorik von gelehrten Streitkulturen der Frühen Neuzeit. In: *Gelehrte Polemik. Intellektuelle Konfliktverschärfungen um 1700*, Hrsg. BREMER, Kai, SPOERHASE, Carlos, Frankfurt am Main, 2011, S. 158-175.; TRAININGER, Anita, Hahnenkampf. Agon und Aggression in akademischen Disputationen der frühen Neuzeit. In: *Macht Wissen Wahrheit*, Hrsg. HEMOFER, Klaus W., TRAININGER, Anita, Freiburg im Br., Berlin, 2005, S. 167-181. PHILIPP, *Politische Disserationen, z. W.,* S. 30.

[34] Siehe diesbezüglich AHSMANN, Margreet, *Collegia en colleges: Juridisch onderwijs aan de Leidse Universiteit 1575-1630, in het bijzonder het disputeren,* Groningen, 1990, S. 327-330.; DERS., *Collegium und Kolleg: Der juristische Unterricht an der Universität Leiden 1575-1630 unter besonderer Berücksichtigung der Disputationen*, Frankfurt am Main, 2000, S. 239-252; DERS., Teaching in collegia: the organization of disputationes at Universities in the Netherland and in Germany during the 16th and 17th centuries = *Universitŕ in Europa: Le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai nostri giorni - strutture, organizzazione, funzionamento*, Hrsg. ROMANO, A., Messina, 1995, S. 99-114. und P. SZABÓ Béla, Erhard Artner jogi tanulmányai Tübingenben a 17. század elején [Die juristische Studien von Erhard Artner aus Ödenburg am Anfang des 17. Jahrhunderts], *Soproni Szemle*, (2012), S. 367-368.

[35] HAMMERSTEIN, Notker, Universitäten und Reformation. In: HAMMERSTEIN, Notker, *Res publica litteraria. Ausgewählte Aufsätze zur frühneuzeitlichen Bildungs-, Wissenschafts- und Universitätsgeschichte*. hg. MUHLACK, Ulrich, WALTHER, Gerrit, Berlin, 2000, S. 392.

Situation (mindestens mit vier Polen) rhetorisch überzeugend vorzutragen. Infolge dessen ist es wichtig zu betonen, dass anlässlich der Streitveranstaltungen in erster Linie nicht die „wissenschaftliche" Leistung der Respondenten geprüft wurde. Es war viel wichtiger festzustellen, ob der Student fähig wäre, die Feststellungen, die aus der durchgearbeiteten Literatur ausgefiltert wurden, in den Rahmen der in der universitären Welt für jedermann bekannten rhetorischen Spielregeln – mit Können – zu ordnen, vor einem Publikum vorzuführen und gegenüber den Einwendungen der Opponenten zu verteidigen.

Die Thesen, die für die Diskussion als Basis dienten, wurden seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts immer öfter gedruckt. Diese Gewohnheit, welche sich in anderen Wissensgebieten und Fakultäten einbürgerte, wurde seit dem Anfang des nachfolgenden Jahrhunderts auch bei den politikwissenschaftlichen Disputationen üblich. Diese 10-30 Seiten starken, auf die Nachwelt überkommenen Heftchen (*disputationes-dissertationes*) werden von den Wissenschafts- und Universitätshistorikern als die Vorzeichen der späteren monografischen Literatur der verschiedenen Wissenschaftsgebiete angesehen.[36]

In der damaligen akademischen Welt können wir verschiedene Funktionen der Disputationen beimessen.[37] Seitens der Studenten trugen die Streitgespräche – auch im Bereich der *politica* –einerseits zum Erwerb fester Kenntnisse über die Grundbegriffe und Grundfragen des gegebenen Faches/Lehrgegenstandes bei. Durch sie konnte der Respondent seine Fortschritte im Studium unter Beweis stellen. Andererseits waren die Disputationen die wichtigsten Mittel zum Sammeln, zur verhältnismäßig intensiven Aufarbeitung und Weitergabe des überkommenen Wissens und der historischen Erfahrungen. In vielen Fällen dienten die Disputationen als Grundlage zur Zusammenstellung systematischer Lehrbücher (z. B. *Systema politicae, Institutiones politicae*), oder Kompendien (z. B. *Collegia politica, Opera politica*).[38] Des Weiteren, da im Falle der Disputationen die Erschließung der Kenntnisse nach systematischen Gesichtspunkten erfolgte und dies zur Weiterbildung der sich aus den aristotelischen Traditionen herleitenden Typologien und Konzeptionen beitragen konnte, konnten sie die vollständige Umformung der Untersuchungsgegenstände und die Ausformung neue Theorieansätze begünstigen. Weiterhin konnten die Disputationen auch zur „wissenschaftlichen" Aufarbeitung der zeitgenössischen Erfahrungen und Ereignisse, zur Rückkoppelung des theoretischen Wissens auf die alltägliche Wirklichkeit sowie zur Beurteilung der Anwendbarkeit der erworbenen Kenntnisse beitragen. Die bei den politischen Disputationen präsidierenden Professoren und Adjunkten konnten durch diese Veranstaltungen und durch die daraus resultierenden Druckschriften einerseits die Nützlichkeit des Wissensgebietes sowie die Entwicklungsfähigkeit des Faches, andererseits ihr eigene wissenschaftliche Schaffungsfähigkeit unter Beweis stellen. Schließlich konnten die Studenten, die bei solchen Streitveranstaltungen als Respondenten mitwirkten, dadurch ihre Fortschritte im Studium und gegebenenfalls ihre Eignung für die Übernahme eines weltlichen oder geistlichen Amtes bescheinigen.[39] Dieser Karriereplanungsansatz konnte schon bei der Auswahl des jeweiligen Betreuers (*praeses*) und des Disputationsthemas eine bestimmte Rolle spielen.[40]

In ihrer gedruckten Form dienten also die Disputationen als wichtige Medien der Wissensvermittlung und der Klärung von Meinungsverschiedenheiten für die Mitglieder der *res publica litteraria*, der akademischen Öffentlichkeit. Die Druckschriften erreichten ein ziemlich breites Publikum, obwohl sie meistens nur in 100-200 Exemplaren ausgefertigt waren.[41]

Was das Interesse für die politischen Streitgespräche im Unterrichtsbetrieb der deutschen protestantischen Universitäten anbetrifft, muss man vergegenwärtigen, dass die Zahl der bis zum Wende zum 17. Jahrhunderts nur sporadisch auftauchenden *disputationes politicae* danach sprunghaft angewachsen war.[42] Während in den vorangehenden Jahrzehnten nur einige Dutzende von solchen Streitschriften unter Druck kamen, in den zweiten und dritten Dezennien des Saeculums wuchs ihre Zahl auf mehrere Hunderte. Die Jahre vor dem Dreißigjährigen Krieg bedeuteten den ersten Höhepunkt der Literaturgattung. Der Krieg verursachte einen ziemlichen Rückgang der Zahlen, obwohl dieser Rückfall – gemessen zu Verwirrungen des Krieges – nicht so groß war. Die Jahrzehnte nach dem Krieg bedeuteten die absolute Glanzperiode der *politica*-Disputationen. Unter ihnen ragten die 60er Jahre heraus, während deren etwa 500 Streitschriften im Reich erschienen. Im letzten Drittel des Jahrhunderts gingen die Zahlen schon

---

[36] Unter anderem wird von Dreitzel betont, dass man das Ziel der *dissertationes politicae* nicht bloß in der mechanischen Rückgabe und Wiederholung des Lehrkanons erblicken soll, sondern die Streitschriften können auch als die ersten Erscheinungsformen der monografischen Forschung betrachtet werden. Siehe DREITZEL, Horst, *Monarchiebegriff in der Fürstengesellschaft. Semantik und Theorie der Einherrschaft in Deutschlend von der Reformation bis zum Vormärz*, Köln, Weimar, Wien, 1991, S. 457.

[37] Bezüglich der Folgenden siehe GINDHART, Marion, KUNDERT, Ursula, Einleitung. In: *Disputatio 1200–1800. Form, Funktion und Wirkung eines Leitmediums universitärer Wissenskultur*, Hrsg. GINDHART, Marion, KUNDERT, Ursula, Berlin, 2010, 17.; PHILIPP, *Politische Dissertationen, z. W.,* S. 32-36.

[38] Z. B. *Christophori BESOLDI ICti. Operis Politici: Variis Digressionibus Philologicis & Iuridicis illustrati, Editio Nova : Reipublicae Naturam Et Constitutionem; eiúsq[ue] in omnibus partibus gubernationem: Libellis duodecim (quorum seriem versa pagella refert) absolvens*, Straßburg, 1626.; FABRICIUS, Johann, *Institutiones Politicae, In quibus accuratae definitiones, rarae divisiones iuxta ac controversiae veteres & novae ex Aristotele eiusque Optimis Interpretibus… resolvuntur*, Jena, 1671.; *Joh. Henrici BOECLERI Institutiones Politicae Accesserunt Dissertationes Politicae Ad Selecta Veterum Historicorum Loca. Et Libellus Memorialis Ethicus*, Straßburg, 1674.

[39] PHILIPP, Michael, Theologen als Politologen. Zur Bedeutung der Politikwissenschaft des 17. Jahrhunderts für die akademische Ausbildung protestantischer Geistlicher. In: *Kulturhermeneutik und kritische Rationalität. Festschrift für Hans Otto Mühleisen zum 65. Geburtstag*, Hrsg. MAURER, Friedemann u.a., 2006, S. 575–594.

[40] Philipp, *Politica und Patronage, z. W.,* S. 239.

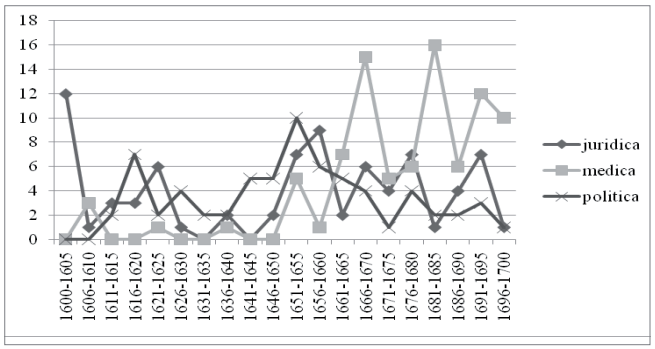
[41] Über die Bedeutung der Disputationen in der zeitgenössischen Wissensvermittlung siehe GIERL, Martin, Korrespondenzen, Disputationen, Zeitschriften. Wissensorganisation und die Entwicklung der gelehrten Medienrepublik zwischen 1671 und 1730, In: *Macht des Wissens. Die Entstehung der modernen Wissensgesellschaft*, Hrsg. VAN DÜLMEN, Richard, Köln, 2004, S. 422-423.

[42] Diese Entwicklung skizziert PHILIPP, *Politische Dissertationen, z. W.,* S. 27.

zurück und nach 1700 verlor dann diese Literaturgattung fast jede Bedeutung.[43]

Es ist wichtig zu bemerken, dass an den Universitäten außer dem Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation wurden *disputationes, exercitationes, dissertationes politicae* nur in unerheblichen Zahlen verteidigt und gedruckt. Sie machen nur die 1-2 % der heute bekannten politischen Streitschriften aus.

Wenn wir die Verteilung der Disputationen der Ungarländer unter die Lupe nehmen, können wir – trotz der viel kleineren absoluten Zahlen – sehr ähnliche Tendenzen beobachten. Vergleichshalber wird auch die Anzahl der juristischen und medizinischen Streitschriften im nächsten Diagramm in fünfjährigen Etappen im Laufe des 17. Jahrhunderts angegeben. Es ist nicht zu übersehen, dass die Zahlen der juristischen und politischen Schulschriften miteinander zu korrelieren scheinen, während die quantitative Entwicklung der medizinischen Disputationen tendenziell in einer anderen Bahn verläuft.



Unter den *politica*-Disputationen der Studenten aus dem Karpatenbecken finden wir einige Streitschriften, die nicht an deutschen Fakultäten verteidigt wurden. Die absoluten Zahlen sind natürlich klein. Deshalb können die 6 Streitschriften, die mit einem niederländischen Aufenthalt der Peregriner zu verknüpfen sind, einen bemerkenswerten hohen Prozentsatz zeigen. Diese Tatsache können wir als ungarnspezifisch anschauen, die mit der allgemeinen Bedeutung der holländischen Akademien in der *peregrinatio academica* der ungarländischen Calvinisten leicht zu begründen ist.

Es ist auch zu bemerken, dass die Zahl der politischen Disputationen im 17. Jahrhundert – generell betrachtet – nur von den theologischen und juristischen Streitschriften übertroffen wurde. An den philosophischen Fakultäten kann auch schon aus dieser Hinsicht die *politica* als Leitdisziplin betrachtet werden. Die Quantität der *dissertationes medicae* blieb entscheidend weit hinter der Anzahl der politischen Streitgespräche.[44]

Laut der gar nicht als vollständig beurteilbaren ungarischen Bibliografien konnten die Literaturhistoriker die Anzahl der theologischen Disputationen bis heute nicht einschätzen, aber ihre Größe kann nur für das 17. Jahrhundert auf mehrere Hunderte geschätzt werden. Damit kann kein anderes Wissensgebiet wetteifern. Für dieses Saeculum stehen die *disputationes* der Jurisprudenz (76), der Medizin (88) und der Politik (67) zahlenmäßig viel näher einander. Es könnte auch große Schwierigkeiten bedeuten, wenn man die genaue Menge der Streitgespräche der verschiedenen philosophischen Teilgebiete ergründen wollte, aber es ist nicht zu bestreiten, dass die Zahl der politischen Disputationen unter ihnen die größte war. (Ohne Anspruch auf Vollständigkeit können wir für das 17. Jahrhundert 46 *disputationes* aus dem Bereich der Ethik, 38 der Logik, sowie 17 des Pneumatiks und 7 der Astronomie vorfinden.)

Zu den Eigentümlichkeiten der *disputationes politicae* gehörte, dass sie üblicherweise nicht in Verbindung mit dem Erwerb eines akademischen Grades entstanden sind. Aus der Politikwissenschaft allein konnte man keinen Grad erheischen: Aus dieser Hinsicht gliederte sich die *Politica* in die Reihen der philosophischen Fächer ein. An den zeitgenössischen Artistenfakultäten musste man sich zur Erlangung des Magister-Grades an mehreren Übungs- und öffentlichen Disputationen zur Probe stellen und diese Streitgespräche mussten – statutenabhängig – zu verschiedenen philosophischen Disziplinen gehören.[45] Auch die *politica* wurde unter den Wissensgebieten eingereiht, die den Studenten der *artes* Gelegenheit boten, ihre erworbene Kenntnisse unter Beweis zu stellen, und dadurch die genügende Anzahl von Disputationen vorzuzeigen.[46] Wir könnten also davon ausgehen, dass eine *disputatio politica* nur eine Nebenrolle in der Universitätslaufbahn eines Philosophiestudenten spielte und es besonders bei solchen Studenten wahr sein musste, die bestrebt waren, ihre Studien an einer der höheren Fakultäten fortzusetzen.[47] Untersucht man demgegenüber die bibliografischen Daten der zu Tausenden überkommenen Streitschriften und die biografischen Angaben ihrer Respondenten, kann man feststellen, dass in vielen Fällen der fragliche Student nur eine

[43] Die Gründe dafür werden dargelegt bei PHILIPP, *Politische Dissertationen, z. W.,* S. 41.

[44] Diese Daten stammen aus einer Untersuchung vom Jahre 2000, in deren Rahmen die bibliografischen Daten von 13.000 Streitschriften aufgearbeitet wurden. Die benutzte Datensammlung (*Verzeichnis der im deutschen Sprachraum erschienenen Drucke des 17. Jahrhunderts* – www.vd17.de) wird ständig erweitert. Siehe PHILIPP, *Berufsperspektiven, z. W.,* S. 134-136.

[45] Die philosophischen Studien der Ungar, Jacob Schnitzler geben dafür ein gutes Beispiel her. Der spätere Wittenberger Lehrer verteidigte während seiner Studien neben zwei politischen Disputationen noch mehrere weitere aus verschiedenen Wissenszweigen der *Artes*-Fakultät der Leucorea (Mathematik, Physik, Astronomie). Siehe ZSOLDOS Endre, BLAGA, Cristina, Jacob Schnitzler Wittenbergben [J. S. in Wittenberg], *Magyar Könyvszemle* (2006), S. 16-31.

[46] In Jena wurde statutarisch vorgeschrieben, dass man zum Erlangen des Magistertitels achtmal disputieren musste. Diese Voraussetzung wurde wahrscheinlich sehr selten erfüllt. Siehe RASCHE, Ulrich, Die Deutschen Universitäten und die ständische Gesellschaft. Über institutionsgeschichtliche und soziökonomische Dimensionen von Zeugnisssen, Dissertationen und Promotionen in der Frühen Neuzeit, In: *Bilder – Daten – Promotionen. Studien zum Promotionswesen an deutschen Universitäten der frühen Neuzeit*. Hrsg. LIESS, Hans-Christoph, VOM BRUCH, Rüdiger, Stuttgart, 2007, S. 203-204.

[47] Die Abschließung der philosophischen Studien mit einem Magister-Grad war nur theoretisch eine Voraussetzung zum Studium an einer der höheren Fakultäten (Theologie, Jurisprudenz, Medizin). In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle konnte man sich ohne das Vorzeigen eines Grades an den oben genannten Fakultäten immatrikulieren und es wurde nur gelegentlich zur Graduierung in den höheren Wissenschaften erwartet, dass der Kandidat den Beweis bezüglich des Respondierens an einer oder mehreren Disputationen an der *Artes*-Fakultät vorzeige. Die diesbezügliche Literatur geht davon aus, dass – wenn überhaupt – die damaligen Studenten nur einmal während ihrer Universitätslaufbahn disputierten. RASCHE, *Die Deutschen Universitäten, z. W.,* S. 157 und 161.

disputatio politica aufweisen konnte. So mussten in seinen Studien die *politica* und die damit zusammenhängende Streitschrift doch eine wichtige Rolle spielen. Diese Tatsache ist bestimmt nicht als Zufall zu betrachten, sondern sie weist eher darauf hin, dass der Junge ein bestimmtes Interesse für die Wissenswerte im Bereich der *politica* zeigte. Dies kann man ohnehin vermuten, wenn ein Student zum wissenschaftlichen Kräftemessen ein politisches Thema und einen Politikprofessor wählte. Denn er hätte aus der Vielfalt der philosophischen Disziplinen (*ethica, logica, dialectica, historia, physica, metaphysica* usw.) der gegebenen Fakultät wählen können.[48] Weil in vielen Fällen der Junge gar keinen Grad erwerben wollte und das Disputieren sowieso mit erheblichen Kosten verbunden war, hinter jeder (Politik) Disputation können wir immerhin ein bestimmtes Engagement vermuten. Und es ist auch gut vorstellbar, dass das Engagement irgendwie gezielt war, denn eine gedruckte Streitschrift konnte für die außeruniversitäre Welt die Erbringung einer bestimmten Leistung eindeutig beweisen, und dies konnte für die spätere Laufbahn des Studenten gegebenenfalls sehr bedeutungsvoll sein. Weil die *politica* ein praxisnahes Fach war, konnte eine solche *disputatio* für die Zukunft viel dienlicher sein, als eine Streitschrift aus dem Bereich einer anderen philosophischen Disziplin.[49]

Wie oben angedeutet wurde, gehörte die überwiegende Mehrheit der politischen Disputationen zu sogenannten Übungsdisputationen (*exercitii causa*). Die *disputationes pro gradu* war eine sehr seltene Erscheinung im Bereich der Politikunterricht im 17. Jahrhundert, ihre Proportion (1 %) ist kaum zu messen. Es ist aber wichtig zu verdeutlichen, dass auch die Drucke aus dem Übungsbereich geeignet waren, die „Kompetenz" der Respondenten unter Beweis zu stellen, und sie im glücklicheren Fällen oder durch eine gründliche Vorbereitung (im Allgemeinen mithilfe der Adressaten der Disputationswidmungen) bei der Erlangung einer niedrigeren Dienststelle (Lehrer, Geistlicher) sehr dienlich, sogar genügend sein konnten. Sogar für einen Studenten von adeliger Abstammung, der nicht unbedingt auf eine solche Unterstützung angewiesen war, konnte eine Druckschrift sehr behilflich sein, denn er konnte dadurch das Vorhandensein bestimmter Fachkenntnisse bezeugen.[50]

Unter den von den Studenten aus dem Karpatenbecken verteidigten Streitschriften trifft man nur Übungsdisputationen sowie solche öffentliche *disputationes* an, welche als Voraussetzungen des späteren Erwerbs von Magister-Titel nötig erachtet wurden. Nach unserem heutigen Wissen verteidigte kein ungarländischer Student eine *dissertatio pro gradu* aus der Politikwissenschaft im 17. Jahrhundert.

Ungefähr ein Viertel der unten aufgelisteten Drucke beinhaltet eine Widmung. Die Adressaten dieser Gefälligkeitsschriften waren meistens Verwandte oder solche Gönner, die eine Unterstützung dem Respondenten gewährten und dadurch seine Studien ermöglichten oder beförderten. Aber wir treffen selbstverständlich auch solche Personen in den einzelnen *dedicationes* erwähnt, die bei der zukünftigen beruflichen Laufbahn den Studenten behilflich sein konnten.[51]

Überschaut man die geografische Verteilung der Disputationen im Reich, können wir davon ausgehen, dass die akademischen Zentren des Politikunterrichts neben den zwei städtischen Hochschulen (Altdorf, Straßburg) einige landesfürstliche Universitäten (Gießen, Helmstedt, Jena, Leipzig, Tübingen und Wittenberg) waren. An den philosophischen Fakultäten dieser Lehranstalten wurden im Laufe des 17. Jahrhunderts ohne Ausnahme mehr als 100 politische Disputationen verteidigt. An der Spitze stand Wittenberg mit fast 500, sowie Jena mit 400 Streitschriften. Straßburg und Leipzig, beide mit etwa 250 politischen Disputationen, konnten vor Helmstedt, Tübingen, Altdorf und Gießen rangieren, die 150-200 Drucke aufweisen konnten. Aus Königsberg kennt man wenig mehr als 100 politische Disputationen, die anderen Universitäten bleiben weit oder wenig unter dieser Ziffer.

Die Zahl der politischen Disputationen fällt mit der in den Studentenfrequenzen messbaren Größe der jeweiligen Universität zusammen. Aber Wittenberg bildet in dieser Hinsicht eine positive, Leipzig und Königsberg eher eine negative Ausnahme. In Wittenberg entstanden verhältnismäßig viele, in den anderen zwei Lehranstalten aber eher weinige Disputationen aus dem Bereich der *politica*.[52]

Wenn wir untersuchen, an welchen Universitäten die meisten *disputationes politicae* mit Teilnahme von ungarländischen Studenten – laut der auf uns gebliebenen Druckschriften – stattfanden, können wir – Gießen, Leipzig und Helmstedt ausgenommen – auch dieselben philosophischen Fakultäten hervorheben: der 82 % der Streitschriften verteilten sich zwischen Wittenberg, Jena, Straßburg, Altdorf und Königsberg. Das Diagramm anbei zeigt es aber auch, welche Lehranstalten in den verschiedenen Epochen des 17. Jahrhunderts für die ungarischen Politikstudenten von Bedeutung waren: Während in der ersten Hälfte des Jahrhunderts die Vorrangstellung von Straßburg unbestreitbar ist, wird die zweite Hälfte von Wittenberg dominiert. Königsberg scheint während des Dreißigjährigen Krieges – neben anderen Disziplinen – auch für Studenten, die sich für die *politica* Interesse zeigten, wichtig zu sein. Für die „Altdorfer Schule" haben die Ungarn ausschließ-

[48] Während des 17. Jahrhunderts waren die gedruckten Disputationen an den deutschen protestantischen Universitäten meistens als *disputationes, dissertationes, exercitationes politicae* betitelt. Siehe PHILIPP, *Berufsperspektiven, z. W.,* S. 135.

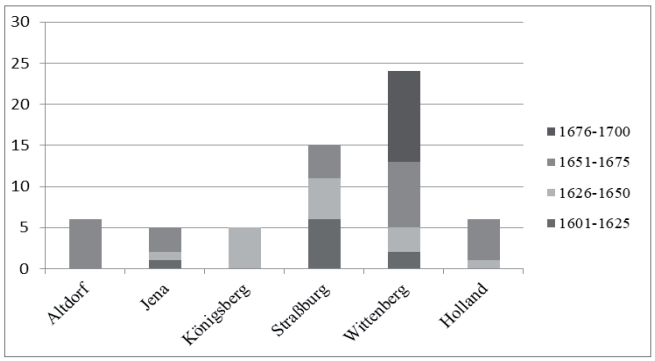
[49] Siehe PHILIPP, *Berufsperspektiven, z. W.,* S. 147-149.; PHILIPP, *Politica und Patronage. z. W.,* S. 239-240.

[50] PHILIPP, *Politische Dissertationen, z. W.,* S. 36.

[51] Unter den Widmungen sind einige, die als Danksagung für die Verwandtschaft abgefasst wurden. (Nr. 12., 14., 29., 36.). Andere *dedicationes* sind an solche außenstehenden Personen adressiert, die den Studenten materiell unterstützten. (Nr. 10., 37.) Wir treffen auch solche Widmungen an, deren Ziel ausschließlich die Erwerbung der Aufmerksamkeit bestimmter Führungspersonen einer Stadtverwaltung war (Nr. 1., 58., 67.). In diese Gruppe ist die vielleicht interessanteste *dedicatio* einzureihen, durch die der Respondent, Andreas Perlowitz neben zwei solcher Beamte von Preßburg, die selbst früher Politikstudenten waren (Martin Schödel, Jacob Szelleczky), auch zwei Bürger aus Wien ansprach (Nr. 40.).

[52] PHILIPP, *Politische Dissertationen, z. W.,* S. 29.

lich im dritten Quartal des Jahrhunderts bestimmte Aufmerksamkeit gezeigt.



Natürlich ist es unschwer, die Blütezeit einer politikwissenschaftlichen „Werkstatt" mit dem Wirken einer hervorragenden Lehrerpersönlichkeit zu verbinden. Nach dem reichsweiten Verzeichnis der *politica*-Streitschriften war in Wittenberg die Präsidentätigkeit von Christian Röhrensee (50) und Michael Wendeler (80) sehr anschlaggebend in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts. An dieser Universität kann man keinen ebenbürtigen Eifer und Popularität bezüglich der Diskussionsveranstaltungen anderer Professoren verzeichnen: Die übrigen Vertreter des Faches präsidierten höchstens bei 5-10 Disputationen. An anderen Universitäten ist die Mehrzahl der politischen Schulstreitigkeiten meistens mit der Wirksamkeit eines Professors zu verbinden: 60 % der *disputationes politicae* wurde in Tübingen von Christoph Besold, bzw. von Johann Ulrich Pregizer, in Aldorf 70 % von Johann Paul Felwinger veranstaltet.

Die „Starpolitologen" wirkten auch auf die ungarischen Studenten anziehend. Matthias Bernegger in Straßburg hatte in der ersten Hälfte des Saeculums 10 Respondenten aus Ungarn. Der schon erwähnte Wendeler war *praeses* bei 9, Felwinger bei 5 Streitgesprächen. Während der Historiker-Politologe Bernegger für seine Studenten ausschließlich politikwissenschaftlich anspruchsvolle Themen auswählte, die zwei vorhergenannten Professoren waren auch bei anderen philosophischen Disziplinen ihrer ungarischen Studenten behilflich, aber die größte Wirkung übten sie als Politiklehrer aus.[53]

Die Popularität der Disziplin zeigt übrigens, dass die „hauptbeschäftigten" Politikprofessoren die große Nachfrage der interessierten Studenten oftmals nicht befriedigen konnten. Laut der Datenbank, die versucht alle im Reichsgebiet verteidigten politischen Disputationen zu berücksichtigen,[54] waren die „Politologen" nicht mit den Professoren, die ein Katheder für *politica* (öfters gekoppelt mit anderen philosophischen Fächern) innehatten, gleichzusetzen. Es ist nämlich festzustellen, dass an einer Universität, wo keine eigenständige Professur für Politik geschaffen wurde und sogar auch dort, wo es doch eine gab, die Professoren der verschiedensten Disziplinen bei Politikdisputationen als *praeses* mitwirken konnten. Unter den Präsidierenden waren natürlich die Professoren der betroffenen philosophischen Fakultät in der Mehrzahl: Besonders die Lehrer der Ethik, der Geschichte, der Philologie und der Rhetorik sowie der Poesie waren auch dann berührt, wenn unter ihren Obliegenheiten der Unterricht der Politik vorschriftsmäßig nicht erschien.

Bei einem Professor, der für die Vorlesung von mehreren Disziplinen verantwortlich war und unter diesen Fächer auch die *politica* namentlich genannt wurde, war selbstverständlich das Präsidieren bei *disputationes politicae*.[55] Am häufigsten wurde die Ethik oder die Geschichte mit der Politik kombiniert, aber auch die Lehrer der theoretischen Philosophie (*logica, metaphysica*) beschäftigten sich mit der *politica*.[56] Daneben findet man auch in den Reihen der damaligen Professoren der „höheren Fakultäten" (Theologie, Medizin, Jura) häufig solche, die im Unterricht der zur *artes* gehörenden Politik auch durch das Präsidieren teilnahmen. Es ist bekannt, dass nach der damaligen Praxis eine Professur an der philosophischen Fakultät öfters nur als eine Vorstufe im Wege zu einem gut dotierten Ordinariat an der theologischen, medizinischen oder juristischen Fakultät betrachtet wurde. Wir könnten mehrere Beispiele (Arnisaeus, Besold, Conring) vorzählen, als der so vorgerückte Professor aus Pflichtgefühl oder aus Interesse weiterhin mindestens bei einigen Disputationen aus dem Bereich seines ursprünglichen Wissensgebiets mitwirkte.[57] Viele unter den Letzteren blieben auch im Bereich der Politik literarisch tätig.

Nach den Erfahrungen gemäß können wir feststellen, dass unter den Präsiden der politischen Streitgespräche nicht unbedingt die Politikprofessoren die Mehrheit ausmachten. Dies war nur schon deshalb so, weil die Streitführer öfters aus den Reihen der jungen Magister, der älteren Studenten kamen. Sogar konnte auch der *praeceptor* (Begleiter, Erzieher) eines jungen Adeligen bei der Disputation seines Schützlings das Präsidium übernehmen.[58] Besonders in Wittenberg war es üblich, dass bei einer Veranstaltung ein Kommilitone, oder ein Lehrer ohne Professorentitel die Führung der Diskussion annahm.[59]

[53] Neben der angedeuteten politischen Disputationen präsidierte Wendeler bei je zwei *disputationes ethicae* und *physicae* von ungarischen Studenten. Felwinger war Vorsitzender bei je eine *disputatio logica* und *philosophico-theologica*. Der ebenfalls populäre Röhrensee half bei der Arbeit von zwei Respondenten im Bereich der Ethik. Siehe *RMK., z. W.,* passim.

[54] PHILIPP, *Berufsperspektiven, z. W.*

[55] Im Falle der frühneuzeitlichen philosophischen Fakultäten können wir davon ausgehen, dass jeder Professor für den Unterricht von mindestens zwei Fächern oder Fachgruppen verantwortlich war.

[56] So z. B. Johann Paul Felwinger in Altdorf, der der ungarischen Studenten sehr entgegenkommend war, las Logik und auch Metaphysik vor.

[57] Es gab unter ihnen sogar solche, die eher als Politologen von der Nachwelt anerkannt sind. Solche waren folgende Professoren mit ungarischen Respondenten: der Mediziner Hermann Conring aus Helmstedt, der Theologe Jacob Martini aus Wittenberg sowie der Juraprofessor Christoph Besold in seiner Tübinger Zeit. Siehe PHILIPP, *Politische Dissertationen, z. W.,* S. 40.

[58] PHILIPP, *Berufsperspektiven, z. W.,* S. 141.

[59] Folgende Ungarn präsidierten bei mehreren politischen Disputationen in Wittenberg bei politischen Streitgesprächen: Lani (Respondent bei Nr. 28.), Michaelis Respondent bei Nr. 32.), Schnitzler (Respondent bei Nr. 56-57.). Diese Disputationen sind unten nicht aufgelistet. Bei einer politischen Streitveranstaltung, wo Schnitzler der preases war, respondierte aber einer Junge aus Niederungarn. Dieses Thesenheft wird unten in die Liste eingereiht. (Nr. 66.)

Auch unter den politischen Disputationen mit ungarischem Bezug kommt es vor, dass am Titelblatt der in Wittenberg oder anderswo verteidigten Streitschrift ein Kommilitone oder ein junger Adjunkt als *praeses* auftaucht.[60]

Gut begründet kann man aus der Feststellung ausgehen, dass die Politikprofessoren der Zeit nur mit Schwierigkeiten die Nachfrage der damaligen Studenten der politischen Disputationen entgegen befriedigen konnten. Als Nebeneffekt kann man hier die Frage der Autorschaft der gedruckten Texte aufblicken lassen: Welchen Teilnehmer des Disputationsereignisses kann man als Autor des zugrunde liegenden Textes betrachten, wessen Geistesschöpfung war die gedruckte Schrift? Diese alte aber unbeantwortete und in der Mehrheit der Fälle womöglich unbeantwortbare Frage spiegelt eher ein Interesse der modernen Forschung wieder, in der frühen Neuzeit schien sie nicht so wichtig oder war nicht so akzentuiert.[61] Bezüglich dieses Problems kann man keine allgemeine Regel aufstellen, und in Ermangelung einer besseren Lösung müssen wir davon ausgehen, dass die Disputationen das Produkt einer gemeinschaftlichen Arbeit des Präsiden und des Respondenten war. Also bei keiner der Streitschriften kann man mit Sicherheit feststellen, dass der überkommene Text ausschließlich von dem Einen oder vom Anderen stammt. Aber es wird auch mit Grund vermutet, dass das Übergewicht der Arbeit bezüglich der Entstehung des Textes beim *praeses* lagen konnte. Diese Auffassung kann man damit untermauern, dass meistens der präsidierende Professor es war, der die Verantwortung für den Inhalt der Schrift der Außenwelt gegenüber trug, auch dann, wenn er in der Wirklichkeit bei der Abfassung der Schrift weniger mithalf. Andererseits können wir gerade bei politischen Streitschriften mit der größeren Aktivität des Studenten bei der Auswahl des Themas rechnen, denn diese Entscheidung auch von seinen späteren Berufszielen abhängen konnte.

Es ist nicht zu bestreiten, dass aus mehreren Gesichtspunkten die Frage der Autorschaft bedeutungsvoll sein kann. Einerseits kann es interessant sein, festzustellen (wenn es überhaupt möglich ist), welchen Anteil der Respondent in der vielfältigen Arbeit (Themenauswahl, Abfassung des Textes, Korrektur, Zensur) hatte. Andererseits kann es aber auch deshalb besonders beachtenswert sein, weil es von dieser Feststellung abhängig sein kann, inwieweit legitimiert ist, eine von einem aus Ungarn oder aus Siebenbürgen stammenden Studenten verteidigte Disputation unter dem Namen des Respondenten in die – von Bene vorgeschlagene – politikwissenschaftliche Bibliothek einzureihen, zu untersuchen und ins Ungarische zu übersetzen. Neben der inhaltlichen Analyse müsste man wohl andere Merkmale (Widmungen, Gratulationsgedichte, die als *corollaria* betitelte Ergänzungsthesen) auch untersuchen, um die Frage der Verfasserschaft – wenn auch nur annähernd – beantworten zu können. Die Vermutung spricht nämlich neben dem Übergewicht des *praeses*, dies ist zu entkräften. Zum Schluss müssen wir aber auch unterstreichen, dass in der frühen Neuzeit – wenn man das Unterrichtsziel der Disputationsveranstaltungen betrachtet – der Akzent überwiegend an das verbale Können bei Verteidigung des eigenen Standpunktes lag. Die Schlagfertigkeit, die rhetorischen Fähigkeiten waren ja sowohl für die akademische Gemeinschaft als auch für die außeruniversitäre Welt wichtig, aber die Gewandtheit in den Grundfragen der Disziplin oder wenigstens im Themenkreis der *disputatio* kann man immerhin der Respondenten gutschreiben.[62]

Wie es erwähnt wurde, die Beliebtheit der Politikwissenschaft wurde von mehreren Seiten damit untermauert und erklärt, dass im Prozess der Ausbau der frühneuzeitlichen Staatlichkeit in Mittel- und Westeuropa ein bedeutender Bedarf an wissenschaftlich ausgebildeten Beamten entstand.

Dies vergegenwärtigend müssen wir der Tatsache Aufmerksamkeit widmen, dass unter den Studenten der *politica* nicht nur Jünglinge bürgerlicher Abstammung zu finden waren, sondern auch – im Verhältnis zu ihrer Proportion in der Bevölkerung sowohl in Deutschland als auch in Ungarn – auffallend viele Adeligen.[63] Davon können wir darauf folgern, dass der Politikunterricht (neben dem Rechtsunterricht, aber damit nicht ebenbürtig) ein sehr wichtiges Mittel zur Rückführung des – mit Fachkenntnissen ausgerüsteten – Adels in den Dienst der damaligen Fürstenstaaten war. Das Interesse des Adels trug natürlich auch zur Ansehenserstarkung der *politica* bei. (Selbe Vorgänge waren im Falle der Rechtswissenschaft im ganzen Reich zu beobachten, aber vielleicht mit etwas größeren Schwankungen.)[64]

Wir können natürlich davon ausgehen, dass einerseits der Beweis einer „wissenschaftlichen" politischen Vorbildung bei einem nichtadeligen Bewerber in den deutschen Territorien und Städten einen noch größeren Vorteil bedeuten konnte, andererseits die Politikwissenschaft im Laufe des 17. Jahrhunderts für die werdenden Staats- und Stadtbeamten ein brauchbares Grundwissen vermitteln konnte.

Laut der Ergebnisse bestimmter prosopografischen Untersuchungen der ehemaligen Hörer der *politica* (eventuell mit weiteren Studien an den höheren Fakultäten) konnten in den einzelnen (städtischen) Gemeinden als Politiker mit politischen- und Verwaltungsaufgaben, als Beamten an den verschiedenen Stufen der fürstlichen Verwaltung, als Geistliche, als kirchliche

[60] Einer Kommilitone präsidierte z. B. im Falle von Nr. 8., 15., 38., und einer Adjunkt bei Nr. 1., 28., 36.

[61] MARTI, Hanspeter, Von den Prases- zur Respondentendissertation. Die Autorschaftsfrage am Beispiel einer frühneuzeitlicher Literaturgattung. In: Examen, Titel, Promotion. Akademisches und staatliches Qualifikationswesen vom 13. bis zum 21. Jahrhundert, Hrsg. SCHWINGES, Rainer Christoph, Basel, 2007, S. 252.

[62] Die Autorschaftsfrage hinsichtlich der frühneuzeitlichen Disputationen und Dissertationen hat eine immens große Literatur. Für die wichtigsten und neuesten Werke siehe: MARTI, *Von der Präses- zur Respondentendissertation, z. W.*, 251-274.; SCHUBART-FIKENTSCHER, Gertrud, *Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung* (Sitzungsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Klasse. Band. 114. Heft 5.), Berlin, 1970.; RASCHE, *Die deutschen Universitäten, z. W.*, 190-201.

[63] Ihr Anteil bewegte sich an einigen Universitäten zwischen 14 und 30 % unter den aus der *politica* disputierten Studenten. In der ganzen Menge wird die Proportion der *equites et nobiles* auf insgesamt 17 % geschätzt. Siehe PHILIPP, *Politica und Patronage, z. W.*, S. 233.

[64] Siehe darüber unter anderem: MÜLLER, Rainer A., Aristokratisierung des Studiums. Bemerkungen zur Adelsfrequenz an süddeutschen Universitäten im 17. Jahrhundert, *Geschichte und Gesellschaft* (1984), S. 31-46.

Beamte, bzw. als Lehrer tätig werden.[65] Das Wissen, was in den Rahmen der damaligen Politikwissenschaft zu erworben war, bildete einen grundwichtigen Teil der Ausbildung der frühneuzeitlichen Elite.

Bezüglich der sozialen Stellung der 66, aus den Karpatenbekken stammenden Respondenten, die insgesamt 70 Druckschriften hinterließen, können wir nur die Unterscheidung zwischen Adeligen und Nichtadeligen wagen. Die 10 Adeligen vertreten genau dieselbe Proportion (15 %), welche aus den Daten hinsichtlich der aus dem Reich stammenden herauszulesen ist.[66] Natürlich waren unter den Ungarn auch solche Adeligen, die sich aus einer städtischen Umgebung zur Peregrination aufbrachen und deren Vorfahren gerade durch ihre Beamtenarbeit im Interesse ihrer Stadt in den Adelstand erhoben wurden.[67] Unter den Nichtadeligen finden wir viele Jünglinge, dessen Vater zur weltlichen oder kirchlichen Intelligenz zu zählen war.

Etwa bei der Hälfte der 65 Respondenten war ihre spätere Laufbahn zu erkunden. Mehrere (10) wurden städtische Beamte und stiegen auf zu den höchsten Dienststellen ihrer Stadt auf. Einige (3) wurden praktizierende Juristen sowie Lehrer zu Hause oder an ausländischen Lehranstalten (7). 12 Peregriner wurden später Geistlicher einer der protestantischen Konfessionen.[68]

Die nähere Untersuchung der späteren Laufbahn der Respondenten an den Universitäten (z. B. Immatrikulation oder Disputationen an anderen Fakultäten) und nach den Studien, kann uns auch darüber informieren, welche Rolle in den fachlichen Vorbereitungen die Politikstudien spielten: Können wir ihr eine entscheidende Bedeutung zumessen, oder ist es eher als unwichtige Episode zu betrachten?

Es ist eine enge Korrelation zwischen den Politikstudien und der juristischen Ausbildung zu beobachten. Im Allgemeinen können wir davon ausgehen, dass ein Drittel der Studenten, die an einer Universität im Reich eine politische Disputation verteidigten, auch an einer anderen (meistens an der juristischen) Fakultät disputierte. Natürlich die Zahlen können von Anstalt zu Anstalt unterschiedlich ausfallen.[69] Dieser „Weiterbildungsdrang" ist besonders bei Studenten bürgerlicher Abstammung zu ertappen: Ein Drittel der Bürgersöhne bildete sich an einer juristischen Fakultät weiter und nur ein viel kleinerer Teil ließ sich als Theologiestudent immatrikulieren.

Es ist auch bei den aus Ungarn kommenden Politik-Respondenten zu beobachten: 25 (fast 40 %) von ihnen immatrikulierte sich auch als Jurastudent an einer deutschen oder westeuropäischen Jurafakultät. Mehrere von ihnen respondierten bei einer Politikdisputation schon als Rechtsstudenten, andere ließen sich später als *juris studiosi* einschreiben. 7 Peregriner unter ihnen verteidigten nachher auch eine oder mehrere Disputationen. Diese Tatsachen streichen die enge Beziehung zwischen Politik- und Rechtswissenschaft erneut unter.

Aber es konnte überall im Reiche auch passieren, das der Bewerber um eine Stellung, die üblicherweise eine juristische Qualifikation benötigt gehabt hätte, nur eine *politica*-Disputation vorweisen konnte. Dies beweist es, dass in bestimmten Städten des Reiches auch eine solche Streitschrift genügend war, um eine Juristenstelle zu bekommen.[70]

Auch in Ungarn kam es vor, dass einige – von der ausländischen Bildungsreise rückgekehrten – Jurastudenten sich nicht mit einer juristischen, sondern mit einer politischen Disputation, ihre Qualifikation unter Beweis stellten. So Valentin Franck, der später zum Graf der Siebenbürger Sachsen gewählt wurde, oder Georgius Poch und Johannes Serpilius, beide später Stadtrichter von Ödenburg (Sopron) sowie Michael Reutter, Oberrichter der Bergbaustadt Schemnitz (Selmecbánya – Banská Štiavnica).[71] Es gab weiterhin einige, die anstatt eines Jurastudiums, „nur" eine politische Disputation vorzeigen konnten, trotzdem hohe Beamtenstellen bekleiden konnten, wie auch Johannes Simonius, der spätere Bürgermeister von Hermannstadt (Nagyszeben – Sibiu) in Siebenbürgen, oder Johann Andreas Preining, künftiger Stadtrichter von Ödenburg.

Beliebte Disputationsthemen

Laut der zur Verfügung stehenden Datensammlung, die nicht nur die einzelnen Disputationsheftchen, sondern auch die damals üblichen Disputationssammlungen berücksichtigt, sind die populärsten Themenkreise der damaligen Politikstreitschriften wie folgt umzuschreiben:

I. Sehr viele Thesenheften beschäftigten sich mit den Grundfragen und -eigenschaften des Faches Politik (*constitutio et natura politicae*). Durch diese Schriften versuchte man, der Politikwissenschaft einen Platz unter den anderen Wissensgebieten zuzuweisen. Hier geht es um die Fragen der Aneignung des politischen Wissens. Unter den vielen Möglichkeiten wird sehr oft einerseits das eindringliche Studium der Werke der „kanonisierten" Auktoren (*optimae autores*), andererseits die Bildungsreise (*peregrinatio academica*) als wichtigstes Mittel der Erwerbung der für den *Politicus* nötigen Kenntnissen in den Disputationen hervorgehoben. Selbst die Erwartungen der adäquat ausgebildeten und vielseitig anwendbaren *Politicus* entgegen gehören in diesem Themenkomplex, denn die sachgerechte Ausbildung für das öffentliche Leben war das Ziel und die Legitimation des ganzen Wissenszweiges.[72]

II. Als grundlegend betrachteten die Präsiden auch Themen, die zur Analyse der Gesellschaft (*societas civilis*) beitragen könnten. In den Fußstapfen von Aristoteles gehörte die Untersuchung der Grundbausteine der Gesellschaft *(societas matrimonialis, societas paterna, societas herili, pagus, civitas*) hierher. Die Umformung oder Erhaltung dieser Grundeinheiten muss auch Aufgabe der *politica* sein. In diesem Fragenkomplex wurden die Eigenschaften

[65] PHILIPP, *Berufsperspektiven, z. W.,* S. 141-149.
[66] PHILIPP, *Politica und Patronage, z. W.,* S. 233.
[67] Wilhelm Artner aus Ödenburg (Nr. 2.) und Jacob Szelleczky aus Preßburg (Nr. 64.).
[68] Beamte: Nr. 2., 13., 18., 29., 43., 46., 58., 61., 62., 67.; sonstiger Jurist: Nr. 1., 19., 21.; Geistlicher: Nr. 3., 7., 11., 22., 23., 24-25., 26., 28., 42., 49., 59., 60.; Lehrer: Nr. 27., 32., 35., 45., 48., 51., 56-57.
[69] PHILIPP, *Politica und Patronage, z. W.,* S. 237-238.
[70] Philipp bringt mehrere Beispiele bezüglich Nördlingen. PHILIPP, *Berufsperspektiven, z. W.,* S. 137.
[71] Nr. 13., 43., 50., 61.
[72] Detailieirt: WEBER, *Prudentia gubernatoria, z. W.*; Philipp, *Über das Studium der Politik, z. W.*

der verschiedenen Gesellschaftsschichten, besonders der Führungsschichten (*nobilitas, ordo equester, cives*) analysiert.

III. Viele Disputationen erörterten die Natur des menschlichen Gemeinwesens (*respublica in genere*): Wie können sich diese Gemeinschaften herausbilden, erhalten und entwickeln (*constitutio, conservatio et augmentatio*). Natürlich werden die Grundziele der politischen Systeme (*finis reipublicae*) auch unter die Lupe genommen. Angesichts des letzteren Problemkreises erschienen auch die Gedanken bezüglich der Aufrechterhaltung von aktuellen politischen Ordnungen und der Verwirklichung des Gemeinwohls (*bonum commune*), aber fast ausnahmslos mit der Bemühung die jeweilige Herrschaft zu legitimieren.

IV. Basierend am vorangehenden Themenkreis war immer ein sehr beliebter Gegenstand politikwissenschaftlicher Streitgespräche und Schriften in der frühen Neuzeit die Analyse der verschiedenen Staats- und Regierungsformen. Neben der Erörterung und Vergleichung der Eigenschaften der drei Grundverfassungsformen und deren verfehlten und übertriebenen Abarten (*regum et tyrannis, aristocratia et oligarchia, politia et democratia*) wurden auch die Kombinationen der Grundformen sowie die „gemischten Verfassungen" (*respublica mixta*), so z. B. der *dominatus*, am gründlichsten, reichlich mit historischen Exempeln verziert untersucht und dargelegt. In vielen Streitschriften wurde die Analyse mit dem Versuch abgeschlossen, die damals existierenden Staaten mit der Hilfe der erforschten Idealtypen zu klassifizieren. In dieser Beziehung war natürlich die Identifizierung der Staats- und Verfassungsform des Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation die größte Herausforderung für die Professoren und ihrer Lehrlinge.[73]

V. Man kann als herausgehobenes Thema der zeitgenössischen Literatur die Frage der Souveränität (*summa potestas, absoluta potestas, maiestas*)[74] sowie die Katalogisierung der Rechten betrachten, die dem Herrscher gebührten oder von ihm gefordert wurden (*iura maiestatis*). Das Thema wurde öfters aus dem Blickwinkel der Untertanen erörtert, die den theoretisch vorgezeichneten Fürsten oder Herrschern unterworfen waren.

VI. Die Persönlichkeit und der Status des Herrschers gab auch sehr oft Streitstoff für Disputationen:[75] Was für Eigenschaften und Fähigkeiten müssen den Fürsten auszeichnen? Welcher Weise muss er zur Herrschaft kommen: durch Wahl oder durch Geburt? Wie könnte man gegebenenfalls seiner Herrschaft ein Ende setzen: mit freiwilliger Abdankung oder durch Machtentziehung? Hier konnte man sich mit der Frage der Geeignetheit und Qualifizierung der fürstlichen Räte und Ratgeber und mit dem Fragenkomplex der verschiedenen politischen, im Staatsleben bestimmte Rolle spielenden Körperschaften und Kollegien auseinandersetzen. Neben dem Problemkreis der städtischen Senate und Magistratskollegien konnte sich man hier über die Mitglieder des fürstlichen Herrschaftsapparates (über Minister, Richter, Gesandten und Beamten) theoretisch äußern.

VII. Sehr häufig wurden verschiedene Teilgebiete der Politik unter die Lupe genommen und gründlich geprüft. Die einzelnen Staatsaufgaben konnten auch als unausschöpfbaren Themenvorrat für die Streitgespräche dienen: die Verteidigung der Religion und der Kirche (*cura religionis*); die Aufrechterhaltung des Rechtssystems und des Rechtslebens, besonders die Fragen der Legislation, der Strafen und der Belohnungen (*leges, poena, praemia*); die Unterhaltung und Erhaltung des Schulsystems (*educatio, scholae*); die Bewahrung des Finanzsystems (*aerarium, moneta, tributa, vectigalia*) und der Ordnung des sozialen Lebens; die Befriedigung der Anforderungen des Wirtschaftslebens, der Handelsbeziehungen und der Ordnung des Marktes (*commercia et mercatoria, ius nundinarum*); die Erhaltung der militärischen Verteidigungsfähigkeiten des Staates. Bei der Behandlung all dieser Themen ging man immer aus der leitenden Prämisse der Legitimierung und Aufrechterhaltung des aktuellen Herrschaftssystems aus. Es ist zu bemerken, dass in den Streitschriften – obwohl sie fast ausschließlich an protestantischen Universitäten entstanden sind – niemals eine Frage und Antwort bezüglich der Befriedung der konfessionellen Auseinandersetzungen aufgeworfen oder entworfen wurde.

VIII. Die Behandlung der interstaatlichen Beziehungen bildete auch ein sehr populäres Themenfeld der politischen Disputationen. Besonders das Problem des Krieges (*bellum*) stand im Mittelpunkt des Interesses der öffentlichen Meinung und der zukünftigen Beamten.[76] Auch die Detailfragen der Friedensschließung, der Waffenruhe, der Staatsverträge und der Staatenbündnisse (*foedera*) sind hier einzuordnen. Ein besonderes und natürliches Interesse erweckte im 17. Jahrhundert die theoretische Frage der mit den Ungläubigen geschlossenen Verträge. Mit staunen können wir aber feststellen, dass dieses Thema vom keinen Respondenten aus Ungarn oder aus Siebenbürgen aufgegriffen wurde.

Diese Probleme der „internationalen" Politik warfen natürlich – wie die bezüglich der Staatsaufgaben auch – die sehr sensible Frage der Souveränität, als ein Detailthema der *conservatio reipublicae* auf.

IX. Ein wichtiges Untersuchungsterrain der damaligen Politikwissenschaft bildete der Fragenkomplex betreffend des Emporsteigens, der Veränderung und des Untergangs der Weltreiche (*mutatio, eversio et corruptio reipublicae/imperii*). Hier kamen die Exempel und die Erfahrungen zum Vorschein, die aus den Werken der antiken Schriftsteller von Historikern, Philologen und Politikwissenschaftler herausgelesen, exzerpiert und zusammengesammelt wurden.

So beschäftigte sich eine große Zahl der politischen Disputationen mit der Exegese von Klassikern (Aristoteles, Tacitus, Sueton, Sallust und anderen mehr), aber diese Interpretation

---

[73] WEBER, Wolfgang E. J., Potestas et Potentia Imperii. Bemerkungen zum Bild des Reiches in der deutschen Politikwissenschaft des 17. Jahrhunderts. In: *Bilder des Reiches*, Hrsg. Rainer A. MÜLLER, Sigmaringen, 1997, S. 91-122.

[74] PHILIPP, Michael, *Konstellationen und Kontexte. Eine typologische Analyse der Beziehungen zwischen Präsiden und Respondenten bei Politikdisputationen zur Souveränität* = Frühneuzeitliche Disputationen – polyvalente Produktionsapparate gelehrten Wissens, hrsg. GINDHART, Marion, MARTI, Hanspeter, SEIDEL, Robert, MARTI-WEISSENBACH, Karin, Köln, Weimar, Wien, 2016, S. 89-150.

[75] DREITZEL, Horst, *Monarchiebegriff in der Fürstengesellschaft: Semantik und Theorie der Einherrschaft in Deutschland von der Reformation bis zum Vormärz*. Köln, Weimar, Wien, 1991. S. 449-656.

[76] PHILIPP, Michael, Krieg im Politischen Denken und in der Politikwissenschaft der Frühen Neuzeit. Machiavelli – Montesquieu – Besold = *Macht und Recht*, Hrsg. LAPPENKÜPER, Ulrich, MARCOWITZ, Reiner, Paderborn, München, Wien, Zürich, 2010, S. 71–110.

erfolgte in neuen sozialen und politischen Kontext, wodurch die Analyse der traditionellen Themen die Etablierung neuer Einsichten und Gedanken sowie die Entfaltung eines neuen Wissens veranlassen konnte. Auch aus dieser Hinsicht kann man die Disputationen als Erscheinungsformen einer produktiven Wissenschaft betrachten.[77]

X. Die oben aufgezählten Themenkreise kann man als zum Unterrichtsprogramm der universellen Politikwissenschaft gehörige Gebiete betrachten, die sogar monografisch anzunähern waren. Aber immer wieder entstanden auch solche Disputationen, die nicht ein gut abgrenzbares Themenfeld darlegten, sondern aus mehreren voneinander meistens thematisch unabhängigen Thesen oder Thesengruppen zusammengestellt wurden. In diesen Fällen versuchten die Respondenten, ihre Vielseitigkeit und weit gefasste Kenntnisse durch solche Miszellen zu beweisen. Diese *miscellaneae* sind nicht mit der *corollaria* zu verwechseln, die mehrmals am Ende einer monografischen Disputation als Zusatzthesen (ohne literarische Begründung) erschienen und den Teilnehmern der Streitveranstaltung eine Gelegenheit boten, auch solche Fragen diskutieren, die nicht eng mit den Hauptthesen der Disputation im Zusammenhang standen.

Aus der folgenden Tabelle ist herauszufinden, dass die Respondenten aus Ungarn und Siebenbürgen sich – mit einziger Ausnahme – in allen Themenkreisen mit mehreren Streitschriften meldeten. Neben der starken Präsenz der Schriften bezüglich der sozialen Schichten (besonders betreffs der Nobilität) und des Krieges ist es auch nicht überraschend, wenn wir die Analyse einiger Staatsaufgaben auch als populär einstufen können. Es ist aber interessant, dass wir keine Streitschrift hinsichtlich der Staats- und Regierungsformen in unserer Sammlung finden können.

I.	15. 18. 31. 41.
II.	8. 11. 14. 16. 38. 50. 51. 57. 67.
III.	5. 20. 24. 27. 30. 40. 43. 45. 48. 54. 56. 60. 70.
IV.	-
V.	4. 7. 23. 34. 36. 46. 52.
VI.	10. 12. 35. 42.
VII.	1. 13. 17. 21. 32. 44. 53. 59. 64. 65. 68.
VIII.	6. 25. 26. 28. 47. 55. 62. 63.
IX.	2. 3. 22. 29. 33. 37. 49. 58. 61. 66. 69.
X.	9. 19. 39.

Während des 17. Jahrhunderts wurde das Unterrichtsprogramm der *politica* – das am Anfang mit den oben erwähnten Themenkreisen der Disputationen ziemlich vollständig umgeschrieben werden konnte – vom Schritt zu Schritt immer reicher, denn es wurden neue und epochenspezifische Themen sowie aktuelle politische Fragen anlässlich der Streitgespräche erörtert. Vorzugsweise konnten sich die Studenten mit fortgeschrittenen Kenntnissen mit immer schwierigeren Themen befassen. Zu diesen Thematiken könnte man den Fragenkomplex der Staatsräson (*ratio status*)[78] und die Geheimnisse des Staatsbetriebs (*arcana imperii*) zählen, die immer wieder im Kontext der Staatsformenlehre sowie der Machterhaltungsinstrumente thematisiert wurden. In diesem Kreis wurde auch der Machiavellismus, als eine spezielle Annäherung an den Fragenkomplex Souveränität und die Ansichten der Monarchomachen, als eine Verwirklichungsform des Widerstandsrechts[79] analysiert. In diesem Zusammenhang erlangte große Wichtigkeit die Diskussion um die Staatsräson und um die Techniken der Machterhaltung. Diese Diskurse basierten an der politiktheoretischen Unterscheidung zwischen *utilitas* und *honestas*, zwischen einer Politikauffassung, die entfesselt von den moralischen und rechtlichen Schranken nur auf den Nutzen und auf die Effektivität der Machtausübung schaute sowie zwischen einer moralischen Annäherung, die mit religiösen Werten und mit dem Gedanken des Allgemeinwohls verbunden war.[80] Eine spezielle Ausuferung dieser Diskussion war der Streit um die Akzeptierbarkeit der Vortäuschung und der Verheimlichung (*simulatio et dissimulatio*) in der alltäglichen Politik.

Die inhaltliche Analyse dieser und anderer Fragen könnte das am Anfang erwähnte Forschungsprogramm, das von Sándor Bene konzipiert wurde, vorantreiben. Die folgende Zusammenstellung von politischen Disputationen/Dissertationen kann man als eine Dienstleistung zur Herstellung der zur weiteren Arbeit nötigen Textkorpus ansehen. Die komplexe literatur- und geistesgeschichtliche Untersuchung dieser und anderer Texte liegt aber außer dem Kompetenzbereich des mit dem *peregrinatio juridica Hungarica* sich beschäftigenden Rechtshistorikers.

Annex

Grundverzeichnis der politischen Disputationen, die von Studenten aus Ungarn und Siebenbürgen in der Frühen Neuzeit verteidigt wurden

1.

Praeses:	Gerhardus, Joh. Fried.
Respondens:	**Adam, Matthias** Oedenburgensis Hungar. Quaestionum Politicarum An diversae Religiones in bene constituta Republ. tolerandae?
Universitas:	Jena IX. 1663. Jena (Bauhoffer, Johann Jacob) 1663[81]

[77] PHILIPP, *Politische Dissertationen, z. W.,* S. 43.

[78] STOLLEIS, Michael, *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, Frankfurt/Main, 1990, S. 1-17.

[79] VON FRIEDEBURG, Robert Widerstandsrecht im Europa der Neuzeit: Forschungsgegenstand und Forschungsperspektiven. In: *Widerstandsrecht in der frühen Neuzeit. Erträge und Perspektiven der Forschung im deutsch-britischen Vergleich*. Hrsg. VON FRIEDEBURG, Robert, Berlin, 2001 (Zeitschrift für historische Forschung; Beiheft 26), S. 11-59.

[80] SIMON, Thomas, Gemeinwohltopik in der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Politiktheorie. In: *Mit den Augen der Rechtsgeschichte: 13 Rechtsgeschichten. Methoden – Kritisch Kommentiert*, Hrsg. Falk, Ulrich, Luminati, Michele, Schmoeckel, Mathias, 2002, S. 355-376.; SZIJÁRTÓ M. István, A közjó fogalma a kora újkori politikai diskurzusokban [Der Begriff des Gemeinwohls in den frühneuzeitlichen politischen Diskursen], *Történelmi Szemle* (2016), S. 499-504.

[81] OSZK RMK III. 2204 - *DE JTT*

2.
Praes: Besold, Christophorus
Resp: **Artner, Guilhelmus** Oedenburgensis
Dissertatio Politico-Iuridica De Regno Hungariae, eiusque Jure
Un: Tübingen VII. 1624.
Tübingen (Werlin) 1624[82]

3.
Praes: Hornius, Georgio
Resp: **Bacca Szattmari, Petrus** Ungarus
Disputatio Politica De Imperio Hunnorum
Un: Harderwijk III. 1649.
Harderwijk (a Wieringen, Nicolaus) 1649[83]

4.
Praes: Deutschmann, Abrahamus Henricus
Resp: **Bartsch, Johannes** Leutsch. Hungar.
Dissertationem Politicam, De Maiestate In Genere, Et In Specie De Distinctis Eius Quibusdam Iuribus
Un: Wittenberg 22. VII. 1693.
Wittenberg (Hakius, Johannes) 1693[84]

5.
Praes: Eilard, Christoph
Resp: **Cnapitz, Georg** Briznensis Hungarus.
Discursus Philosophico-Politicus De Summa Civilis Administrationis Felicitate
Un: Königsberg 29. V. 1637.
Königsberg, (Segebadius, Laurentius) 1637[85]

6.
Praes: Pregizer, Joannes Ulricus
Resp: **Cralowiz, Joannes Ernestus** Posoniensis Ungarus
Positiones Politicae De Foederibus
Un: Tübingen 26. V. 1677.
Tübingen (Reisl, Johhann-Henricus) 1677[86]

7.
Praes: Berckringer, Daniel
Resp: **Debreczeni P., Johannes** Pannonio-Ungarus
Disputatio Politica, De Majestatica Superioritate Sive Majestate in genere
Un: Utrecht 20. II. 1658.
Utrecht (Waesberg, Johannes) 1658[87]

8.
Praes: Hertel, Joannes Henricus
Resp: **Dubravius, Daniel** Zakolcza-Hung.
De Societate Civili, Dissertatione Politica
Un: Wittenberg 27. V. 1696.
Wittenberg (Schultzius, Martinus) 1696[88]

9.
Praes: Boecler, Io. Henricus
Resp: **Düranthall, Georgius** Pannonio-Hungarus
Characteres Politici Velleiani, sive Notitia ingeniorum, cuivis Capita, III. et IV.
Un: Strassburg 26. III. 1652.
Strassburg (Mülbius, Ioan. Philippus) 1652[89]

10.
Praes: Scharfius, Johannes Fridericus
Resp: **Etelius, Joannes Fridericus** Posoniensis Hungarus
Magistratum Politicum
Un: Wittenberg 1674.
Wittenberg (Hakius) 1674[90]

11.
Praes: Berckringer, Daniel
Resp: **Farkas, Jacobus** Alistali-Ungarus
Disputationis Politicae de Nobilitate Pars Prior
Un: Utrecht 8. I. 1654.
Utrecht (a Waesberge, Johannes) 1654[91]

12.
Praes: Schaller, Jacobus
Resp: **Feyerabend, Johannes** Rechnizio Vngaro
Manius Lepidus, Sive Bonus Consiliarius Sub Malo Principe
Un: Straßburg 21. I. 1651
Straßburg (Spoor, Fridericus) 1651[92]

13.
Praes: Dürr, Joh. Conradus
Resp: **Franck, Valentinus** Cibino-Transilvanus
Exercitatio Philosophica De Aequitate
Un: Altdorf 8. IX. 1666.
Altdorf (Hagen, Georgius) 1666[93]

[82] MPI (Frankfurt) Miscell. iurid. CXI. - *DE JTT* - RMK III. 1366 und 6145 - OSZK - VD17 23:286281 K
[83] RMK III. 1725. - BCU (Klausenburg)
[84] SLUB (Dresden) Coll.diss. A.25,34 - *DE JTT* - RMK III. 3832 - VD17 14:026660M
[85] BU (Torun) - *DE JTT* - RMK III. 1523 - VD17 12:161242L
[86] RMK III. 2838 - VD17 12:161314M - BSB 4 Diss. 2072
[87] MTA RMIr. III. 958 - *DE JTT* - RMK III. 2017.
[88] SLUB (Dresden) Coll.diss.B.43, misc.40 - *DE JTT* - RMK III. 4016 - VD17 14:027179P - VD17 14:024438H
[89] VD17 547:660482D - FLB (Gotha) 03 Lcl. 8° 07192 (10)
[90] SLUB (Dresden) Coll.diss.A.101,54 - *DE JTT* - RMK III. 2673 - VD17 14:653156H
[91] MTA RMir. III. 957. - *DE JTT* - RMK III. 1906. (cop.)
[92] HAB (Wolfenbüttel) 34. 16. Pol.fasc.25. - OSZK RMK III. 1779 - *DE JTT* - VD17 23:286616Y
[93] BSB (München) 4 Diss. 2090 - *DE JTT* - RMK III. 2320 - VD17 12:164229P

14.
Praes: Bernegger, Matthias
Resp: **Frisowitz, Balthasar** N. Ungarus
Disputatio de Nobilitate, id est de nobilitatis virtutibus, immunitatibus, privilegiis, et honoribus & c.
Un: Straßburg 9. VI. 1627.
Straßburg (Rappius, Johannes) 1627[94]

15.
Praes: Ranftius, Matthaeus
Resp: **Graff, Gottfridus** Pincafeldensis, Austrius
Disputationum Ethicarum Vicesima, Quae est Quinta De Virtutibus Intellectualibus et in Specie De Prudentia Judiciaria et Deliberativa
Un: Wittenberg 10. XI. 1649.
Wittenberg (Roehner, Johannes) 1649[95]

16.
Praes: Schaller, Jacobus
Resp: **Greissingh, Paulus** von Cronstatt, Transylv.
Disputatio de AYTOXEPIA
Un: Straßburg 15. II. 1656
Straßburg (Welper, Eberhardus) 1656[96]

17.
Praes: Wendeler, Michael
Resp: **Grosch, Andreas** Posoniensis Ungarus
Dispvtatio politica, exhibens paedagogiam sive edvcationem & institutionem liberorvm
Un: Wittenberg 27. III. 1641.
Wittenberg (Haken, Johannes) 1641[97]

18.
Praes: Bernegger, Matthias
Resp: **Gruber, Daniel** Eisenstadiensis Austriacus
Discursus Historico-Politicus De Peregrinatione Studiosorum
Un: Straßburg V. 1619.
Straßburg (Reppius) 1619[98]
Straßburg (Reppius) 1625[99]
Jena (Müller) 1680[100]
Jena (Ehrichius, Paulus) 1714[101]

19.
Praes: Bernegger, Mathias
Resp: **Heindel, Ferdinandus** Posoniensis-Ungarus
Disputatio Historico-Politica: Continens Quaestiones tres Miscellaneas
Un: Straßburg X. 1624.
Straßburg (Reppius, Johanes) 1624[102]

20.
Praes: Gartzaeus, Andreas
Resp: **Hendel, Johann** (Siebenbürgen)
Libri quarti disputatio III. de rebus rempubl. adjuvantibus
Un: Königsberg
Königsberg 1648[103]

21.
Praes: Felwinger, Johann Paul
Resp: **Heuchelin, Christian** Poson.
Dissertatio Politica de Legibus
Un: Altdorf IX. 1660.
Altdorf (Hagen, Georgius) 1660[104]

22.
Praes: Wendeler, Michael
Resp: **Honterus, Johannes** Corona Transylvanus
Disputatio Politica De Republica Hebraeorum
Un: Wittenberg 20. VI. 1655.
Wittenberg (Fincelius, Wilhelmus) 1655[105]

23.
Praes: Wendeler, Michael
Resp: **Hutter, Georgius** Cibinio-Transylvanus
Nonnullas Positiones Politicas, ad caput de Subditis pertinentes
Un: Wittenberg 19. VI. 1662.
Wittenberg (Fincelius, Wilhelmus) 1662[106]

24.
Praes: Wendeler, Michael
Resp: **Jentsch, Christianus** Posoniensis Ungarus
Disputationum Politicarum Undecima De Corruptione Rerumpublicarum
Un: Wittenberg 7. V. 1642.
Wittenberg (Wendt, Michael) 1642[107]

[94] OSZK RMK III. 1411 - RMNY II. 1399 - *DE JTT*
[95] BCU (Kolozsvár) BMV2588 - *DE JTT* - RMK III. 1731
[96] MTA (Budapest) - http://real-r.mtak.hu/802/1/1673_1711_schallero.pdf - *DE JTT*
[97] VD17 547:692127E - FLB (Gotha) - RMK III. 6225
[98] HAB (Wolfenbüttel) 240.21 Quod. (1) - *DE JTT* - VD17 23:259819L
[99] VD17 1:014903Z
[100] MPI (Frankfurt) Misc. jur. 038-030, Var. Disp. 75/7, Var. Disp. 144/027 - VD17 23:281619Z - VD17 32:628020Z - VD17 23:281627R
[101] MPI (Frankfurt) DISE 84/014, Var. Disp. 666/36 - SLUB (Dresden) Coll.diss.A.9.41 - *DE JTT*
[102] OSZK RMK III. 1365 - *DE JTT*
[103] In: GARTZAEUS, *Disputationes Schönbornerianae*, Regiomontum, 1648 - VD17 12:175654Z - BSB (München) 4 Diss. 479
[104] MTA RMIr III. 552 - *DE JTT* - RMK III. 6409 - VD17 3:680451H - VD17 547:656613Z
[105] MPI (Frankfurt) Var. Disp. 69/12 - BSB 4 Diss. 333 - *DE JTT* - RMK III. 1949 - VD17 14:062363P - VD17 12:145244M
[106] MTA RMIr. III. 512 - *DE JTT* - RMK III. 2169 - VD17 3:015074H
[107] SLUB (Dresden) Coll.diss.A.131,41 - *DE JTT* - VD17 14:062342 T

25.
Praes: Wendeler, Michael
Resp: **Jentschius, Christianus** Pannonius
Disputatio politica De bello continens materiae praesentis I. praecepta utiliora, II. axiomata illustriora, III. problemata selectiora
Un: Wittenberg 1641.
Wittenberg 1641[108]

26.
Praes: Verhel, Arnoldus
Resp: **Katona, Stephanus** Geleino-Hungarus
Disputatio Politica De Bello et Pace
Un: Franeker VI. 1653.
Franeker (Balck, Idzardus) 1653[109]

27.
Praes: Meisznern, Johannis Georgius
Resp: **Langen, Johannes Christophorus** Poson-Hungarus
Problema Politicum, Quid astris tribuendum circa Rerumpublicarum conversiones?
Un: Wittenberg 12. XI. 1681.
Wittenberg (Wilckius, Johannes) 1681[110]

28.
Praes: Rotlöben, Johannes
Resp: **Lanius, Zacharias** Turocensis Pannonius
Disputatio prima politici discursus de belli causa formali: Quomodo bellum sit suscipiendum & gerendum
Un: Wittenberg 23. VII. 1619.
Wittenberg (Gorman, Johannes) 1619[111]

29.
Praes: Bernegger, Matthias
Resp: **Listi, Franciscus** L. B. in Kettsee, Prellenkirchen & Kabold
Qvaestionvm praecipve Politicarum ex Agricola C. Cornelij Taciti collectarum, Fasciculus I.
Un: Strassburg III. 1616.
Strassburg (Carolus Johannes) 1616[112]

30.
Praes: Schallerus, Jacobus
Resp: **Martini, Matthias** ex Pannonibus Sempronianus
Dissertatio politica De Matrimonio
Un: Straßburg 6. II. 1663.
Straßburg (Dolhopffius, Georgius Andreas) 1663[113]

31.
Praes: Felwinger, Johannes Paulus
Resp: **Metzger, Johannes Honorius** V. A.
Politica De Politico Dissertatio
Un: Altdorf II. 1660.
Altdorf (Hagen, Georgius) 1660[114]

32.
Praes: Röhrenseen, Christianus
Resp: **Michaelis, Georgius** Hungarus
Aerarium Cautum Quindena Positionum Delineatum
Un: Wittenberg 14. I. 1682.
Wittenberg (Henckelius, Matthaeus) 1682[115]

33.
Praes: Bernegger, Matthias
Resp: **Moslehner, Michael Johannes** Schemnicio Vngarus
In C. Svetonii Tranqvilii Avgvstvm, Diatribe V.
Un: Straßburg, IV. 1632.
Straßburg (Glaserus, Wilhelmus Christianus) 1632[116]
Straßburg (Bernegger) 1654[117]
Straßburg (Bockenhoffer, Johannes Joachim) 1655[118]

34.
Praes: Bernegger, Matthias
Resp: **Moslehner, Michael Johannes** Schemniczio Ungarus
Dissertatio Historico-Politica De Odio Subditorum Adversus Principem
Un: Straßburg, IX. 1632.
Straßburg (Reppius, Johannes) 1632[119]

35.
Praes: Wendeler, Michael
Resp: **Newnachbar, Paulus** Corona Transylvanus
Disputatio Politica De Officio magistratus circa religionem & reipublicae defensionem
Un: Wittenberg 20. VI. 1655.
Wittenberg (Fincelius, Wilhelmus) 1655[120]

[108] *Könyvtári Szemle* (1935), S. 102.
[109] MTA - *DE JTT* - RMK III. 1835.
[110] BSB (München) 4 Diss. 447/36 - *DE JTT* - OSZK RMK III. 3146a - VD17 12:168439Y - VD17 12:168687 B
[111] SBPK (Berlin) 10 in FI 8703 - *DE JTT*
[112] MTA RMIr. III. 764 - *DE JTT* - OSZK - RMK III. 1178
[113] RMK III. 2217 - *DE JTT*
[114] OSZK RMK III. 6410, 6411. - *DE JTT* - VD17 547:656157D
[115] RMK III. 3220. - VD17 39:147467S - FLB (Gotha) Diss.phil 8° 00059 (37a)
[116] Augsburg, Staats- und Stadtbibliothek 4 Gs 523-23- *DE JTT* - OSZK RMK III. 1488
[117] in: Matthiae BERNEGGERI *Diatribae in C. Suetonii Tranquilli C. Jul. Caesarem, Augusti quaedam, et Titum Vespasianum ex auctoris adnotationibus passim auctae et emendatae*, Argentorati, MDCLIV, S. 71-93. – BSB (München) 4 Diss. 252/6 - *DE JTT*
[118] in: Matthiae BERNEGGERI *Diatribae in C. Suetonii Tranquilli C. Jul. Caesarem, Augusti quaedam, et Titum Vespasianum ex auctoris adnotationibus passim auctae et emendatae*, Argentorati, MDCLV, S. 71-93. - Regensburg, Staatliche Bibliothek 999/4Class.114 - *DE JTT*
[119] OSZK RMK III. 1488 - *DE JTT* - ÖNB 134.030-B
[120] SLUB (Dresden) Coll.diss.A.131,30 - *DE JTT* - RMK III. 1976. - VD17 14:062320Q

36.
Praes: Gutkius, Georgius
Resp: **Oztrozith de Ghylethinz, Johannes** Liber Baro In Illawa & c.
Disputationem Politicam De Maiestatis Absoluta Potestate
Un: Wittenberg 9. XI. 1616.
Wittenberg (Richterus, Johannes) 1616[121]

37.
Praes: Bernegger, Matthias
Resp: **Öppy, Jacobus** Raika-Pan.
Dodecas VII. Miscellanearum Quaestionum, Ex C. Cornelii Taciti, De Situ moribúsque Gemanorum, libello desumptarum:
Un: Strassburg 8. IV. 1616.
Strassburg (Carolus Johannes) 1616[122]

38.
Praes: Witzendorffs, Wilhelm
Resp: **Paludnig, Johannes** Cassovia Hungarus
Disputationum Politicarum Tertia De Domino Et Servo, Parentibus Et Liberis
Un: Rostock 17. I. 1635.
Rostock, (Reusner, Johannes) 1635[123]

39.
Praes: Bernegger, Matthias
Resp: **Perlowitz, Andreas** Batthen. Hun.
Conclusiones Aliquot Politicae
Un: Straßburg 1628.
Straßburg (Ledertz, Paulus) 1628[124]

40.
Praes: Bernegger, Matthias
Resp: **Perlowitz, Andreas** Batthensis Hungarus
Disputatio Politica. De Veris Ac Genuinis Boni Civis Notis, Bonique Reipub.
Un: Straßburg 1. I. 1629.
Straßburg (Ledertz, Paulus) 1629[125]

41.
Praes: Felwinger, Johannes Paulus
Resp: **Pez, Johannes Ernst** Nob. Hung.
Thesium Ex Universa Politices Doctrina Depromptarum Decades Viginti Duae
Un: Altdorf 18. XII. 1654.
Altdorf (Hagen, Georgius) 1654[126]

42.
Praes: Falck, Nathanael
Resp: **Pilarik, Johannes** Oczowa-Hung.
An & Quousq[ue] Princeps observare Leges Fundamentales teneatur
Un: Wittenberg 20. IV. 1689.
Wittenberg (Wilckius, Johannes) 1689[127]

43.
Praes: Conring, Hermann
Resp: **Poch, Georg** Semproniensis Hungarus
Disputatio Politica De Rebuspublicis in Genere
Un: Helmstedt 26. VI. 1639.
Helmstedt (Lucius, Jacobus) 1639[128]

44.
Praes: Felwinger, Johannes Paulus
Resp: **Polani, Georgius** Sempronio-Hungarus
Disputationum Politicarum De Arte khrématistiké, Sexta & Vltima
Un: Altdorf II. 1651.
Altdorf (Hagen, Georgius) 1651[129]

45.
Praes: Berckinger, Daniel
Resp: **Posahazi, Johannes** Ungarus
Disputatio politica De Republica
Un: Utrecht 18. III. 1654.
Utrecht (Waesberg, Johannes) 1654[130]

46.
Praes: Besoldus, Christophorus
Resp: **Preining, Ioannes Andreas** Viennensis Austrius
Quam summa favente Maiestate
Un: Tübingen 7. I. 1620.
Tübingen (Cell, Iohan Alexander) 1620[131]

47.
Praes: Felwinger, Johannes Paulus
Resp: **Preissegger, Georgius** Semp. H.
Dissertatio Politica De Bello
Un: Altdorf 20. X. 1666.
Altdorf (Hagen, Georgius) 1666[132]

[121] OSZK RMK III. 1182 - *DE JTT* - VD17 3:020474M
[122] MTA RMIr III. 333 - *DE JTT* - RMK III. 1179.
[123] OSZK RMK III. 1507 - *DE JTT*
[124] MTA RMK III. 1429
[125] MTA RMK III. 1439 - *DE JTT*
[126] LB (Stuttgart) jur Diss. 4680 - *DE JTT* - RMK III. 1864 - VD17 547:690240M
[127] RMK III. 3591 - VD17 39:146375Y - FLB (Gotha) Diss.phil 8° 00054 (63)
[128] HAB (Wolfenbüttel) 218. 24. Quod. (12) - *DE JTT* - RMK III. 1465 - VD17 14:065932G - VD17 1:007152R - VD17 23:255133X
[129] HAB (Wolfenbüttel) 95. 25. Pol (2) (132-153. pp) - *DE JTT* - RMK III. 1764 - VD17 75:705872Y
[130] MTA RMK III. 1908 - *DE JTT*
[131] *Katalog juristischer Dissertationen, Disputationen, Programme und anderer Hochschulschriften im Zeitraum von 1600 bis 1800 aus den Beständen der Universität Rostock,* Bd. 2., Hrsg. TSUNO, Ryuichi, Tokyo, 1989, Nr. 461019.
[132] BSB (München) 4 Diss. 1609 - *DE JTT* - VD17 12:155844X

48.
Praes: Hornius, Georgius
Resp: **Puspokius, Johanes Sylv.** Ungarus
Disputatio Historici Politica, De Origine, Incrementis & variis Rerum Publicarum Mutationibus
Un: Leiden 20. III. 1655.
Leiden (Leffen, Petrus) 1655[133]

49.
Praes: Kirchmaier, Georgius Caspar
Resp: **Rehlinus, Georgius Daniel** Posoniensis Hungarus
De originibus Habspurgico-Austrialis et Hohenzollerano-Brandenburgicis
Un: Wittenberg 27. X. 1680.
Wittenberg (Wilckius, Johannes) 1680[134]

50.
Praes: Ölhafius, Petrus
Resp: **Reuetter, Michael** Nob: Pannon:
Disputatio Extraordinaria, De Urbe & Republica
Un: Danzig 1650.
Danzig (Rhetus, Georgius) 1650[135]

51.
Praes: Wendeler, Michael
Resp: **Ritthalerus, Michael** Modorensis Pannonius
Nobilitatem Hungarorum, Dissertatione Academica
Un: Wittenberg XII. 1664.
Wittenberg (Wendt, Michael) 1664[136]

52.
Praes: Moller, Jacobus Fridericus
Resp: **Roth, Georgius** Leutsch. Hungarus
Dissertatio Politica De Iure Maiestatis Circa Erigendas Et Confirmandas Academias
Un: Wittenberg 20. II. 1695.
Wittenberg (Schrödterus, Christian) 1695[137]

53.
Praes: Vogt, Johannes
Resp: **Sarnich-Hausen, Petrus Daniel** Modra Hungarus
Dissertatio Ethica Posterior, De Iustitia Particulari
Un: Jena 1668.
Jena (Bauhoferus, Jacobus) 1668[138]

54.
Praes: Hundeshagen, Johannes Chrostophorus
Resp: **Sattler, Georgius** Bistricio-Transyvanus
Disputatio Politica De Republica in genere
Un: Jena XII. 1666.
Jena (Sengenwald, Georgius) 1666[139]

55.
Praes: Husvvedelius, Conradus
Resp: **Schifferer, Michael** Carpona-Pannon.
Dissertatio Palladia De Bello Et Belligratione Ex Selectis Qvibusq; autorib. Politicis & JCtis congestam
Un: Jena 29. I. 1612.
Jena (Weidner, Johannes) 1612[140]

56.
Praes: Wendeler, Michael
Resp: **Schnitzlervs, Jacobvs** Cibinio Transylvanus
Collegii Publici Secundi Disputat. XII. & penultimam De Rerumpublicarum mutatione
Un: Wittenberg, 30. IV. 1658.
Wittenberg (Haken, Johannes)[141]

57.
Praes: Wendeler, Michael
Resp: **Schnitzlerus, Jacobus** Cibiniensis Transylvanus
Collegii Publici Tertii atque ultimi Disputationem IV. De Potestate Domesticâ
Un: Wittenberg, 4. IX. 1658.
Wittenberg (Haken, Johannes)[142]

58.
Praes: Bernegger, Matthias
Resp: **Schödel, Martinus** Posonio-Hungarus
Disquisistio Historico-Politica, De Regno Hungariae
Un: Straßburg 1629.
Straßburg (Repp, Johannes) 1629[143]
Straßburg (Repp, Johannes) 1630[144]

59.
Praes: Röhrensee, Christianus
Resp: **Seelmann, Christianus Martinus** Leutschovia-Hungarus
Positionum Politicarum Denarius
Un: Wittenberg, 8. XII. 1694.
Wittenbergae(Hakius, Johannes) 1694[145]

[133] MTA RMIr. III. 956 - *DE JTT* - RMK III. 1939.
[134] HAB (Wolfenbüttel) Gm 3397- *DE JTT* - RMK III. 6787 - VD17 23:307954 F
[135] RMK III. 1742 - *DE JTT*
[136] ULB SA (Halle) Pon IIm 183, QK - *DE JTT* - VD17 12:137023L - OSZK RMK III. 2264
[137] MPI (Frankfurt) Disp. Iur. Publ. X/43 - *DE JTT* - RMK III. 3970 - VD17 3:020516 T
[138] VD17 14:020114 F - FLB (Gotha) 03 - Jus.G. 8° 00272 (49)
[139] UB (Erlangen) ltd. Phs. 12/46 - *DE JTI* - RMK III. 2334
[140] UB (Erlangen) A.S. 794/59 - *DE JTT* - VD17 12:172176N
[141] RMK III. 2044 - Bruckenthal Museum (Hermannstadt)
[142] RMK III. 2046 - Bruckenthal Mseeum (Hermannstadt)
[143] OSZK - RMK III. 1440 und 6173 - VD17 547:691850E - VD17 12:115073C - VD17 39:134458 B
[144] OSZK 78.327 - *DE JTT* - RMK III. 1460 - VD17 23:308266U
[145] MPI (Frankfurt) Witt 4/8 - *DE JTT* - RMK III. 3919 - VD17 39:147166 T

60.
Praes: Baldiunus, Gottlieb
Resp: **Serpilius, Augustinus** Caesaropol. Hungarus
De Bello
Un: Wittenberg 19. III. 1664.
Wittenberg (Wendt, Michael) 1664[146]

61.
Praes: Pichlerus, Sigismvndvs
Resp: **Serpilius, Johannes** Caesaropolit. Pannon.
Disputatio Politica De Incrementis Rervm pvbl.
Un: Königsberg 27. V. 1645.
Königsberg (Reusner, Johannes) 1645[147]

62.
Praes: Pichler, Sigismund
Resp: **Simonius, Johann** Cibiniens. Transylvanus
Discursus politicus prooemialis III. de jure gentium, tertio politicarum assertionum principio regulativo
Un: Königsberg IX. 1646.
Königsberg (Reusner, Johann) 1646[148]

63.
Praes: Sagittarius, Johannes Christfriedus
Resp: **Stockhinger, Georgius** Semp. Hungarus
Exercitatio Politica, De Bello
Un: Jena IX. 1646.
Jena (Freyschmietd, Casparus; Sengenwaldt, Georgius) 1646[149]

64.
Praes: Beuther, Joh. Mich.
Resp: **Szelleczky, Jacobus** Pan.
Symplegas controversarum quaestionum nomico-politicarum, tam foro quam scholis vtilium, adornata
Un: Straßburg IX. 1614.
Straßburg (Bertram, Antonius) 1614[150]
Straßburg (Bertram, Antonius) 1615[151]

65.
Praes: Schnitzlerus, Jacobus
Resp: **Thann, Andreas** Georg-Montanus, Hungarus
Dissertatio Politico-Mathematica ex Architectura Militari seu Fortificatione De Praemunitionibus Fortalitiorum
Un: Wittenberg, 20. IV. 1659.
Wittenberg (Haken, Johannes) 1659[152]

66.
Praes: Bernegger, Matthias
Resp: **Ursinus a Blagay, Stephanus**
Quaestionum praecipue politicarum ex Agricola C. Cornelii Taciti collectarum dodecas prima
Un: Straßburg 20. VI. 1616.
Straßburg (Carolus, Johannes)[153]

67.
Praes: Schallerus, Iacobus
Resp: **Vörös, Laurentius** Modra-Hungarus
Consideratio Politica Civitatis
Un: Straßburg VII. 1653.
Straßburg (Heyden, Johannis Petri ab) 1653[154]

68.
Praes: Striebel, Joh. Georgius
Resp: **Waranay, Andreas** Novisolio-Hung.
Discursus Politicus De Religionis In Rep. Necessitate Et Cura
Un: Wittenberg 30.IV.1679.
Wittenberg (Henckelius, Matthaeus) 1679[155]

69.
Praes: Kirchmaier, Georgius Caspar
Resp: **Zuanna Georg. Christoph. Melchior de** Nob. Sempron.
De originibus Habspurgico-Austriacis et Hohenzollerano-Brandenburgicis
Un: Wittenberg VI. (1677.)
Wittenberg (Wilckius, Johannes) (1677)[156]

70.
Praes: Pichler, Sigismund
Resp: **Zuanna, Johannes Melchioris de** Nobil; Pannon;
Dissertatio Politica De Republica In genere
Un: Königsberg II. 1644.
Königsberg (Reusner, Johannes) 1644[157]

[146] SBPK (Berlin) 5 an: Fl 8703 - *DE JTT* - RMK III. 2269 - OSZK - VD17 1:008991G
[147] Bibliotheka Czartoriskich (Krakow) 65652/I - *DE JTT* - OSZK - RMK III. 1654 und 6265 - VD17 14:651373 A
[148] Niedersächsische Landesarchiv, Staatsarchiv Bückeburg - *DE JTT*
[149] VD17 39:137981H - FLB (Gotha) Diss.phil 8° 00013 (25)
[150] RMK III. 5950 - OSZK - VD17 3:009926D
[151] UB (Erlangen) A.S. 822/43 - *DE JTT* - RMK III. 5971 - OSZK - ÖNB +44.P. 96.
[152] ULB SA (Halle) AB 63158 (14) - *DE JTT* - VD17 3:012544C
[153] OSZK 160.189.
[154] OSZK RMK III. 1847 - *DE JTT* - VD17 12:164603 B
[155] SLUB (Dresden) Coll.diss. A.118,23. - *DE JTT* - RMK III. 3028. - VD17 14:654216S
[156] ULB SA (Halle) IIn4533 - - *DE JTT* - RMK III. 4260. und 7744. (Gedruckt 1677.)
[157] OSZK RMK III 1621/a und 6247- *DE JTT* - VD17 12:136072 F

Abkürzungen im Verzeichnis

BCU	Cluj, Biblioteca Centrala Universitara
BSB	München, Bayerische Landesbibliothek
BU	Torun, Biblioteka Uniwersytecka w Toruniu
DE JTT	Universität Debrecen, Lehrstuhl für Rechtsgeschichte
FLB	Gotha, Forschungs- und Landesbibliothek
HAB	Wolfenbüttel, Herzog-August-Bibliothek
MPI	Frankfurt/Main, Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte
MTA	Budapest, Bibliothek der Ungarischen Akademie der Wissenschaften
OSZK	Budapest, Ungarische Nationalbibliothek
ÖNB	Wien, Österreichische Nationalbibliothek
SBPK	Staatsbibliothek zu Berlin/Preussische Kulturbesitz
RMK	Régi Magyar Könyvtár
RMNy	Régi Magyar Nyomtatványok Tára
SLUB	Dresden, Sächsische Landesbibliothek / Staats- und Universitätsbibliothek
UB	Erlangen-Nürnberg, Universitätsbibliothek
ULB SA	Halle, Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
VD17	Verzeichnis der im deutschen Sprachraum erschienenen Drucke des 17. Jahrhunderts
WLB	Stuttgart, Württembergische Landesbibliothek

The Changing Structure of Labour Law: Judiciary Courts and Termination of Employment Contract in the Italian Liberal Age (1865–1914)

Filippo Rossi *

Abstract

In these pages the author explains how, during the Italian Liberal Age (1865-1914), Civil Courts deal with the lack of rules regarding employment contract and dismissal (in Italian, 'licenziamento'), providing a model confirmed by the reforms carried out in the early decades of the 20th Century and in the current legal system.

Keywords: *Italian Liberal Age (1865-1914); Italian Unification; History of Labour Law; Italian Labour Law History; Employment contract; Breach of employment contract; Dismissal; Civil Courts Case Law.*

1. Introduction

In an essay of 1910, professor Pietro Cogliolo of Genoa wrote that "a legal institution may be important… either for the fineness and the difficulty of its dogmatic construction, or for the great number of social phenomena that it regulates".[1] I do believe that these words — which actually concerned the employment contract in general — fit very well with the rise of dismissal in Italy during the so-called 'Liberal Age' (1865-1914)[2].

As is well known, there is a substantial bibliography on the history of labour law, ranging from the reconstruction of its context (the so-called 'external history'), to the analysis of the object itself ('internal history')[3]. In this history, at least since the second half of the 1800 s, the contract of employment become the focal point of labour law[4].

What has been studied to a much lesser degree, in contrast, is dismissal. From the historical-juridical perspective, indeed, the termination of labour contract has been dealt with as a part of the employment relationship, because it was considered to be one of the phases — but not the most important — in the contractual matter that puts an end to the relationship[5].

* Filippo Rossi, PhD, Universitŕ degli Studi di Milano, Italy.

1 COGLIOLO, P., Idee direttive per il contratto d'impiego pubblico e privato. In COGLIOLO, P., *Scritti varii di diritto privato*, vol. 2, Torino, 1910 (2nd edition), p. 96. On Pietro Cogliolo, cf. BRACCIA, R., Cogliolo, Pietro. In: I. BIROCCHI, I., CORTESE, E., MATTONE, A., MILETTI, M.N. (eds.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo).* Bologna, 2013, vol. 1, p. 558-559).

2 The legal, political, social and economic situation in 19th Century Italy is reconstructed by AQUARONE, A., *Alla ricerca dell'Italia liberale*, Napoli, 1972. Beside this pivotal study, for a further bibliography cf.: BANTI, A.M., *Storia della borghesia italiana: l'etŕ liberale*. Roma, 1996; ASHLEY, S.A., *Making Liberalism Work: the Italian Experience 1860-1914*. Westport, Connecticut, 2003; CARTER, N., Rethinking the Italian Liberal State. In: *Bullettin of Italian Politics*, vol. 3, Nr. 2, 2011, p. 225-245; CAMMARANO, F., *Storia dell'Italia liberale*. Roma-Bari, 2014.

3 The bibliography on this subject is very extensive. Below are some of the most important works on Italian labour law's genesis and development: GIUGNI, G., Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia). In: *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 1, 1979, p. 11-49; VANO, C., Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro. In: MAZZACANE, A., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*. Napoli, 1986, p. 125-156; ROMAGNOLI, U., Diritto del lavoro (storia del). In: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*. Torino, 1989, vol. 4, p. 477-490; CAZZETTA, G., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*. Milano, 2007, especially p. 132-155. On an international perspective on 'internal history', cf. BOGG, A., COSTELLO, C., DAVIES, A.C.L., PRASSL, L. (eds.), *The Autonomy of Labour Law*. Oxford and Portland, Oregon, 2015. For the Italian 'internal history' of labour relationship, see: PASSANITI, P., *Storia del diritto del lavoro.* I, *La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*. Milano, 2006; CAZZETTA, G., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, and PADOA SCHIOPPA, A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'etŕ contemporanea*. Bologna, 2016 (2nd edition), p. 570-574 (now published in English: PADOA SCHIOPPA, A., *A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*. Cambridge, 2017, p. 570-574). There is boundless foreign literature on labour law history. It suffices to mention MAYER MALY, T., Arbeitsrecht. In: COING, H. (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. Vol. 3, *Das 19.Jahrhundert*, 3, *Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten*, p. 3635-3747, and CORNISH, W., Labour Law. In: *The Oxford History of the Laws of England*. Vol. 13, *1820-1914. Fields of developments*. New York, 2010, p. 621-720

4 This perspective was typical in older (for example CORNIL, G., *Du louage de service ou contract de travail. Étude sur les rapports juridique entre les patrons et le ouvriers employés dans l'industrie*. Paris, 1895) but even found in more recent works (see, for example, BOGG, A., FREEDLAND, M., *The Contract of Employment*. Oxford, 2016, especially p. 515-580).

5 This approach is common to jurists of positive law and law history from the 19th Century to the present day. Cf., amongst others, DANKWARDT, H., *Die locatio conductio operis*. Jena, 1874; KAHN-FREUND, O., Blackstone's neglected child: the contract of employment. In: *The Law Quarterly Review*, vol. 93, 1977, p. 508-528; ALÉMAN PÁEZ, F., CASTÁN PÉREZ-GOMEZ, S., *Del trabajo come hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*. Madrid, 1997; KEISER, T., *Vertragszwang und Vertragsfreiheit im Recht der Arbeit von der Frühen Neuzeit bis in die Moderne*. Frankfurt am Main, 2013.

The value of all these studies is indisputable and, as a whole, they supply important parts for reconstructing the overall picture. Nevertheless, the overall picture has yet to be completed.

My aim, here, is first to explain the reason why, still in 19th Century, in Italy there was no legal regulation on an issue as sensitive as the termination of employment relationship.

I will then clarify why such regulation was so hard to achieve, and I will set out how Italian judiciary courts reached this goal: namely, the rising of some ground rules concerning breach of employment contract. As it would be impossible, in the context of this article, to cover the entire Italian case law on dismissal, I chose some leading sentences, among the hundreds issued in Italy on labour relationship between 1865 and 1914.

Finally, I will try and make an effort at abstraction, so as to separate out the general instruments that govern the workings of dismissal over and above the historical and geographical context.

2. The legal system of the French Civil Code

As is well known, most of European civil codifications (including the *Civil Code of the Kingdom of Italy*, enacted in 1865) followed in the footsteps of the 1804 *Code Civil* (the future *Code Napoléon*) [6]. It was a bourgeois code, expression of a middle-class intelligentsia fighting with the corporatism and servile relations that were typical of the old regime. In the name of *laissez-faire*, French legislators did not offer a specific legal framework for labour relations, which were instead trapped within the boundaries of the lasting Roman-law structure of *locatio-conductio*, a consensual contract, by which a person becomes bound to deliver to another the use of a thing for a certain time, or to do work at a certain price.[7]

Therefore, the contractual relationship ended up acquiring an extremely impersonal value, in accordance with the principle that "agreements lawfully entered into have the force of law for those who made them": so, "they cannot be revoked, except by mutual consent, or for reasons authorised by law" (art. 1134) [8]. As such, The *Code Napoléon* just gave a general definition ("the hiring of work is a contract by which one of the parties engages to do something for another for a price agreed upon between them", art. 1710) [9] and a prohibition that weighed on the worker, namely that "services can only be engaged for a term, or for a determinate undertaking" (art. 1780).[10] However, as the Liberal Age was marked by a contradiction between the formal (or legal) equality and the substantive social inequality, the art. 1780 itself — that is to say, the prohibition of life long undertakings — allowed the employer to terminate employees for any reason [11].

Such a strategy had been pursued and carried out scientifically: compared to art. 113 of the 1800 draft of the French Code — which prohibited the termination of employment (except for menial jobs) "before the agreed upon time" and "without a serious cause" [12] — the *Code civil* swept away every protection when firing a worker. From January 5, 1804 onwards, the text discussed in the State Council coincided with that of the subsequently promulgated *Code*. And, needless to say, there was no trace of notice, nor of cause.[13]

2.1 Employment contract (and its termination) in the Italian Civil Code

It is well known that the *Code Napoléon* provided, in Italy, an effective platform on which to build the national legal system, after political unification had been laboriously achieved in 1861 [14].

That said, it is fair to assert that the 1865 Italian Civil Code was not substantially different from its model: indeed the unified codification merely translated from the French the well-known definition of contract ("The hiring of the work is a contract whereby one party agrees to do something for the other,

[6] See, amongst others, MARTÍN, X., *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*. Boučre, 2003 (and CAVANNA, A., Influenze francesi e continuitć di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento. In: *Studi di storia del diritto*, vol. 3, Milano, 2001, p. 719-753).

[7] Among the countless examples of historical studies on this topic, please see FIORI, R., *La definizione della 'Locatio Conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*. Napoli, 1999, and DEROUSSIN, D., *Histoire du droit des obligations*. Paris, 2007, especially p. 190-192. For a comparison between common law and civil law in the field of employment contract, cf. ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford, 1996, p. 384-412.

[8] Thus the French text: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi ć ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent ętre révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise" (*Code Civil des Français. Édition originale et seule officielle*. Paris, 1804, art. 1134, p. 275).

[9] "Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage ć faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles" (*Code Civil des Français*, art. 1710, p. 417). On this topic cf. HALPÉRIN, J.-L., Le fondement de l'obligation contractuelle chez le civilistes français du XIXe sičcle. In: MONHAUPT, H., KERVÉGAN, J.-F. (eds.), *Freiheit und vertragliche Bindung*. Frankfurt am Main, 1999, p. 323-347.

[10] "On ne peut engager ses services qu'ć temps, ou pour une entreprise déterminée" (*Code Civil des Français,* art. 1780, p. 433).

[11] On this theme cf.: BARCELLONA, P., Libertć contrattuale. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1974, vol. 24, p. 487-494; BALAT, N., Les malentendus historiques en droit des obligations. In: LAURENT-BONNE, N., POSE, N., SIMON, V., (eds.), *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*. Paris, 2014, p. 253-276.

[12] It is the text (in short) of art. 113: "Les domestiques attachés ć la culture, les servantes de cour, les ouvriers artistes, ne peuvent ni quitter leurs maîtres, ni ętre renvoyés par eux, avant le temps convenu, que pour cause grave". The in-house servants "attachés ć la personne du maître, ou au service de maisons", could be dismissed, on the contrary, without notice nor reason (thus art. 112). Respectively, see Projet de la Commission de Gouvernement. Présenté le 24 thermidor an VIII, and Rapport fait au tribunat par M. Mouricault, dans la séance du 14 ventose an XII (both in FENET, P. A., *Recueil complet des Travaux préparatoires*. Osnabruck, 1968, vol. 2, p. 366, and vol. 14, p. 339).

[13] Cf. Procčs-verbal de la séance du 14 nivôse an XII. – 5 janvier 1804. In: FENET, P. A., *Recueil complet des Travaux préparatoires*. vol. 14, p. 232 and p. 255–256, and *Procčs-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du Code Napoleon*. Paris, 1808 (2nd edition), vol. 3, p. 498–500.

[14] As there are innumerable studies, bot recent and old, dealing with the political and legislative Italian Unification, I shall list only an essential bibliography: cf. AQUARONE, A., *L'Unificazione legislativa e i codici del 1865*. Milano, 1960; MARTUCCI, R., *L'invenzione dell'Italia Unita (1855-1864)*. Milano, 1999; COLLIER, M., *Italian Unification, 1820-1871*. Oxford, 2003; DI SIMONE, M.R., *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'Antico Regime all'Unitć*, Torino, 2007 (2nd edition), p. 288-291; PADOA SCHIOPPA, A., *Storia del diritto in Europa*, p. 547-551.

for a price agreed between them" art. 1570)[15] and prevented the contract from producing indefinite and undefined effects, engaging service "if not for a time or for a specific undertaking" (art. 1628).[16]

The problem was that this new overwhelming area of freedom, within which the contracting parties could do what they wanted, erased the previous system, which had been full of non-legislative rules and practices (*coutume ouvrière*, *Geschäftgebrauch*, *working class habits*). Customs and corporate regulations had indeed managed to regulate the life of workers, providing them with small but significant spaces of protection: such as the right not to be fired 'at will'. Italian Guild Statutes proved it: in Renaissance Florence, for example, innkeepers and cobblers were supposed to be given a minimum period of notice (one and two months, respectively)[17]; and the Sforza Statutes of 1517 prevented Milanese wool merchants from firing any employee without prior warning of at least seven days.[18]

This condition of certain freedom — lasting from the Middle Ages to the end of *Ancien Régime* — was also confirmed in statutory laws by the so-called 'licentia' (permission), namely the act whereby the master allowed the servant to seek a new work[19]: something very different from the unilateral power which the employer could exercise in his own interest to breach the contract.

But let's get back to the 19th Century Italy.

In 1860, during the preparation process of the Italian civil codification, many judiciary districts had been tasked to submit their observations on the first draft of the Code (the so-called 'progetto Cassinis')[20]. Among all the courts, only the Milan civil Cassation pointed out that focusing solely on the prohibition of a job for life — that is to say, the abovementioned article 1628 — was "inadequate to regulate a contract that in practice is becoming more and more important". Especially as regarded dismissal, they considered "unfair" that a worker "may be removed at any moment and for no reason".[21] But the good news would stop right about there, as even those wise judges did not know how to fix the problem of dismissal.

2.2 … and in the Italian doctrine

Even the doctrine failed to respond satisfactorily, too.

Among the first commentators of the 1865 Civil Code[22], many scholars firmly believed that a contract of service (in Italian, 'locazione d'opera') was incompatible with endless constraints. They made their own version of Joseph Pothier's argument, according to which a reciprocal termination of contract through cancellation allowed the employer to terminate and the employee to quit from the contract.[23]

In this respect, therefore, the temporary nature of the agreement became a principle of 'public order'.[24] In the 1870 s Marco Vita Levi — the first and almost unknown Italian labour lawyer — pointed out that withdrawal (the so-called 'congedo') was the rule in contracts with no fixed term, which "may be terminated by either party at any time".[25] In considering an agreement that was dependent on an employer's common sense, he endorsed the idea that "if a man is engaged in a service in which the punctual performance of his duties is necessary to

---

[15] Thus the italian text: "La locazione delle opere č un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede" (*Codice Civile del Regno d'Italia*, Torino, 1865, art. 1570, p. 373).

[16] "Nessuno puň obbligare la propria opera che a tempo, o per una determinata impresa" (*Codice Civile del Regno d'Italia*, art. 1628, p. 386).

[17] Cf. Statuto dell'arte dei Vinattieri, Firenze, 1351, f. 65, as well as Statuto dell'arte dei Fornai, Milano, 1357, I, f. 10 e 1360, f. 12. In: DOREN, A., *Le arti fiorentine* (transl. KLEIN, G.B.). Firenze, 1930, vol. 2, p. 183.

[18] Cf. *Statuta et ordines mercatorum lanae Mediolani* (1517), cap. XC, Quod nullus possit recedere de domo illius Mercatoris, in qua laborat absque eius licentia, in Statuta et Ordines mercatorum lanae Medionali, Milano, 1517, p. 45–46 (Biblioteca Ambrosiana, ms. SPB XI 46.1°). From this perspective, the municipal statutes—not just the Italian ones—are a truly invaluable source for reconstructing the mechanisms for terminating work during those Centuries. On this point, DOREN, A., *Die Florentiner Wollentuchindustrie. Vom Vierzehnten bis zum Sechzehnten Jahrhundert*. Stuttgart, 1901; GIBERT, R., El contrato de servicios en el derecho medieval español. In: *Revista de Política Social*, vol. 101, 1974, p. 5-134; MORELLO, M., L'organizzazione del lavoro nelle botteghe artigiane tra XIII e XV secolo. Il contratto di apprendistato. In *HI [www.historiaetius.eu]*, vol. 10, 2016, paper 9.

[19] See, for example, Edict of May 30th, 1764. In: MALATESTA, G.R. (ed.), *Gridario dello Stato di Milano dal 1727 al 1794*, Milano, 1794, vol. 2 (accessible on-line: http://www.historia.unimi.it/digital/grida/3M6_2/pdf/000171.pdf).

[20] The leading monograph on this subject is SOLIMANO, S., *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario: i progetti Cassinis (1860-1861)*. Milano, 2003.

[21] Progetto di revisione del codice civile albertino e sunto delle osservazioni fattevi dalla Magistratura giudiziaria, art. 1795, Court of Cassation of Milan. In: *Lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia*, Roma, 1888 (2nd edition), vol. 2, part. 2, A, art. 1795, p. 767.

[22] With regard to the first Italian commentators of the 1865 Civil Code (the so-called 'paleocivilisti'), see UNGARI, P., *L'etŕ del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*. Napoli, 1967, p. 129-181. A review of 'paleocivilistica' can be also found in GROSSI, P., Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietŕ. In: GROSSI, P., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Milano, 1992, p. 439-569.

[23] Thus the original text: "Il doit permis au serviteur de quitter… et au maître de se renvoyer sans juste cause avant le temps convenu" ([POTHIER, R.-J.] *Traité du contrat de louage selon les rčgles tant du for de la conscience, que du for extérieur. Par l'Auter du traité des obligations*. Paris 1764, p. IV, art. 2, § 4, n. 372, p. 336). From a theoretical point of view, up to the 18th Century, juridical science (mostly French) held that the labour contract was entered into on the basis of common consent between the parties and, therefore, also the termination of the relationship should be agreed jointly on the basis of a reciprocal giving of notice (the so-called *résiliation*): cf. on this matter, DOMAT, J., *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*. Paris, 1689, vol. 1, l. I, tit. I, des conventions, s. I, § 7, p. 72, and POTHIER, *Traité du contrat de louage*, p. VI, art. II, § 4, n. 372, p. 336.

[24] See, for example, PACIFICI MAZZONI, E., *Codice civile italiano. Commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, vol. 4, *Trattato delle locazioni*, Modena, 1869, § 276, p. 346), as well as RICCI, F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. 8, Torino, 1885, § 209, p. 367.

[25] Cf. VITA LEVI, M., *Della locazione delle opere e più specialmente degli appalti*, I, *Della locazione delle opere*. Torino, 1876, § 220, p. 173 (some informations on the life and works of Marco Vita Levi in ROSSI, F., L'emersione del licenziamento in etŕ liberale (1865-1914) fra codice, dottrina e giurisprudenza. In: *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 146, Nr. 2, 2015, p. 231–272, p. 237 fn. 28, and Id., *La costruzione giuridica del licenziamento*, p. 70-85).

the health or the safety of others, a single act of negligence would warrant his dismissal". Vita Levi took these words from *The Law of Master and Servant* by William Andrews Holdsworth, an English author of many publications for non-professionals who cannot be considered progressive at all.[26]

It was a point of view also shared by some leading Italian scholar at the beginning of the 20th Century — although with better arguments and formulation — such as, above all others, the 'father' of Italian labour law, professor Lodovico Barassi, through his masterpiece: *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* (that is to say *The employment contract under the current Italian law*).[27]

3. The contribution of judiciary courts

But how was the Italian legal system supposed to change — when it came to leaving a job — if legislators betrayed workers' aspirations and the 1865 Civil Code didn't take up their problems?

The only way to discover how the issue was gradually resolved is by looking at the case law of civil courts, especially from the 1860 s to the outbreak of the First World War[28].

On the one hand, so as not to betray the ideals of the middle-class codification, they started drawing up a light and nimble arrangement that would be able to boost trade and ensure an easy termination of contracts. For this reason, the only requirement that everyone agreed upon was notice (the so-called 'avviso') "to be communicated with *fair play*" (as stated, for example, by the Parma Supreme Court in August 1860).[29]

On the other hand, however, the courts aimed for a *minimum* of equity and a balance between parties. Even in those districts that were less sensitive to social implications, judges believed that falling below the threshold of a reasonable period of notice ('preavviso') was really unfair, especially without compensation for damages: those who decided to leave counterparties to their fate could do so, but only by giving them something in return! Thus, in 1882, the civil Cassation of Turin qualified the contract of service as "a bilateral, commutative contract, which cannot be revoked nor terminated by the willingness of one of the parties, except with compensation for damages".[30]

In addition, starting in the 1860 s, a sort of awareness emerged of the boundaries beyond which it was better not to go. An interesting example of this was offered by the Genoa court of appeal in 1866, which stated that "he who commits his own work to another person's service for a specified time and a daily salary, assuring that he will not work with other employers, may not be dismissed by his master without cause".[31]

3.1 Civil courts and internal Rules for workers

The very need to protect workers from arbitrary termination (the so-called 'licenziamento arbitrario') — that is, termination which depended on an employer's unlimited discretion — developed for the very first time within the framework of internal rules for workers (in Italian, 'regolamenti interni di servizio', or 'ordini di servizio'): a set of additional terms and conditions imposed by bigger, more relevant, or economically and organizationally more important companies and factories, in order to lay down the rules of behaviour on their employees from when they were hired to when they are dismissed. And — as it's easy to imagine — they would contain an interesting series of cases allowing for dismissal[32].

As a first step (roughly in the 1870 s and 1880 s), in accordance with the principle of freedom of contract, judges were reluctant to consider the contents of these 'farm codes'. The reason? Because *regolamenti di servizio* entirely replaced the rules of the Civil Code — adjusting them, correcting them, clarifying them, so courts thought. In light of this, in 1874 the Turin court of appeal allowed the *Alta Italia* railway company to fire employees "without being called into account or to explain the reasons". The company "has specific rules on disciplinary actions and dismissal" over which *Alta Italia* is "the absolute master", the Court said.[33]

Nevertheless, during the 1880 s and 90 s, many other courts raised their voice against such an approach, especially in Milan, a city that has been in the forefront, both at national and inter-

---

[26] HOLDSWORTH, W.A., *The law of Master and Servant. Including that of Trades Unions and Combinations*. London, 1876, p. 72-73 (not to be confused with the more widely known William Searle Holdsworth (1871-1944), author of the monumental *A History of English Law,* 16 voll., London, 1903-1966).

[27] BARASSI, L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, especially, § 328, p. 823-825 (on this subject, see HERNANDEZ, S., Potere disciplinare e recesso nel «Contratto di lavoro» di L. Barassi. In: NAPOLI, M. (ed.), *Lodovico Barassi. Il Contratto di lavoro nel diritto positivo italiano. Ristampa anastatica dell'edizione del 1901.* Milano, 2003, p. 335-348. On Barassi, cf. CAZZETTA, G., Barassi, Lodovico. In: *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, vol. 1, p. 156-158.

[28] The analysis of the decisions taken by the civil courts is based on the cases issued by Italian Tribunals, Courts of appeals and Courts of Cassations (until 1923—when a unique Court of cassation in Rome dealing with civil proceedings was established—there were five regional Courts in Turin, Florence, Rome, Naples, and Palermo. On this matter, see MECCARELLI, M., *Le Corti di Cassazione nell'Italia Unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*. Milano, 2005). More specifically, my records on dismissal cover two hundreds of sentences, reported in the main Italian law journals of 19th and 20th Centuries (e.g., *Monitore dei Tribunali*, *La Giurisprudenza*, *Il Foro italiano*, *La Legge*, and many more. For a faithful review of the 1800 s Italian legal magazines, cf. MANSUINO, C. (ed.), *Periodici giuridici italiani (1850-1900).*Milano, 1994. For further details about the case law, see, if I may, ROSSI, F., *La costruzione giuridica del licenziamento*, p. 279-286).

[29] Supreme Court of Parma, 31 August 1860. In: *Monitore dei Tribunali*. *Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale*, vol. 1, 1860, p. 832-835.

[30] Cf. Court of Cassation of Turin, 25 February 1882. In: *Monitore dei Tribunali*, vol. 23, 1882, p. 513-514

[31] Court of appeal of Genoa, 15 December 1866. In: *Gazzetta de' Tribunali, ossia raccolta di sentenze con note ed osservazioni, articoli di vario diritto, cronaca del Parlamento*, vol. 19, 1867, p. 431.

[32] On this subject, please see ROSSI, F., *La costruzione giuridica del licenziamento*, p. 123-140, and also ORTAGGI CAMMAROSANO, S., *Libertŕ e schiavitů. Il mondo del lavoro dall'ancien régime alla fabbrica capitalistica*. Napoli, 1995, especially p. 169-178, with her bibliography.

[33] Court of appeal of Turin, 29 December 1874, *La Giurisprudenza. Collezione di sentenze della corte d'appello di Torino e di altre corti e tribunali*, vol. 12, 1875, p. 89-90.

national level, in the history of labour law and the reconstruction of dismissal[34]. Here judges thought that they had to take a very close look inside the *regolamenti*, thereby forcing employers to respect agreements according to the main principles of contract law. In other words, they actually wanted the counterparties 'compete in equal terms' and fulfil their obligations. For example, in its decision of April 1891, the Milan Court of appeal ruled that the *Norme costitutive dello stato degli impiegati della Banca Nazionale* (that is to say *Rules on the settlement of Banca Nazionale's employees*) established a "*vinculum iuris*": a legal bond between employer and employee". Therefore "these special arrangements", which fell under the law of contract by means of the agreement, "bind both of them with the effect of keeping employers from firing employees at their own discretion, except for the reasons provided for by the *regolamento interno di servizio*".[35]

3.2 The pioneering case law of ordinary Courts

Though it was sometimes subordinated in favour of industries (for example in Turin), or sometimes theorized to alleviate the harsh condition of workers (especially in Milan), the idea of "unfair dismissal" nonetheless provided a first barrier in law against abusive treatment and exploitation.

However, workers needed to be protected against unfair termination 'in general': an instrument was required that might successfully work not only for *regolamenti di servizio*, but also for the situations not covered by the agreement between the parties, for all of those times that employers exceeded limits when breaching a contract. In all of these cases the principle of good faith was being violated. And art. 1124 of the 1865 Civil Code provided that "contracts shall be performed according to good faith, binding the parties non only by what is written, but also by all the consequences entailed by fairness, practice and law".[36]

Undoubtedly, civil courts had a key role to play in this regard. The absence of a good reason to 'abandon' the agreement was, in fact, the starting point for the development of case law on arbitrariness, and so many instruments of modern labour law arose out of the concept of 'unjust cause' (in Italian, 'ingiusta causa') as time went by. For example, in 1866, the Genoa Court of appeal came down hard on a manager of a theatre who did not allow his employee to reach the workplace, condemning his anti-labour behaviour and, thereby, sentencing him to pay damages.[37] Many years later, in 1895, the Milan Court of appeal would use an inductive method to create a new element of 'unfairness', providing guidelines for similar cases. For example, the court ruled that an employer could not lay off employees due to business reasons (such as when a business slow-down occurred) and "then hire other workers after that". Nor could the employer require an employee to leave due to incapacity, as long as the latter could provide a certificate of good service.[38] Finally, in 1898, in accordance with the *Rules of the Milan Chamber of Commerce* (*Norme della Camera di commercio di Milano*), the Court would not hesitate to equate forced resignation (*coazione morale a dimmettersi*) with wrongful termination, and once again would sentence the employer to pay damages.[39]

All of this to say that, as far back as the end of 19th Century, arbitrariness was one of the topics on which civil courts had to focus their attention. And this was necessarily reflected in termination of employment. At the dawn of the new Century, the vast majority of civil courts would require employers — for example, the Catania Court of appeal in 1904 statutes — to give an appropriate period of notice "in the name of the law, equality, and humanity". The one exception to this golden rule was in the event of "very serious motives" justifying an immediate breach of contract.[40]

In short, the former glory of withdrawal without cause (in Italian, 'recesso *ad nutum*') arose only when it was not possible to get over the worst failures committed by the employee.

Without drawing up a list of these serious reasons, the courts developed some criteria to find their way around the disputes they had the right and duty to rule on. In Lucca (Tuscany), for instance, they relied on the *Rules of the Florence Chamber of Commerce*, enabling termination "without prior notice or payment of compensation" in cases of "infidelity, breach of trust, refusal to obey and other serious offenses to the dignity and the honour of the Master".[41]

As they had always been more sensitive to social issues, the courts of Milan reaffirmed the theorems on which the changing structures of labour law were based in that period: free dismissal, provided that appropriate notice was given; integration of the Civil Code with other sources (*regolamento di servizio*, *Norme delle Camere di commercio*); and the use of fairness and good faith to address the iniquities committed by liberal legislators when enacting the 1865 Civil Code.

Furthermore, in Milan the judges simplified the matter by ignoring the distinction between temporary and open-ended contracts (the former were revocable at any time, while the latter only in compliance with certain formalities). When explaining how employment could be 'broken', they instead preferred to distinguish between reason, or just cause (the so-called 'giusta causa'), whereby not even a temporary continuation was

[34] See, among others: DELLA PERUTA, F., *Milano: lavoro e fabbrica (1814-1915)*. Milano, 1987; BIGATTI, G., *La cittŕ operosa. Milano nell'Ottocento*. Milano, 2000; GRANATA, M., *Smart Milan. Innovation from Expo to Expo (1906-2015)*. Berlin, 2015.

[35] Court of appeal of Milan, 28 April 1891. In: *Monitore dei Tribunali*, vol. 33, 1892, p. 244-225.

[36] Thus the italian text: "I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto č nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equitŕ, l'uso o la legge ne derivano" (*Codice Civile del Regno d'Italia*, art. 1124, p. 271).

[37] Court of appeal of Genoa, 27 July 1866. In: *Gazzetta de' Tribunali*, vol. 19, p. 1867, p. 150-151.

[38] Court of appeal of Milan, 17 July 1895. In: *Monitore dei Tribunali*, vol. 36, 1895, p. 676-678.

[39] Court of appeal of Milan, 28 November 1898. In: *Monitore dei Tribunali*, vol. 40, 1899, p. 289-290.

[40] Court of appeal of Catania, 20 June 1904. In: *Monitore dei Tribunali*, vol. 45, 1904, p. 735-736.

[41] Court of appeal of Lucca, 20 December 1903. In: *Monitore dei Tribunali*, vol. 45, 1904, p. 90-191. Further informations on the Italian Chambers of Commerce in SCIUMČ, A., *Organizzare l'economia. Le Camere di commercio nell'Italia contemporanea fra diritto commerciale e diritto amministrativo*. Brescia, 2000, especially p. 42-78.

allowed; and just motive (in Italian, 'giusto motivo'), which, on the contrary, enabled termination with 'counterweights' to mitigate excessively injurious effects. This was of particular significance because, by doing so, civil courts paved the way for article 2119 of the 1942 Civil Code (for 'giusta causa')[42] and art. 3, law 1966, n. 694 (for 'giusto motivo').[43]

3.3 Probiviri and termination of employment contract

As one might see, up to this point Italy lacked a special labour court. Finally, while the civil courts were improving the labour law system, the law of 15 June 1893, n. 295, established the so-called *Collegi di probiviri*[44]. Inspired by the French *Conseil des prud'hommes*, these workers' arbitration boards had the task of amicably settling the conflicts between capital and labour. Although collective issues remained beyond the Probiviri's duties, they had jurisdiction over individual employment issues, including those concerning breach of contract and the compensation of damages for immediate dismissal (art. 8 lett i).[45]

As the law of 1893 gave *Collegi* plenty of operating space — much more than those of the Courts — one might argue that they were able to fill in the gaps of the Civil Code and provide even more equity than ordinary judges could. However, their contribution was not so innovative. Even to the Probiviri, dismissal was nothing but a unilateral expression of willingness made by a party to breach the contract. Of course, this act produced radical consequences in the counterpart's legal sphere. In sum, it was all about termination of an open-ended contract, but a bit less 'traumatic' for those who suffered its effects. For this reason, the boards simply provided a final date to an agreement that did not have one. More broadly, we can say that the case law of Probiviri strengthened the importance of *notice*, whose presence or absence made it possible to distinguish between lawful and arbitrary dismissal.[46]

That said, can we really say that the *Collegi* were close to infringing on the sphere of freedom?

I do not think so. The employers had to give a notice, but on the other hand, they were compensated by being exempted from giving an account of the reasons for termination.[47] Such was the relief of notice — the majority of boards believed — that the latter became irrevocable. For other *Collegi*, instead, the period of termination "may be determined by the agreements, and also by the *regolamento di fabbrica*, as it is accepted by each worker": the *regolamento*, they ruled, "has value and force of contract and therefore force of law" between the contracting parties. The employee, they conclude, "might give up the right to notice". But all Probiviri pointed out that he might also not deserve it, as a result of behaviour so serious as to determine the immediate termination of contract. Such reasons were certainly not easily classifiable, although we can roughly bring them back to "insubordination" and "dishonesty".

There is no doubt that the dichotomy between withdrawal with or without notice evokes the settlement provided by articles 2118 and 2119 — that is to say, the distinction between a dismissal 'at will' and a termination with 'counterweights' — of Italy's existing Civil Code, dated 1942. As Probiviri could not know what would happen in the coming years, I prefer not to give them credit for having anticipated the times. We can, however, appreciate their undeniable harmony of thought with those civil courts that were more willing to develop the system by attributing some rights to workers.

4. Conclusions

To summarize, in light of the 19th Century identification of civil rights as a 'negative' liberty, the Civil Code of 1865 was reluctant to become involved in protecting employees from employers. For this very reason, no articles of the liberal codification addressed the fates of Italian workers, leaving them at a great risk of being the subject of tyranny.

As highlighted before, the pioneering case law of ordinary Courts (and Probiviri before them) played a considerably significant role: although liberal law stood silent, some jurisprudential principles arose. Year by year, many steps towards a modern system were taken, including: overtime pay; a general duty clause to avoid workplace accidents; a consideration in bilateral contracts (above all commutative and long-term contracts); and a notice period of termination. It is indeed significant to highlight the rise of unfair dismissal, a conceptually ambiguous category that applied to many legal cases (i.e. illegal reason, wrong-

---

[42] "Each of the party may withdraw from the contract… without notice… following any serious event that makes the continuation of the employment relationship impossible, even on a temporary basis" (thus the Italian text: "Ciascuno dei contraenti puň recedere dal contratto… o senza preavviso… qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto". Cf. *Codice civile italiano*, art. 2119). Cf., on this topic, GHISALBERTI, C., *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*. Roma-Bari 1985; BONINI, R., *Disegno storico del diritto private italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*. Bologna, 1996 (3rd edition).

[43] "Dismissal for a justified reason with notice is determined by a significant breach of contractual obligations in the part of the worker…" ("Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso é determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro…". Cf. *Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali, pubblicata nella G.U. n. 195 del 6 agosto 1966*, art. 3).

[44] They were abolished during the fascist regime in 1928. On this subject, see LATINI, C., «L'araba fenice». Specialitŕ delle giurisdizioni ed equitŕ giudiziale nella riflessione dottrinale tra Otto e Novecento. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 35, 2006, p. 595-721, and MALMBERG, J., Enforcement of Labour Law. In: HEPPLE, B., VENEZIANI, B. (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe: a Comparative study of 15 countries 1845-2004*. Oxford and Portland, Oregon, 2004, p. 263-287.

[45] Cf. Legge 15 giugno 1893 n. 295 sulla costituzione dei Collegi dei probi-viri. In: *Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*. Roma 1893, p. 1575-1592, especially p. 1578. There are plenty of studies on *Probiviri*. Though it is by no means of comprehensive list, please see: MONTELEONE, G., Una magistratura del lavoro: i collegi dei probiviri nell'industria. 1883-1911. In: *Studi storici*, vol. 18, Nr. 2, 1977, p. 87-124; M. OFFEDDU, Attualitŕ di una ricerca storica: probiviri industriali e licenziamento. In: *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 9, 1981, p. 59-99; PASSANITI, P., *Storia del diritto del lavoro*, especially p. 369-386; PALETTI, F., Il collegio dei probiviri tra giurisdizione speciale e organo di conciliazione negli atti parlamentari (1882-1893). In: *Italian Review of Legal History*, vol. 1, 2015, paper 14; ROSSI, F., *La costruzione giuridica del licenziamento*, p. 174-184.

[46] See, for example, Board of Chemistry, Milan, 16 July 1902. In: REDENTI, E., *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*. Roma 1906, n. 510, p. 129.

[47] Board of Jewelry, Milan, 13 March 1902. In: REDENTI, E., *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, n. 512, 129).

ful dismissal, and discrimination), and which still belonged to the wrongful termination of contract in the second part of the nineteenth Century.

Of course — as it is easy to imagine — the struggles of Civil Courts and Probiviri to deal with dismissal has to be put in a broader context. Specifically, between 1800 and 1900 legal science as a whole was engaged in such a challenge. Those efforts became firmly established in Europe, through a broad range of legislative measures (laws and law drafts) settling labour relationship [48].

In all the countries affected by these reforms, a general framework on dismissal had finally been introduced, proposing the complex and ambivalent nature of the termination of employment contract. On the one side, the withdrawal, meaning an unilateral declaration by which one party breaks the contract against the will of the counterpart) [49]. On the other side, counterbalances to the detrimental effect of the annulment have been formulated to make it acceptable to the employer, in terms of being informed in advance (giving notice) and possibility of compensation, except in serious cases that do not envisage giving any notice or payment of compensation and where immediate dismissal (or for a legitimate reason) is justifiable [50].

The Continental European system has, in turn, influenced broad parts of the world due to a pervasive relationship of geographical, political, and cultural dependency [51]. This relationship — which it is reductive to define as mere center-to-periphery loaning — requires specific thorough examination in search of connections, reciprocal influences, and particular solutions that can also meet the demands of today.

These steps forward would later be confirmed by the reforms carried out in the early decades of the 20th Century. And this is what happened also in Italy. In short, after a series of failed projects (the bills of November 26, 1902; December 12, 1912; April 24, 1913 and June 13, 1914), the Lieutenant decree of September 2, 1917, n. 1148, *supporting measures for all private employees*, stated that in open-ended contracts, the dismissal of an employee could not take place without an appropriate period of notice and a compensation proportional to length of service (art. 2), unless the termination was caused by serious cause (the abovementioned 'giusta causa') (art. 4). This regulation was then revisited by the Lieutenant decree of February 9, 1919 and in decree November 13, 1924 [52].

As one can easily see, all these sources of law confirm what civil courts and Probiviri had been pointing out for a long time: the need for notice, or compensation in its absence; and a legitimate reason that, in a few, serious cases, allowed notice to be ignored. Aside from any attempt to find lines of continuity, I do believe we should give the civil courts — especially those in Milan — the credit they truly deserve for their work on dismissal during the Liberal Age. During a period of growing social complexity, the judges successfully managed to deal with the failures of a contractual model that had been drastically stretched to fit society's transformation.

To conclude, is there anything we can learn from the case-studies taken into consideration (and from the reforms following them)? Is there anything that we can bring into the present? I say this because it could seem futile — particularly to those who are confronted with today's problems — to shift the time

[48] There was, indeed, a widespread communication between European scholars and legislators. Making no claim to provide a complete and comprehensive investigation, see, for example: the 1878 Industrial decree in Germany (Gewerbeordnung Vom 17. Juli 1878. In: *Deutsches Reichsgesetzblatt*. Berlin, 1878, vol. 24, n. 1259, § 111, p. 270); the 1900 Belgian labour law (Loi générale du travail du 10 mars 1900 réglementant le contrat du travail. In: *Annuaire de la législation du travail. Publié par l'Office du Travail de Belgique*. Bruxelles, 1901, vol. 4, p. 399-411); the 1902 Italian labour contract draft (Disegno di Legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Cocco-Ortu), di concerto col Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Baccelli) sul contratto di lavoro, seduta del 26 novembre 1902. In: *Atti del Parlamento, Camera dei Deputati*, legislatura XXI, 2a sessione 1902-1904. *Documenti. Disegni di legge e relazioni*. Roma, 1902, vol. 5, n. 205, p. 1-86); the 1911 French labour laws (Décret du 12-18 janvier 1911 relatif ŕ la codification des lois ouvričres (livre 1er du Code du travail et de la prévoyance sociale). In: DUVERGIER, J.B., *Collection complete des lois, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État*. Paris, 1911, vol 9, n.s., p. 32-57).

[49] As it is widely known, withdrawal is an institution that was brought into being at the end of the 19th Century by the German study of the Pandects, for the purpose of freeing the ending of the contract from the older French model of termination (the so-called 'résiliation'), which in contrast presupposed the consent of both parties. According to German philosophers (Kant, Hegel) and jurists (Savingy, Puchta, Windscheid) between the 18th and 19th Centuries, the contractual obligation was materialized in an act of domination by one side (the creditor) over the other (the debtor); so that it did not become a form of slavery, this relationship had to be limited to a given kind and, above all, for a fixed time. Therefore, the creditor should be permitted to make a unilateral declaration (in German, 'Rücktritt') ending the relationship and freeing the debtor. See: KANT, I., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Könisberg 1798, *Vom persönlichen Recht*, § 18, p. 97; HEGEL, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin, 1821, § 67, p. 69-70; VON SAVIGNY, F.C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*. Berlin, 1851, vol. 1, § 2, p. 4; PUCHTA, G.F. *[Lehrbuch der] Pandekten*. Leipzig, 1844 (2nd edition), § 219, p. 310-311; WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Düsseldorf, 1869 (2nd edition), vol. 2, § 361, p. 330. On the theme, please see ROSSI, F., *La costruzione giuridica del licenziamento*, p. 93-99.

[50] With particular reference to legitimate reason, it is worthy to point out that some judicial systems would presuppose a fixed list of possible cases of immediate dismissal (as, for example, in Belgium in 1900, art. 20, p. 406) and others, by contrast, would live to the judgment of the magistrate (such is the 1902 Italian draft, art. 38, p. 34).

[51] In the 1904 Argentinian labour contract draft, for example, not only can the influence of the choices formulated in late-nineteenth-Century Europe be seen, but there are also regulations for the relation between immigration and work that could give hints to present-day legislators. Cf. Proyecto de Ley nacional de Trabajo. In: *Obras completas de Joaquín V. Gonzalez. Edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina*. Buenos Aires, 1935, vol. 6, artt. 49-50, p. 427).

[52] Cf. Decreto Luogotenenziale n. 1448 del 2 settembre 1917. In: *Lex. Provvedimenti legislativi e disposizioni ufficiali*. Torino, 1917, vol. 2, p. 1040-1046, especially art. 11 and 13, p. 1044-1045, and Decreto Luogotenenziale 9 febbraio 1919, n. 112. In: *Lex. Provvedimenti legislativi e disposizioni ufficiali*. Torino, 1919, vol. 1, p. 186-192, especially art. 9 and 10, p. 187. On this subject, see FALLETTI P., *Il contratto d'impiego privato: d.l. 9 febbraio 1919 n. 112 e i vari decreti luogotenenziali precedenti*. Milano, 1923, and PERETTI GRIVA, D.R., *Il rapporto di impiego privato*. Milano, 1935 (2nd edition). Recent works include: PASSANITI, P., *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*. Manduria-Bari-Roma, 2008, especially p. 280-282.

framework of dismissal back into the past. On the contrary, I really do think that the continual recent reforms affecting the termination of employment contract point to the great, everlasting difficulty in reaching an accord that equally satisfies employer and employees. Moreover, in the last years many countries are trying to deal with low economic growth by increasing labour precariousness (the so-called 'flexsecurity'), undermining workers' rights, and getting the workers of today a little closer to what happened in factories and companies a hundred years ago[53].

In short. Understood as a juridical, economic and social phenomenon, dismissal is one of the undisputed protagonists in most recent history. The constant attention that it attracts shows the continuing efforts to 'square the circle' when faced with an institution in law that has never ceased to arouse preoccupation.

Between the 19th and 20th Centuries, an intense and extensive dialogue between judges enabled the formulation of principles for dismissal, in order to balance — as well as possible — the flexibility required by a company and a worker's need for stability.

It is precisely at a moment when we are induced by the changing times to reason with an increasingly open mind towards the future of labour law after the so-called 4.0 revolution[54] that the order in respect of regulating dismissal attained between the 19th and 20th Centuries is worthy of the utmost consideration. Today, as then, the premature end to a work contract is the field of conflict between capital and labour. Today, as then, the world of work is beset by massive migration and shaken by economic crises that make it even more difficult to try and mediate between company costs and the loss of income, though at the same time the need for such mediation is more strongly felt and has become a true social and political priority.

[53] Over recent years, for example, France has seen a succession of reforms on dismissal in the spirit of flexsecurité : cf. *Loi n.° 2008-596, portant modernisation du marché du travail* and *Loi n° 2016-1088 relative au travail, ŕ la modernisation du dialogue social et ŕ la sécurisation des parcours professionnel*. Similar measures have been taken in Spain: cf. *Ley 3/2012 de 6 de julio De medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. In 2015, in an enabling application of Law n. 184, 10 December 2014, Italian legislators introduced "open-ended employment with progressive protection", a new regulation of dismissal regarding all employees hired with an open-ended contract: cf. D.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014*, n. 183. With regard to this subject, cf: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.J., SERRANO PASCUAL, A., (eds.), *El paradigma de la flexseguridad en las políticas de empleo españolas: un análisis cualitativo*. Madrid, 2014; PEDRAZZOLI, M., *La disciplina dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano, 2014; CARINCI, F., *Labour Law and Industrial Relations in Italy: Update to the Jobs Act*. Milano, 2015. For the Common Law's latest reforms, see HOWE, J., *Rethinking Job Security: A Comparative Analysis of Unfair Dismissal Law in the UK, Australia and the USA*. London and New York, 2017.

[54] On this topic cf. BARNARD, C., DEAKIN, S., MORRIS, G.S., *The future of Labour Law. Liber Amicorum Bob Hepple Q C*. Oxford and Portland, Oregon, 2004, and SCHWAB, K., *The Fourth Industrial Revolution*. New York, 2017. But above all, see BRYNJOLFSSON, E., MCAFEE, A., *Race Against the Machine: How the Digital Revolution is Accelerating Innovation, Driving Productivity, and Irreversibly Transforming Employment and the Economy*. Lexington, 2011.

Das heutige Völkerrecht: ius gentium oder ius inter gentes?

(The International Law today: ius gentium or ius inter gentes?)

Carmine Galloro *

Abstract

After the years of an indiscriminate Globalization, it is to see if a universal statute of international law does really exist. Under a substantial aspect, the so called 'Global Law' didn't come to be an accurate law-system. And this for several reasons: first of all, the problems of settlement, accountability, justiciability of the decisions (in a broad sense) are yet to solve. All that is so despite the fact, the Global Law is not considered formally a de iure cathegory. Other eminent Authors tried to take the concept of 'Universal Constitution' out from the main acts of international law, with special regard to the UN norms. The argued arguments are remarkable and in some way very original. Thank to these theories, it is possible to establish some compass points in the relations between international and regional institutions, for example UN and European Union. The fact is that no one can affirm the existence of an undiscussed (or at least most accepted) authority at international level. Notwithstanding a new kind or relations between these actors is now arising: ius gentium or ius inter gentes?

Keywords: *International Law; Globalisation; Universal Constitution; UN; ius gentium.*

Voraussetzung

In der Postglobalisierungsära hat eine Reihe von Veränderungen die Welt der Rechtsbeziehungen beeinflusst. Um zu verstehen, welche Kraft im laufenden Szenario das Völkerrecht ausdruckt, muss man nun eine historische Rekonstruktion durchführen, im Licht deren wird es als Ergebnis gesehen, wie ein universales Rechtssystem betrachtet werden kann und inwieweit ein typisches verfassungsartiges Schema dazu trägt.

Auf einer Seite gibt es zahlreiche unterschiedliche Beziehungen zwischen den sog. globalen Akteuren und Einrichtungen, die auf das Modell von *ius gentium* gebildet sind und deshalb einen wesentlichen pragmatischen Ansatz verfolgen [1].

Auf der anderen Seite gibt es die formale Idee, demnach gelten die Beziehungen zwischen den Staaten wiederum als Garantie für die Beziehungen zwischen den Subjekten des internationalen Rechts [2].

Vor diesem Hintergrund ist es ferner zu überprüfen, ob es eine Regel gibt, die für die Umsetzung der grundsätzlichen Prinzipien faktisch bietet: Der Punkt ist letztendlich ein Kriterium zu analysieren, welches Staaten und Einzelnen im Rahmen von außer Quellen herkommenden Verfassungsprinzipien, sieht.

Diese Arbeit folgt also die folgenden Linien.

Als erstes ist zu betrachten, was der Begriff *‚global law'* heute darstellt (Par. 1) und warum man von universaler Verfassung spricht (Par. 2).

Daraufhin werden die wichtigsten Theorien analysiert, im Schoße deren lässt die internationale Ordnung dem Vorbild des allgemeinen Verfassungsrechtes sich annähern: Konstitutionalismus und Konstitutionalisierung (Par. 3, 4, 5).

Alle sind sich doch darüber einig in der Anerkennung der Charta der Vereinten Nationen, als Meilenstein einer Ordnung von völkerrechtlichen Grundsätzen. Andere heben die Notwendigkeit hervor, in dieser Art von universalem *corpus iuris* auch die Bestimmungen der wichtigsten Verträge, welche aus den gesamten internationalen Vorschriften abstammen, einzuschließen (Par. 6).

Offensichtlich kann man die Schlussfolgerung erst erahnen, da das Völkerrecht ein zwischenstaatliches (oder besser gesagt: zwischen Regierungen) Recht ist und bleibt. Woher einer solchen Rekonstruktion die Legitimität käme, ist noch eine offene Frage: Trotz bedeutender Ergebnisse in Bezug auf Schutz und Durchsetzbarkeit der Einzelrechte, sei in diesem Bereich

* Carmine Galloro, Anwalt in Stuttgart und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Siena.

1 Ursprünglich stellte das *ius gentium* in gewisser Weise eine Art von *ius commune*, bzw. ein Gewohnheitsrecht dar, welches von lateinischen und anderen ähnlichen Populationen geteilt wurde. Nach der Bildung der *civitas romana* (212 nach Chr. *circa*) ließ sich die neue städtische Ordnung auch auf die Fremden (*peregrini*) ausdehnen (s. *ex multis* Gai., Inst., III, 17). Aus dem kommt der Begriff *‚ius gentium'*, wie heute verstanden wird. Diese Rekonstruktion zeigt, wie politisch unabhängige Gruppierungen einander zumindest auf der Ebene der Rechtskultur und des allgemeinen normativen Substrates gleichrangig sind (vgl. dazu Centro Studi Gentiliani (Hrsg.), *Il diritto della guerra e della pace di Alberico Gentili,* Mailand, 1995; SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Leipzig, 1840, Bd. I, S. 112 ff.; PANEBIABCO, *Ugo Grozio e la tradizione storica del diritto internazionale*, Neapel, 1974).

2 Die ethische Kraft des Rechts kommt gerade in den Beziehungen zwischen Staaten zum Ausdruck, und im internationalen Recht danach verankert wird. Was nichts anderes ist, als die Durchsetzung des äußeren öffentlichen Rechts: *i.e.* das *ius inter gentes*. Über das thema s. HARTMANN, *Institutionen des praktischen Völkerrechts in Friedenszeiten*, Hannover, 1874, S. 20; FILOMUSI, *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni*, Neapel, 1875, S. 236 ff.; BADIALI, *Dallo ius gentium allo ius inter gentes: il ruolo di Alberico Gentili agli albori del diritto internazionale moderno*, in: RDI, 2009, 5–39)

der Volkswille ein *quasi* vergessenes Element. Es sollte jedenfalls festgelegt werden, dass alle zitierten Autoren sich darüber bewusst sind, dass diese Rekonstruktion ein fragmentiertes Recht notwendigerweise anders von den Mustern der nationalen Ordnungen beschreibt (Par7.).

Hier steht der Ausgangspunkt: Eines ist das Völkerrecht und anders ist das sog. globale Recht, nämlich das Recht der Einrichtungen, Subjekte, *governance*, welches die Rechte von Staaten und Einzelpersonen auf gleicher Augenhöhe reglementiert. In diesem Zusammenhang gilt die Regel der Fragmentierung der Entscheidungsebenen, gegeben den Mangel an übergeordneten oder zentralisierten Organen und Strukturen (Par. 8). Diese Überlegungen werden gestellt, ohne auf die Antworten vorzugreifen, die am Ende des ganzen *issues* umrissen werden. Bereits jetzt kann aber schon behauptet werden, dass im beschriebenen Szenario die Europäische Union wohl eine Angelegenheit für sich ist. Es handelt sich um eine Organisation mit einer Disziplin und einer gut definierten Struktur, in der die Beziehungen zwischen den Institutionen, Staaten und Einzelpersonen gut geregelt sind. Ihrerseits sind die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gut ausgestattet, um die europäischen Vorschriften innerhalb einer eigenen Ordnung zu implementieren und reglementieren, dank Instrumenten wie bspw. das Vorabentscheidungsverfahren.

1. Gibt es noch eine globale Rechtsordnung?

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist die Globalisierung von grundsätzlichen Prinzipien die wichtigste Entwicklung im öffentlichen Rechtsgebiet. Dies hat sich nach einem zunehmenden Muster als neue Branche entwickelt, wo es erstens auf Menschenrechte, dann auf Bereiche wie Gesundheit, Arbeit, Umwelt angewendet wurde. Das Problem ist, dass das Völkerrecht die Besonderheiten der Globalisierung nicht in vollem Umfang erfasst, wo ein trans-nationales Verfassungsrecht zur Analyse der transnationalen Beziehungen, in denen die Zivilgesellschaften als globale Akteure spielen, besser geeignet ist.

Einige Punkte sind bis heute klar aufgetaucht. Es gibt keine Weltregierung, sondern mehrere globale Regulierungssysteme ohne ein einziges hierarchisches übergeordnetes Regulierungssystem. Dieses Schema wurde schon in der Formulierung *governance* beschrieben, um diese aus dem gegenseitigen Interesse verknüpfte Konstellation von Subjekte und Einrichtungen, zu schildern. In Wirklichkeit gibt es keine klare Trennlinie, sondern eine gewisse Kontinuität zwischen globaler und nationaler Ebene. In diesem Szenario ist der Begriff *‚global'* nicht zu verstehen, als würde man den Staat außerhalb von diesem Bereich lassen. Nationale Zivilgesellschaften, nationale Bürokratien, nationale Führungskräfte sind jedoch dabei wichtige Akteure, obwohl dieselbe auf einige Prärogativen ja verzichtet haben, um in einem viel größeren Bereich ihren Einfluss auszuüben [3].

Die globalen Regulierungssysteme verhängen natürlich demokratische Grundsätze, die in den jeweiligen nationalen Regierungen somit gleichzeitig implementiert werden sollen. Insbesondere gibt es einige demokratische Grundsätze (freie Wahlen, Vereinigungsfreiheit, Meinungsfreiheit, *etc.*), die aus gewissen Einrichtungen (Europäische Union, Europarat, *etc.*) für nationale Regierungen vorgesehen werden. Aus all den genannten Gründen, spielen die rechtlichen Aspekte eine wichtige Rolle dort, wo auf der Suche nach globalem Legitimitätsbereich solcher Analysis genau der Kernpunkt liegt. Wie oben betrachtet, sind die zwischenstaatlichen Beziehungen nicht nur aus wirtschaftlicher Sicht *‚global'*; sie können vielmehr auch im globalen Rechtsraum vorhanden sein, da dieselbe eine große Anzahl von verschiedenen Aufsichtsbehörden, eine Anzahl von Regeln und Verfahren sowie eine komplexe Reihe von Relationen zwischen nationalen Bürokratien und Bürgerschaft, umfassen. Was fehlt, ist ein allgemeiner und einheitlicher Körper des globalen Rechts. Stattdessen gibt es heute zahlreiche globale Regime. Sowohl einige Verwaltungsakteure als auch gerichtliche Organe stellen innerhalb jedes einzelnen Feldes Regeln und Verbindungen gegen andere Sektoren auf Kooperation, Arbeitsteilung und Dialog sind in der globalen Arena Bestandteile aller globalen Institutionen. Das bedeutet jedoch, dass die Prinzipien der einzelnen Regelungen nicht *ex se* interpretiert und aufgebracht werden sollen [4].

In den nationalen Rechtsordnungen ist das Recht, welches sich auf den Staaten nicht zurückzuführen lässt, kaum denkbar. Die Globalisierung hat die Verbindung zwischen Souveränität, Territorialität, Rechtsordnung gebrochen und den Weg für ‚private' Gesetzgebung geöffnet. Im heutigem System gelten letztendlich überlappende Rechtsquellen, deshalb sind Recht und Staat nicht dasselbe und die Rechtsstaatlichkeit entspricht nicht unbedingt der Herrschaft des staatlichen Rechts. Jede nationale Rechtsordnung hat zwar eine bestimmte Anzahl von gemeinsamen Regeln, die auch auf supranationaler Ebene geteilt werden, obwohl die globale Rechtsordnung ja fragmentiert ist, bzw. keine allgemeine Rechtsgrundsätze für alle gelten. Es ist allerdings zu beobachten, dass der gemeinsame Wille einen gewissen Grad von ‚Legalität' in diesem Bereich wahrnimmt. Dieser Tendenz nach, seien einige Merkmale aus anderen Rechtsgebieten zu importieren: Denkt man an die Menschenrechtenpflichten, das *rule-of-law*, die Anhörungspflicht gegen

[3] Unter globalem Verfassungsrecht wird *good governance* als Prinzipien und Regeln verstanden, damit internationale Organisationen sich in ihren Aktivitäten an normative *standard* halten lassen. Das Hauptelement des globalen Rechts ist die Auslegung, welche auf der Ebene des Nationalstaats, die Umgängen der öffentlichen Verwaltung zu den Bürgern und die Verteidigung der Bürgerschaft vom Missbrauch der Machtausübung nationaler öffentlicher Verwaltungen vorsieht. Globalrechtlicher Auslegung zufolge, ist auch die Übertragung des Verwaltungsrechtskonzepts auf die globale Stufe zu verstehen, da die internationalen Organisationen zunehmend traditionell staatliche Verwaltungsaufgaben ausüben. Manche erhoffen daher ein globales Verwaltungsrecht zu entwickeln, das funktionsäquivalent zum nationalen Verwaltungsrecht sei (*ex multis* s. VON BOGDANDY, *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des des Völkerrechts*, zit., S. 862 ff.; NETTESHEIM, *UN Sanctions against Individuals: A Challenge to the Architecture of European Union Governance,* in: CMLR, 2007, 44, S. 567 ff.).

[4] Das Thema der Umgänge zwischen staatliche öffentliche Macht und rechtliche Globalisierung ist insbesondere von Sabino Cassese betrachtet. Seine Bedenken werden heute noch von der akkreditierten Rechtslehre bestätigt. Mit Bezugnahme auf vorliegendes Argument, wird hier analysiert, ob und wie sich die wichtigsten Prinzipien in dem globalen Rechtsystem in ähnlicher Weise implementieren lassen (s. dazu *ex multis*: S. CASSESE, Oltre lo Stato, Bari, 2006; ID., *Globalizzazione del diritto*, verfügbar bei http://www.treccani.it/enciclopedia/globalizzazione-del-diritto, 2009).

die Beteiligten (so gehalten, für beispielsweise im Juno Trader Verfahren –vom 18. 12. 2004 vor dem Internationalen Strafgerichtshof des Seerechts), außer zahlreichen Pflichten im Entscheidungsverfahren[5].

Der weit benutzte Begriff *‚multi-level-governance‘* ist also irreführend, sofern keine klare Trennung der Zuständigkeiten zwischen nationalen Regierungen und internationalen Institutionen - innerhalb von einer strukturierten Hierarchie, besteht. Die globale Arena trägt jedoch eine bemerkenswerte Zuständigkeitsverbreitung zwischen globaler nationalen Regierungsebenen: Umweltschutz – um eines zu nennen, erfordert zugleich globale und nationale Aufgabe und Kompetenzen, neben überlappenden konkurrierenden gerichtlichen Zuständigkeiten.

Die Grenze zwischen nationalen und internationalen Ordnungen lösen sich allerdings immer mehr auf[6]. Sollen einige nationale Prärogativen gegen die fremden kollidieren, ist die Regel nicht eine starre Hierarchie, sondern Durchlässigkeit, Vermischung, Durchdringung. In Wirklichkeit findet die globale Einrichtungen ‚Legitimation‘ Ursprung in den nationalen Regierungen Zustimmung. Es ist jedoch nicht zwangsläufig, dass die entsprechende Macht aus den Staaten einfach delegiert wird. Es gibt jedoch internationale Institutionen, die nicht von den nationalen Regierungen, sondern durch andere internationalen Organisationen gegründet wurden[7].

Außerdem ist die Zusammenarbeit in der globalen Arena nicht nur zwischen internationalen Institutionen und nationalen Regierungen, sondern auch zwischen internationalen Institutionen selbst dargestellt. Es bleibt deshalb noch die Frage offen, ob alles was ‚spontan‘ auftaucht und nicht eigentlich kodifiziert wird, nicht als Recht zu betrachten ist. Wenn es einen Bereich gibt, worin das lateinische Motto *ubi societas, ibi ius* gilt, dann kann die globale Arena es sicherlich sein. Aus dem folgt eine weitere Frage, d.h. ob die Dichotomie zwischen verbindlich- und unverbindliches Recht (*soft law*) daher zustehen mag. Mit anderen Worten, sind die verbindlichen Normen die einzigen, die formale Verpflichtungen herstellen? Ein weiterer Punkt betrifft die Rolle der ‚Macht‘ gegenüber der Autorität: Die erste ist genau von zentraler Bedeutung in der globalen Arena. Die Macht kann durch maßgebliche Mittel, wie bspw. *command*, *control* ausgeübt werden. Dieses Modell kommt aus den inneren Verwaltungssysteme, wo andere Elemente, wie Vereinbarungen, Verträge, Anreize, Normen und Richtlinien, bereits vorgesehen sind[8].

Ist das sog. *global law* also ein konventioneller Begriff, konzipiert um die moderne Welt der Beziehungen besser zu beschreiben? Eines steht bis dahin fest, dass der genannte Begriff keine konzeptuelle Kategorie – im engen Sinne, darstellt. Solche Bedenken werden sich als nützlich erweisen, nachdem man die folgenden Theorien über eine mögliche universale Rechtsordnung analysiert hat.

2. Mögliche Herausbildung eines universalen Verfassungsrechts

Das Konzept von ‚Rechtsordnung‘ wird konventionell in zwei verschiedenen Weisen gemeint, bzw. *Ordnung durch Recht* und *geordnetes Recht*. Diese Teilung drückt somit zwei Dimensionen aus, eine normative und eine systematische. Die normative Dimension ist materiell und transitiv, da sie eine durch Recht inhaltlich geordnete Entität darstellt. Im Gegensatz steht die systematische Dimension, als formelles und reflexives Mechanismus, in dem das Recht *selbst* geordnet ist. Natürlich ist die Rechtsordnung an sich mit der Existenz und Identität des politischen Systems verbunden, dessen Teil sie auch bildet. Gleichzeitig ist dieselbe Ordnung eine gesamte Entität, und zwar auch etwas mehr als die Summe ihrer Teile. Im Sinne solcher Dichotomie, gilt häufig der Begriff als Äquivalent des Konzepts von Rechtssystem[9].

In der Rechtstheorie wird ‚Rechtsordnung‘ sowohl als transzendenter als auch als immanenter Begriff verstanden. Erster

---

5 Vgl. LAGONI, LEOPOLD, *Der Fall „Juno Trader" des Seegerichtshofs und die Bestimmung einer angemessenen Sicherheitsleistung*, TranspR, 2005, 246 ff.

6 S. BURRI, COTTIER, *The impact of digital technologies on the global intellectual property regime*, Cambridge, S. 297 ff.

7 Z.B. die Codex-Alimentarius-Kommission, die von der Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation (FAO) und der Weltgesundheitsorganisation (WHO) der Vereinten Nationen erstmals 1963 gegründet wurde. Der Codex gilt als eine Sammlung von Normen für die Lebensmittelsicherheit und –produktqualität (s. FAO (Hrsg.), *Codex Alimentarius*, 1993 und nachfolgende Ausgabe).

8 Über das Thema: SCHRJIVER, WEISS, *International Law And Sustainable Development: Principles And Practice*, Leiden-Boston, 2004.

9 Im Völkerrecht stellt die systemische Abwägung die wichtigste Anwendungsregel, bzw. das Mittel zur Auflösung der Normkollisionen, dar. In diesem Rahmen finden alle Normen sich zu einander in Korrelation und nach dieser Methode können jeweilig Vorrang in eventuellen Kollisionssituationen haben: Je höher der Grad der Mangelhaftigkeit des einen Prinzips ist, umso größer soll die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein (vgl. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a M., 2006, S. 146). Das beschriebene Anwendungssystem beruht aber notwendigerweise auf bestimmte Funktionalitäten einer Rechtsordnung, welche eine typische Verfassungsstruktur haben. Die universalen Prinzipien sind also entscheidende Elemente der Entwicklung des Völkerrechts, deren Funktionalität in der Rechtsordnungseinheit, bzw. in einer Hierarchie innerhalb der gleichen Rechtsordnung und in der Durchdringung der Rechtsordnung durch höherrangiges Recht und *rule of law*, liegt. Man spricht bspw. über einer Qualifikation der UN-Charta – einschl. der Menschenrechte, als völkerrechtliche Verfassung (vgl. KADELBACH, KLEINLEIN, *International Law. A Constitution for Mankind?*, in: GYL, 2007, 50, 337). Solcher Grundsatz Gedanke ist deshalb die Idee einer Normenhierarchie, demnach können Konfliktlösungsmechanismen zwischen gleichrangigen und verschiedenrangigen Normen durch nationales verfassungsartiges Kollisionslösungssystem, ausgeführt werden. Dies können in einer wohlstrukturierten Ordnung - d.h. in der EU- oder UNO wo die Normenbeziehungen bestimmten Grundprinzipien folgen, insbesondere vorstellbar sein (vgl. VON BOGDANDY, *Grundprinzipien*, in: BAST u.a. (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Heidelberg, 2009, S. 19). Gewisser Meinung zufolge, gilt die Normenhierarchie mit veränderlicher Abstufung aber auch für andere Rechtsordnungen. Eine gewisse Normenhierarchie kann im Gebiet des sog. *soft law* bspw. sein, wenn dieses eigene Ermächtigungsgrundlagen tragen sollte. Man denke an die auf nationaler und europäischer Ebene gerichtete Verwaltungsvorschriften, welche außerrechtliche Regelungen der EU-Kommission enthalten (über das Thema einer möglichen Hierarchie in internationalem, bzw. EU-Bereich s. dazu: NETTESHEIM, *Art. 249 EGV Rn. 233*, in: NETTESHEIM, GRABITZ, HILF (Hrsg.), *Recht der EU*, München, 2014). Allerdings ist eine internationale Rechtsordnung nur möglich, wenn dieselbe eine verfassungsartige Rechtsstruktur in irgendeiner Weise besitzt: Das ist letztendlich das Konzept von Konstitutionalismus (im Allgemeinen s. HENNINGER, *Menschenrechte und Frieden als Rechtsprinzipien des Völkerrechts*, Tübingen, 2013, S. 247 ff.).

Auslegung nach, werden bestimmte Normen definiert, die auf eine Grundnorm zurückbezogen sind[10]. Einer anderen Meinung zufolge, ist die Rechtsordnung etwas konkretes, ein Ganzes, das die Normen eher als Objekt und Mittel der Tätigkeit der Rechtsordnung, und danach als Elemente ihrer Struktur zu sein, vorsieht[11].

Seinerseits benutzte die frühe Literatur die Diktion ‚Rechtsordnung' zunächst in der Völkerrechtswissenschaft, später im Zivilrecht und zuletzt im öffentlichen Recht. Dies kam aus dem Urteil, infolgedessen bestand kein kategorialer Unterschied zwischen dem innerstaatlichen Recht –sog. ‚bürgerliche Ordnung', und dem Völkerrecht, weil beide in irgendeiner Weise ‚Ordnungen' darstellten. Wie in jeder anderen Rechtsordnung, so müssen auch die völkerrechtlichen Subjekte - die Staaten, in universaler Gemeinschaft eine höhere Entität über sich anerkennen, somit sie als Teile des bildenden Ganzen spielen können. Das Postulat deutet an, dass die Ordnung über der Willkür der einzelnen Staaten steht. Deren Aktivitäten stehen zugleich zwischen den subjektiven Elementen der internationalen Rechtsordnung als auch unter objektiven Faktoren – von Normen reguliert. Letzthin wird vor allem eine Ordnung durch Recht im Gegensatz zur „Ordnung" der internationalen Beziehungen durch ein Gleichgewicht der Staaten, Diplomatie und Großmächte, gesucht[12]. In heutigen Diskussionen über die Verhältnisse zwischen Völkerrecht, Europarecht und nationalem Recht, bleibt aber die Frage über die etwaige Einheit der Rechtsordnung eigentlich im Hintergrund[13]. Was jedoch im Licht gestellt wird, ist das Thema der Vielfältigkeit der nationalen und internationalen gewaltigen Organe, im Rahmen der übernationalen Institutionen.

Wie bekannt, wird das Konzept von Verfassung[14] eng mit der Entstehung und Entwicklung des modernen Staates verknüpft. Die Disziplin betrifft natürlich einen anderen Zweig des Rechts, aber es ist interessant zu bemerken, dass die erste formale Verfassungsdefinition genau von einem Rechtswissenschaftler kam. Dessen Meinung zufolge «*le reglement fondamental qui détermine la manič re dont l'Autorité Publique doit etre exercée est ce qui forme la Constitution de l'Etat*[15]». In Wirklichkeit findet man die Anwendung dieses Konzepts bereits in Aristoteles Lehre, wo die fundamentalen Rechtselemente aus reinem objektivem Aussichtspunkt betrachtet wurden[16].

Diese Ansicht wurde später in der deutschen Verfassungstradition wiederaufgenommen. Diese Rechtslehre hat ihrerseits die Verfassungsdefinition von dieser der Staatsnation grundsätzlich getrennt, deshalb kam das genannte Konzept andere nicht-staatlichen Einrichtungen seitdem anfassen[17]. Aus historischer Perspektive lassen sich zwei Hauptkategorien von Verfassungstraditionen in irgendeiner Weise beschreiben. Eine erste ist die, die mit dem Begriff ‚Verfassung als ‚Politisierung des Rechts' erinnert wird, insofern sie mit den Revolutionen des achtzehnten Jahrhunderts verbunden ist. In diesem Rahmen seien die Einrichtungen einer neuen politischen Ordnung nur unter einer konstituierenden Macht zu verstehen. Die konsequenten Akten seien also Ausdrücke einer Nation von freien und gleichen Bürger, die miteinander durch die Ausarbeitung eines gemeinsamen Grundgesetzes gebunden sind[18].

Einer zweiten in Großbritannien und Deutschland verbreiteten Erläuterung zufolge, stehe eine weitere Auslegung des

---

[10] Kelsen ist der Ansicht, dass der Staat eine soziale Ordnung ist, und da diese Ordnung eine Rechtsordnung ist, ist der Staat eine Rechtsordnung (vgl. *Der Begriff der Rechtsordnung*, in: LA, 1958, 3, 146).

[11] Nach Santi Romano ist die Rechtsordnung eine ‚Institution' und in dieser Eigenschaft als konkretes soziales Etwas, d.h. jede reale soziale Erscheinung, zu verstehen: «*L'ordine sociale che č posto dal diritto non č quello che č dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, č organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unitŕ. (.). Se cosě č, il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, č il concetto di Istituzione. Ogni ordinamento giuridico č una istituzione e, viceversa, ogni istituzione č un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti č necessaria e assoluta*» (*L'ordinamento giuridico*, 2. Auflage, Florenz, 1946, S. 15). Der Santi Romanos Theoriewert ist die zukunftsweisende Herausstellung dieser Idee, nach der die nichtstaatliche, also die gesellschaftliche Struktur einer Institution, jener Rechtsordnung der Ursprung ist. In der gleichen Zeit stellt die Institution – d.h. der typische rechtliche Ausdruck des Konzepts von Organisation – die von jeder Rechtsordnung notwendige Konkretisierung dar: Beide Begriffe – Institution und Organisation –sind spiegelbildlich und komplementär zu einander (über den Unterschied zwischen den Konzepte von Institution und Organisation, s. dazu GALLORO, *Unternehmen an sich: la "impresa in sé" tra potere gestionale e diritto di partecipazione*, in: Riv. Storia Fin., 2006, 16, 73 ff.). Diese Auffassungen bilden schließlich den möglichen Ausgangspunkt des modernen Rechtspluralismus, wonach sich heute noch die historische Genese und den normativen Geltungsgrund der Völkerrechtsordnung erklären lassen (mit diesem Bezug vgl. MERRY, *Legal Pluralism*, in: Law & Soc'y Rev, 1988, 22, 869; GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism*, in: JLP, 1986, 24, 1.

[12] S. im Allgemeinen BULL, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, New York, 1977. Dieser Thesis nach, reguliere wohl die Ordnung die internationalen Beziehungen, das Recht sei dabei aber nur einer von mehreren Ordnungsfaktoren und dazu noch ein ziemlich weicher.

[13] LAGHMANI, *Droit international et droits internes: vers und renouveau du ius gentium?*, in: ACHOUR, LAGHMANI (Hrsg.), *Droit international et droits internes. Developpements récents*, Paris, 1998, S. 23 ff.

[14] Für eine traditionelle Rekonstruktion, s. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Mailand, 1940; ID., *Costituzione, dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in: *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Mailand, 1962; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padua, 1976; DE VERGOTTINI, *Costituzione*, in *Dizionario di politica*, Turin, 1983. Was die Einführung zum Thema der Beziehungen zwischen Menschenrechte und Verfassungen unter völkerrechtlicher Aussicht, anbelangt, s. HENKIN, *Elements of Constitutionalism*, in: *The Evolving African Constitutionalism* - Special Issue of the Review of the International Commission of Jurists (Juni 1998), SS. 11-22.

[15] DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués ŕ la conduite et aux affaires de Nations et des Souverains*, London, 1758, Bd. I, S. 31 ff.

[16] Hier wird eigentlich der Begriff ‚Verfassung' als Ordnung von einer Stadt, bzw. deren Einrichtungen und souveräne Gewalt, verstanden. Dazu s. ARISTOTELE, *Politica*, Bd III, Turin, 2006

[17] PERNICE, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* Berlin-New York, 2001, S. 155, zit. aus MÖLLERS, *Pouvoir Constituant –Constitution – Constitutionalism*, in: VON BOGDANDY, BAST (Hrsg.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2006, S. 195.

[18] ARENDT, *Sulla rivoluzione*, Turin, 1963, S. 34 ff.

Verfassungskonzepts zu, die auf dem Begriff, Legalisierung der Politik' - und nicht auf revolutionäre Prozesse zur Schaffung einer neuen demokratischen Ordnung, beruht. Diese Theorie bezieht sich auf die fortschreitende Steuerung der öffentlichen Macht durch institutionalisierte bestehenden Verfahren. Die erste Tradition, mehr als die zweite, betont die Eigenschaften von Normativität und Souveränität. Manch einer hat jedoch diesbezüglich betrachtet, dass beide Teil der Geschichte der EU-Staaten und der meisten föderalen Ordnungen, in unterschiedlichem Ausmaß sind [19]. Die erste Tendenz gibt dem Element der schriftlichen Verfassungsform definitiv Vorrang, obwohl man jedoch in den U.S.A. ein Beispiel für die Politisierung des Rechts findet. Dabei ergibt sich eine typisch auf das Gewohnheitsrecht gegründet Verfassung, wo die Menge der üblichen Gesetze und Gebräuche, die in Ermangelung schriftlicher Grundakten Verfassungswert haben, im Laufe der Jahrhunderte durch die Gemeinschaft spontan angenommen wurde. Beide Meinungen würden die Existenz von nationalen ethnischen oder homogenen Gemeinschaften nicht voraussetzen, ansonsten implizieren sie die Möglichkeit eines Verfassungsprozesses, damit die gleiche Definition von nationaler Gemeinschaft beigetragen werden kann [20].

Eine weitere Kategorisierung bezieht sich auf die Trennung zwischen formeller und materieller Verfassung. Unter diesem Aspekt wird die Verfassung im formellen Sinn mit dem identifiziert: Ein feierliches Dokument, eine Reihe von gesetzlichen Regelungen, die über die Einhaltung von besonderen Vorschriften - deren Zweck solche Änderungen zu erschweren ist, nur geändert werden kann. Die Verfassung im materiellen Sinn besteht jedoch aus diesen Regeln, die zur Schaffung von Grundnormen vorgesehen sind [21].

Die Rechtslehre hat allerdings bestimmt, dass sich die Verfassungsidee auf drei weiteren Dimensionen einfacher analysieren lässt: *i)* Die theoretische Ebene, wo der Begriff aus der Sicht der historischen und soziologischen Analysen betrachtet wird; *ii)* Die regulatorische Ebene, wo die Verfassung als Rechtsquelle im Rahmen eines bestimmten Rechtssystems verwendet werden kann; *iii)* Die Beschreibungsebene, welche die institutionellen Aspekte betrifft und eine perfekte Übereinstimmung zwischen Regierung und Staat voraussetzt [22].

Als Grundgesetz sieht die Verfassung Staatskörper, Grundsätze und Regeln vor, damit wird die Berücksichtigung von gemeinsamer allgemeiner Rechten erlaubt. Diesem Prinzip nach, stellt die Verfassung das oberste Gesetz dar und muss vor allem deswegen andere Regeln durchsetzen [23].

Diese Definition wird mit einer Reihe von Äußerungen, von denen viele nicht exhaustiv, erfüllt werden. Man hat zum Beispiel argumentiert, dass die Verfassung einer bestimmten Gemeinde Grundgesetz ist, deren Legitimation aus einem ursprünglichen ‚Gesellschaftsvertrag' ehe herkommt. Die Idee des Gesellschaftsvertrags setzt die Prävalenz der anerkannten Autorität zunächst voraus, damit wird das Konzept impliziert, dass der Staat den Gesetzen der Konfliktlösung zwischen Individuen, Einrichtungen und Staatsbehörden im Allgemeinen folgt. Eine Änderung der Verfassung erfordert ein besonderes Gesetzgebungsverfahren, deshalb sind manche Verfassungen gegen Veränderungen geschützt, während andere darum ein besonders starkes Gesetzgebungsverfahrens vorsehen [24].

Ein weiteres typisches Merkmal liegt darin, wo die verfassungsmäßige Gewaltenteilung zwischen Staatsorganen definiert wird. Insbesondere gilt dies in einer föderalen Staatsverfassung, bzw. für die Aufteilung der Kompetenzen zwischen zentralen und lokalen Regierungsebene. Mit Bezug auf die verfassungsgerichtlichen Pflichten, spielt das Justizsystem in jedem Fall eine wichtige Rolle, demnach werden etwaige in Widerspruch mit der Verfassung gehaltene Gesetzgeberaktivitäten, überprüft.

Zwei wichtige Kategorien von Verfassungsfunktionen tauchen an dieser Stelle auf, d.h. die Strukturierung der Behörde als legislative, exekutive und rechtliche Ordnung, und zweitens die Gesetzbegrenzung der öffentlichen Macht [25]. Und diese sind die wichtigsten Punkte, aus der Sicht der folgenden Theorie.

3. Konstitutionalisierung

Die Konstitutionalisierung des internationalen Rechts setzt ihrerseits keine übergeordnete Verfassung voraus, da sie vom klassischen Rechtsordnungsschema absieht und letztendlich zur Ausbildung einer Gesamtheit von *multi-level* Normen orientiert ist. Der Begriff wird benutzt, um die Aktivitäten verschiedener Organe, Institutionen und Subjekte, die aus jeweiligen Gründen globale Aktoren sind, zu analysieren und irgendwie zu reglementieren. Diesbezüglich steht auf theoretischem Niveau keine einheitliche Konstitutionalisierungsdiskussion, sondern eine Vielfalt von Debatten, die jeweils eigenes Verständnis von Konstitutionalisierung haben [26]. All diese Debatten haben je-

[19] MÖLLERS, *Pouvoir Constituant, zit.* S. 193. Die erwähnten Traditionen hätten den verfassungsartigen Prozess der EU beeinflusst die Parlamentskonstitution, die die Entwicklung eines neuen unabhängig von nationalen Regierungen Machtsystem, darstellt. Auf der anderen Seite stehen die erhöhten Kontrollen der politischen zwischenstaatlichen Mechanismen, bzw. die Rolle des EuGH im Auslegen und Konfliktlösung der Beziehungsnormen.

[20] CHRISTOPH, SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928, SS. 78-85, zit. in FASSBENDER, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, in: Colum. J. Transnat'l L., 1998, 65

[21] KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge MA, 2006, S. 124 ff.

[22] Vgl. dazu ZOLLER, *Droit Constitutionnel*, Paris, 1998, S. 11: «*Une constitution n'est rien d'autre que le gouvernement d'un Etat. La conception descriptive de la constitution est purement nominale; les termes, constitution' et, gouvernement'sont interchangeables*».

[23] ZOLLER, *ibidem*.

[24] ZOLLER, *ibidem*

[25] TSAGOURIAS, *Transnational Constitutionalism,* Cambridge: CUP, 2007, I, 307 ff.

[26] Vgl. DIGGELMANN, ALTWICK, *Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism*, in: ZaöRV, 2008, 68, 623; KLABBERS, *Setting the Scene*, in: Klabbers, Peters, Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, *zit.*, S. 25 ff.

doch gemeinsam die Überzeugung, dass Rechtsglobalisierung eine gewisse Fragmentierung von Normen und Systemen enthält und deshalb nicht unbedingt eine universale Verfassung implizieren[27].

Unter anderem Aspekt bemerken einige Autoren, dass das Prinzip der staatlichen Souveränität von seiner Position als Letztbegründung des Völkerrechts verdrängt wurde[28]. Der normative Begriff der Souveränität hat sich *quasi* in dem der Globalisierung verloren, dort wo heute das Rechtsprinzip, dass individuale und gemeinsame Interessen, öffentliche und private Bedürfnisse auf globalem Niveau zueinander gemischt werden, Geltung hat. Wie weiter unten erläutert, stellen die Staaten stattdessen Gebilde dar, deren Rechtfertigung aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und Garantie einiger Werten, die wiederum notwendige Bedingung des menschlichen Zusammenlebens in Frieden und Sicherheit sind. In diesem Rahmen steht der gegenseitige Respekt der Staaten für ihre jeweilige Souveränität nicht nach bestimmter hierarchischer Ordnung, sondern nach dem horizontalen System der nebeneinander stehenden Organe und Institutionen und dessen internationale Rechtsetzungsaktivität, zu. Die Voraussetzung des Konstitutionalisierungsprozesses ist selbstverständlich der Respekt vor Demokratie, da die weitergehend universale Anerkennung solchen Prinzips als Legitimationsstandard der politischen Befugnis gilt[29].

Was soll aber damit sein, ist die Frage, wenn die mittlerweile Verankerung des demokratischen Prinzips als Legalitätsanforderung für etwaige Organisation unvollkommen wirkt? Man denkt bspw. an Subjekte wie die UNO oder die WTO, wo das Problem des sog. Legitimationsdefizits noch offen ist[30]. Dieses der demokratischen Beteiligungsbedingungen der Weltbürger auf dem staatlichen Modell gebildetes duale Schema, trägt also eigene Kontradiktionen. Das Thema wird hierzu später erklärt. Jetzt ist es zu erläutern, dass nach dem klassischen Völkerrecht natürliche Personen Bezugspunkt der internationalen Ordnung nur am Ende sind, da sie in einer Welt multipler politischer Organe und Institutionen durch ihre Staaten nur teilweise repräsentiert sind. Natürlich werden Inklusion und Repräsentation von Staaten in internationalen Organisationen, nicht wie Repräsentation der Weltbürger ebenso garantiert, weil die Staaten so unterschiedlich bevölkerungsstark sind. Genau aus diesen Gründen, scheint in solchem Kontext die Gleichheit der Weltbürger *unfairly* repräsentiert: Eine kleine Republik ist nicht weniger souverän des mächtigsten Reich. Das Einstimmigkeitsprinzip sei deshalb illegitim und undemokratisch, weil eine Minderheit einen völkerrechtlichen Rechtsakt blockieren kann. Der Ausgangspunkt besteht eigentlich also darin, dass die völkerrechtliche Ordnung weder eine zentrale Autorität (im eigenen Sinne) erkennt, noch eine universale Verfassung besitzt und infolgedessen keine Normenhierarchie trägt[31]. Außer der Europäischen Union, wo überstaatliche Behörden die Beziehungen zwischen Individuen, Gemeinschaften und Institutionen auf verschiedenen Ebenen regeln[32], ist die traditionelle internationale Rechtsordnung mit der Aufgabe, die Lösung der Verflechtung von diesen Fragen konfrontiert, unzureichend erschienen.

Globale Themen (Umwelt, Kommunikation, Finanz, Ernährung, *etc.*) implizieren unmittelbar die Anfrage der Individuen gegen private und offene Institutionen, wo die völkerrechtlichen Instrumente jedoch nicht im Stande sind eine effektive Entscheidung darüber zu geben[33]. In diesem Gebiet sind die Staaten nicht mehr alleinige Protagonisten. Überdies ist die globale Rechtsordnung in so vielen Subsystemen oder sektoralen *governances* fragmentiert, dass es für die Staaten mit den traditionellen rechtlichen Mitteln in solchen Beziehungen zu interagieren auch schwierig sein würde.

Im Licht der Theorie in Frage, wirkt schon lange eine globale Ordnung, die sich auf der Grundlage von völkerrechtlichen Vorschriften, als auch von internationaler Vertragspraxis und nationaler verfassungsrechtlicher Prinzipien, unabhängig entwickelt hat. An dieser Stelle sind die Bedingungen der Analyse dann umgeschlagen: Zur gegebenen Existenz dieser neuen Ordnung, werden die Rechtsgrundlage also darin gesucht[34].

Eine Charakteristik der Konstitutionalisierung des internationalen Rechts ist die sog. Internationalisierung des natio-

---

[27] ALLOTT, *Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism*, in: COICAUD, HEISKANEN (Hrsg.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, 2001, S. 69 ff.

[28] PETERS, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, in: EJIL, 2009, 30, 513 ff.

[29] BUCHANAN, KEOHANE, *The Legitimacy of Global Governance,* in: Ethics and International Affairs, 2006, 20, 405 ff.

[30] S. *ex multis*: *Overcoming the UN's Democratic Deficit*, The 4th Global Week of Action for a UN Parliamentary Assembly, October 20-30, 2016, paper verfügbar bei: http://globalsolutions.org/files/public/documents/UNPAGuide2016.pdf.

[31] Manche erkennen auf jeden Fall die zentrale Rolle von Organisationen wie die der Vereinten Nationen und den Wert bestimmter internationaler Rechtsproduktion. Das Problem ist, dass es - aufgrund der gleichen internationalen Ordnung Struktur, keinen Raum gibt, um eine Normenhierarchie definieren zu können. Tatsächlich sind viele der Meinung, dass der Wert der Normen nicht aus einer hypothetischen Werteskala, sondern von der effektiven Anwendbarkeit kommt. Es bleibt also sehr schwierig, ein auf der Prävalenz basiertem Kriterium zur Lösung der normativen Antinomie, in dieser Hinsicht zu zeigen. Diese Theorie sieht dann die Funktionalität der Normen selbst und entwickelt sich in mehrfacher Aspekte- Siehe hierzu ARANGIO-RUIZ, *Rapporti contrattuali fra Stati e organizzazione internazionale*, in: Arch. giur., 1950, 57 ff.; A. CASSESE, *Diritto internazionale, II. Problemi della Comunitŕ internazionale*, Bologna, 2004, S. 44 ff.; NETTESHEIM, *Normenhierarchien im EU-Recht*, in EuR, 2006, 738 ff. Was eine systematische Rekonstruktion der völkerrechtlichen Ordnung, s. GUARINO, *Per una ricostruzione in termini di sistema dei diritti dell'uomo*, in: *Studi in onore di Umberto Leanza*, Neapel, 2009; PICONE, *La distinzione tra norme di ius cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in: RDI, 2008, 91, 5 ff.; ZANGHĚ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Mailand, 2006, S. 18 ff.

[32] Die Europäische Union ist in diesem Hinblick ein einzigartiger Fall und wird zu gegebener Zeit *infra* diskutiert.

[33] Noch heute ist das Recht des Einzelnen nur teilweise und in einem vermittelten Weg im klassischen Völkerrecht geschützt, d.h. Annahme der Staatsbürgerschaft als Voraussetzung. Weit noch von diesem Schema sind Konzepte wie Weltbürger oder globaler Akteur, bzw. die Möglichkeit für alle Interessenten, sich an den entsprechenden globalen Gerichten (oder quasi-gerichtlichen Organe) zu wenden, um einen Rechtsbruch zu beklagen oder die Wiederherstellung des *status quo ante* zu beanspruchen.

[34] BRYDE, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, in: Der Staat, 2003, 42, 61.

nalen Verfassungsrechts.[35] Im Allgemeinen wird die nationale Rechtsordnung nach einer vertikalen Ordnung beschrieben. Im heutigen Szenario geschieht es jedoch, dass solche Verfassungen nach einem horizontalen Schema eingesetzt werden, damit drückt es den Harmonisierungsprozess der gleichen nationalen Verfassungsprinzipien aus. Von nationalen Rechtsordnungen werden Prinzipien und Normen, die bisher fehlen im Rahmen etwa der WTO oder des ICANN, auf globalem Niveau also exportiert. Das Gleiche passiert ebenso umgekehrt, dort wo universale Regelungen in nationalen Rechtsordnungen implementiert werden.

Wenn eine Normenhierarchie dabei bestünde, wäre der Konflikt zwischen beiden Entscheidungsebenen durch die Vorrangregel theoretisch gelöst. In Ermangelung einer derartigen Hierarchie der Rechtsordnungen, tauchen jedoch Kollision- und Koordinationsprobleme infolgedessen auf[36].

Die Fragen, die in diesem Paragraph aufgeworfen wurden, werden im Folgenden aufgeschlüsselt, da man dort die Theorien zum Konstitutionalismus diskutieren wird. Insbesondere wird beleuchtet, wie sich das Thema einer internationalen Verfassung entwickelt hat.

4. Konzept von Konstitutionalismus

Gewisser Meinung zufolge, bestehe Konstitutionalismus aus einer Liste von Grundrechte und Freiheiten, die den rechtlichen Schutz der Individuen und Minderheiten von Bedrohung der Tyrannei, der Eliten sowie der gleichen Mehrheit, enthält. Ursprünglich wurde der Begriff ‚Konstitutionalismus' zur Beschreibung der bestimmten Weltordnung, benutzt[37].

Nach dem zweiten Weltkrieg bestand diese konstitutionalisierte Ordnung aus einer globalen Verfassungsgemeinschaft, deren Mitglieder Individuen, Staaten, internationale Organisationen, NGOs und Wirtschaftsakteure waren. Das Konzept hat sich auf die Basis der Prädominanz des UN-Charta und anderer wichtigen völkerrechtlichen Akten wiederum entwickelt, als sie in einer Art von Hierarchie verordnet wurden. Nichtdestotrotz haben die nationalen Rechtsordnungen, bzw. die Idee der nationalen Souveränität, in solchem Kontext ihre eigene Rolle gefunden. In jüngster Zeit wurde beobachtet, dass Individuen zwar immer mehr Prärogativen, insbesondere unterhalb der Grenzen der Menschenrechte, erworben aber dann zugleich völkerrechtliche Pflichten, etwa als Gegenposten, bekommen haben. Im Entwicklungsprozess des Völkerrechts stellt solcher *status* dieses des sog. globalen *bourgeois* dar, nach der Tendenz zur Anerkennung von Individuen als Teilnehmer an internationalen Rechtserzeugungsverfahren. In diesem Kontext gilt die konstitutionelle Struktur der Staaten als Rezipient und Mittel der individualen Rechte, weil sie die individualen Ansprüche aufnimmt und in Eigenschaft als legitimer Element der konstitutionalisierten internationalen Ordnung, die Bedürfnisse von Menschen zu befriedigen hilft[38].

Insbesondere setzt Konstitutionalismus eine Konzeption von Verfassung voraus, welche die Herrschaft des Rechts, Gewaltenteilung bzw. *checks and balances*, Menschenrechtsschutz und möglicherweise auch Demokratie vorsieht. Nur eine solche Verfassung wird von Konstitutionalisten als legitim betrachtet. Das Problem besteht darin, dass konstitutionalistische Geisteshaltung, wie sie in nationalen Rechtsordnungen verstanden wird,

---

[35] Einige Autoren haben die Entwicklungen des *ius cogens* und der *erga omnes Pflichten* als Zeichen der Schwierigkeit interpretiert, eindeutige Regeln für eine Normenhierarchie in internationaler Umgebung zu stellen. Um es ganz kurz zu machen, hieß es, dass beide Kategorien auf der zwischenstaatlichen gegenseitigen Anerkennung am Ende beruhen. Anderenfalls würden sie doch wirkungslos bleiben. Dieser Zustand, in einem mit der Institutionalisierung und Konstitutionalisierung des Völkerrechts, beweist einmal mehr, dass das Völkerrecht heute noch ein Recht der Staaten ist. Angesicht des bisher Gesagten, müssten die sog. internationale Gemeinschaft die Art einer nicht organisierten Entität dann tragen (*e pluribus*, PAULUS, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung,* München, 2001, S 413 ff.). Mit Bezug auf die Essenz des Konzepts von Gemeinschaft, verbindet die Rechtslehre das handelsrechtliche Paradigma an den voluntaristischen zwischenstaatlichen Beziehungen - typischen des klassischen Völkerrechts, um den strukturellen Wandel des Völkerrechts selber zu betonen: Das ist in der Diktion *from coexistence to cooperation* genau dargestellt. Das Gleichgewicht zwischen den Staaten wird daher von der Verfolgung gemeinsamer Interessen gegeben, aufgrund der gleichen Angehörigkeit und der Solidaritätspflichten, welche in dieser Umgebung sich entwickelt haben. Die Darstellung der Gemeinschaft hat deshalb erhebliche Auswirkungen, in Bezug auf das Thema der demokratischen Struktur der Konstitutionalisierung, wie in jüngsten Aussagen zur Konstitutionalisierung des Völkerrechts angenommen wird (PAULUS, *zit.*, S. 181 ss; HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat - aus Kultur und als Kultur*, Berlin, in: KAULBACH u.a. (Hrsg.), *Recht und Gesellschaft – Festschrift für Helmut Schelsky*, Berlin, 1978, S. 416; ID., *Europäische verfassungslehre*, Baden-Baden, 2011, S. 273; KOTZUR, *Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa*, Berlin, 2004, S. 61 ff.). Diese Überlegungen machen also dies begreiflich, die Unmöglichkeit eine im eigentlichen Sinne Konstitutionalisierung im völkerrechtlichen Bereich anzunehmen. Nichtdestotrotz können sie dienen, um die Art der bestehenden Beziehungen zwischen den Staaten zu analysieren, bzw. deren globalen Charakter außerhalb der hierbei beschriebenen herkömmlichen Systeme.

[36] In Wirklichkeit sind darüber auch andere Meinungen zu erläutern, welche nicht vorbringen, dass eine völkerrechtliche Normenhierarchie nicht vorhanden sei. Diese Entwicklungen kommen aus der Rechtsprechung zunehmend und führen zu einer tatsächlichen ‚Hierarchiesierung' des Völkerrechts (mit Bezug auf eine Analyse internationaler Rechtsprechung, s. SHELTON, *Normative Hierarchie in International Law*, in: AJIL, 2006, 100, 305 ff.). Gem. Art. 103, hätte die UN-Charta anderen Verträgen, also Vorrang. Dies würde in der Rechtsprechung, zahlreichen völkerrechtlichen Verträgen und die Arbeit der ILC, grundsätzlich bestätigen (EMMERICH, FRITSCHE, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, Berlin, 2007, 711; FASSBENDER, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, in: CJTL, 1998, 36, 577 ff.). Das Urteil des ICTY im Fall *Tadic* hätte bspw. darüber gezeigt, dass die Charta Sicherheitsabschlüssen vorgeht, aus denen eine Hierarchie zwischen Primär und Sekundärrecht der Organisation dann zu deduzieren ist (ICTY, Berufungsurteil vom 2. Oktober 1995, *Tadic*, Rn. 28). Solche Meinungen nehmen jedenfalls an, dass das Völkerrecht in seiner Gesamtheit wohl nicht als geschlossen bezeichnet werden kann. Wie Normenhierarchie und Globalisierung sich harmonisieren lassen, ist noch eine offene Frage: Die Horizontale Fragmentierung des Völkerrechts ist ein großes, derzeit noch diskutiertes Problem, das die ILC-Arbeitsgruppe 2002 interessiert hat (dazu s. DIGGELMANN, ALTWICKER, *Is there something like a Constitution of International Law?*, in :ZaöRV, 2008, 68, 630 ff.).

[37] HENNINGER, *Menschenrechte und Frieden als Rechtsprinzipien des Völkerrechts*, Tübingen, 2013, S. 248 ff.

[38] PETERS, *Membership in the Global Constitutional Community*, in: KLABBERS, PETERS, ULFSTEIN (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009, S. 153 ff.

sich auf die internationale Ebene nicht automatisch implementieren lässt[39]. Auf staatlichem Niveau werden verschiedene fundamentale Prinzipien zusammengefasst und als Grundnormen gehalten, während im Völkerrecht das Gegenteil geschieht. Von diesem Gebiet werden allgemein akzeptierte Normen zu den internationalen Subjekten, bzw. den Staaten, jedoch als Prinzipien gerichtet. Und dies abgesehen von der Frage ob die Normen unter *ius cogens* order *erga omnes* Kategorie fallen[40]. Mit anderen Worten, stellt der Konstitutionalismus zuerst ein Begriff des kontinuierlichen aber nicht linearen Prozess dar, wo die graduelle Entwicklung einer verfassungsartigen internationalen Rechtsordnung impliziert wird. Nun hat das beschriebene Profil der internationalen Rechtsordnung aber kein *ubi consistam*, da eine wirkliche konstitutionalisierte Weltordnung noch nicht zusteht. Die völkerrechtswissenschaftliche Begrifflichkeit des Ausdrucks „internationales Verfassungsrecht" bedeutet, dass die fragliche Rechtsmasse nicht unbedingt in typischen Akten kodifiziert ist, sondern auf verschiedene Verträge, *soft law*-Texte und Gewohnheitsrechte verstreut ist[41].

In der Tat finden sich im traditionellen Völkerrecht Regeln und Prinzipien, die genau diese Funktionen ergänzen, obwohl oft nur in rudimentärer Form. Die Frage über etwaiger Kollision gegen klassisches Völkerrecht impliziert wiederum eine andere Diskussion. Man kann deshalb behaupten, dass die Wichtigkeit der Theorie des Konstitutionalismus rein funktional ist, da sie deskriptiv der genannten Tendenz ist: Unter diesem Aspekt scheint ein internationales Verfassungsrecht eine Untermenge von internationalen Normen und Kriterien, bzw. eine Art die internationale Ordnung verfassungsartig darzustellen[42].

Dieser Orientierung zufolge soll der Konstitutionalismus grundlegenden Strukturen und Regeln im Völkerrecht, bzw. typische Verfassungsfunktionen, vorsehen. Damit kann es etwa eine normative Leitfunktion dienen. So dargestellt, wird die Rolle dieses Verfassungsrechts als Symbol- und Identifikationsfunktion der Weltordnung klar demonstriert. Überdies werden einige Organisationsfunktionen, Grundzüge und Kompetenzen der institutionellen Organe und die Gewalt der jeweiligen Institutionen in irgendeiner Weise, rechtfertigt[43].

Offen gestanden, bezieht sich das Konzept von Konstitutionalismus auf sehr unterschiedliche Ideen. Es erlaubt Normen und Prinzipien, die die gemeinsame Grundlage der verschiedenen Verfassungen der Rechtsordnungen, zu rekonstruieren[44]. Diese Grundlagen bestehen praktisch aus institutionellen Einrichten und Verfahren, welche Formation, Struktur und Funktionen der entsprechenden Regierung determinieren. Diese Art von Rechtsordnung verkörpert die grundlegenden Werte eines Gemeinwesens, dessen ähnlicher Zweck die Regierungsbeteiligung der Bürgerschaft[45] ist.

Mancher hält, dass Konstitutionalismus als Phänomen der allmählichen Bildung einer neuen rechtlichen Ebene verstanden werden kann. Grundsätzlich ist eine Rechtsordnung die unorganisierte Akzeptierung einiger fundamentaler Regelungen, deren zunehmende Menge von Anwendungen die Entstehung von allgemeinen Regulierungsstrukturen schließlich ermöglicht. Sofern dieser Mechanismus generalisiert wird, dann es bekommt - zumindest sächlich, aufgrund des allgemeinen Charakters– den selber zu modifizieren[46].

In gleicher Richtung findet sich noch eine Meinung, auf deren Basis der Konstitutionalismus als eine Reihe von Normen und Werten wird, die definieren, welche kollektive Aktionen im Rahmen der Gesellschaft aufzutreten sind. Dieses Schema hat aber weder mit den Verfassungstexte - weil Konstitutionalismus wesentlich pragmatisch verstanden ist - noch mit den tatsächlichen politischen Meinungen – da die läufigen Meinungen mit den Ansichten über die Einschränkungen der genannten Normen und Werten identisch fast nie sind - eigentlich zu tun. In der sog. Trennung zwischen erster und zweiter Ordnung, stellt Konstitutionalismus seine eigene Dimension eindeutig dar[47].

Konstitutionalismus lässt sich letztendlich beschreiben, wie jede normative Theorie, die auf Verteilen und Regulieren, auf die Verwaltung der öffentlichen Macht, um die Ideale der Freiheit, Partizipation und Vertretung zu erhöhen, fokussiert ist. Im Wesentlichen zeigen alle Definitionen des Konstitutionalismus eine Reihe von normativen Prämissen und strukturellen Eigenschaften einer bestimmten politischen Ordnung. Dies führt zur gleichen Definition von Verfassungsfunktion. Es wurde in der

---

[39] Fassbenders Meinung nach, sollte «*die konstitutionelle Idee im internationalen Recht eher als autonomes Konzept denn als Extrapolation verstanden werden. Im Vergleich zum nationalen Konstitutionalismus sei der internationale Konstitutionalismus nicht eine „lite"-Version, sondern einfach anders*» (s. *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden-Boston, 2009, S. 170.

[40] Und dies abgesehen von der Verteilung zwischen monotischen und dualistischen Theorie, die jede völkerrechtliche Analysis charakterisiert.

[41] VON BOGDANDY, *Grundprinzipien*, in: VON BOGDANDY, BAST (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, München, 2009, S. 19 ff.

[42] Mit diesem Bezug, hatte Verdross ‚Verfassung' vor allem im materiellen Sinne, nicht aber im formellen Sinne verstanden (s. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Berlin, 1926, Vorwort).

[43] Jellineks Meinung nach, enthalte die Verfassung des Staates das Rechtsschema, wozu die obersten Organe des Staates, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungskreis festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des einzelnen zur Staatsgewalt, bezeichnen werden (s. *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1914, S. 505). Solches Schema, welches die traditionelle Rechtslehre darstellt, demonstriert genau die Grenze der Konstitutionalismustheorie: Der Punkt ist nicht worin und in welcher Position – bzw. vor und nach einer völkerrechtlichen Rechtsordnung, eine universale Verfassung eingestellt werden muss. Das Problem ist es, dass eine derartige Rechtsordnung und (vor allem) ein vollkommenes Schutzsystem der individualen Rechte in völkerrechtlicher Umgebung heute noch fehlen. Das Argument wird in Laufe dieser Arbeit weiterhin analysiert, insbesondere s. *infra*, wo man die Kritik gegen das verfassungsartige Bilden des *global law* zum Ausdruck bringt.

[44] PREUSS, *The Political Meaning of Constitutionalism*, in: BELLAMY (Hrsg.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, London, 1996, S. 11.

[45] *Ibidem*.

[46] MÖLLERS, *zit.*, S. 216 ff.

[47] SADURSKI, *European Constitutional Identity*, in: EUI Working Papers Law, 2006, Nr. 33

Tat gesagt, dass textuell und auf Gewohnheitsrecht basierten Verfassungen ein bestimmter Konstitutionalismus, wie im Fall des Vertrags über die EU-Verfassung, schließlich konkretisieren [48].

Im Prinzip hatte die Rechtslehre lange Zeit die Theorie des Völkerrechts auf der Basis der konstitutionalistischen Verwendungen in keiner umfassenden Weise betrachtet. Erst vor kurzem wurde eine Rekonstruktion versucht, damit das Völkerrecht aus der Perspektive des Verfassungsrechts analysiert werden konnte [49].

Vielleicht könnte man, mit Bezug auf die Gründung durch Vertrag von Vereinigungen oder Verbände, Spuren dieser Konzepte im internationalen Recht des vergangenen Jahrhunderts finden, auch wenn nicht systematisch. Der deutschen Lehre nach, wurden diese Akten als ‚Bundesverträge' definiert [50].

Die zeitgenössische Literatur hat ihrerseits das wichtigste Abkommen, wie der Westfälischer Friede 1648, der Vertrag von Versailles 1919 und vor allem dieser von San Francisco 1951, als *new deal* des Verfassungsrechts qualifiziert [51]. Die explizite Einführung von Konzepten wie Konstitutionalismus und Konstitutionalisierung in der völkerrechtlichen Debatte, geht jedoch auf die intellektuelle Diskussion über den Erfolg der internationalen Organisationen, zurück. Nicht zufällig trete die Formulierung der konstitutionalistischen Theorie in Forschungsumgebungen zunächst zu einer monistischen Struktur des Völkerrechts orientiert, auf. Das geschah vor allem in Frankreich und Deutschland, als Reaktion auf diesen vorherrschenden positivistischen Theorien, die das Völkerrecht, als aus der Zustimmung der Staaten abhängige ungeordnete subjektive Rechtsakte, vorsah. Nur in einem zweiten Moment wurde aber die Verfassungstheorie des Völkerrechts auf die Rolle einer internationalen Gemeinschaft und der Entwicklung des sog. ‚Kooperationsvölkerrechts', verknüpft [52].

5. Theorien über Multi-Level-Konstitutionalismus

Ein jüngerer Ansatz hat eine mögliche Verfassung der internationalen Gemeinschaft als übergreifendes System vorgesehen, welches ein gemeinsames Interesse aller Staaten und indirekt von allen Menschen verfolgt [53].

Die Diskussion stellt vor allem die Frage, ob die internationale Gemeinschaft ein genaues System von *governances* bildet, da die gewaltige Prärogative sich aus der staatlichen Ebene auf sub-nationalen und übernationalen Einrichtungen bewegt. Die universellen Vorschriften über das Menschenrecht und die universellen Vorschriften für die Herstellung von allgemeinen Grundregeln können dann die theoretische Existenz von verbindlichen völkerrechtlichen Regeln, auf dessen Basis das System von *governance* beruht, unabhängig von den einzelnen Staaten bilden [54].

Im Nachhinein fasst die primäre Funktion der internationalen Verfassung genau die Organisation und das Funktionieren der internationalen Gemeinschaft um und schließt daher auch das bereits analysierte Konzept der gemeinsamen öffentlichen Ordnung ein. Eine solche Verfassung scheint deshalb eine Reihe von besonders festen Regeln des allgemeinen Völkerrechts zu enthalten, bzw. jene universellen Werte, die aus den Staaten jedenfalls zu beobachten sind [55].

Dieser Meinung zufolge liegt die fortschreitende Schwächung des Elements des Konsens in den Normen, welche die internationale gemeinschaftliche Ordnung voraussetzen, auch wenn die Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang ihre Vorrechte jedenfalls beibehalten. Die rechtliche Legitimation der Staaten selber, besteht vielmehr aus den Normen über die Souveränität, bzw. die Regeln für die Einhaltung dieser Normen, welche letztlich die Gründung der internationalen Gemeinschaft definieren [56]. Es handelt sich um ein reines objektives Konzept, das vom staatlichen Willen absieht, um nationale und internationale kostitutionalistische Elemente auf übergeordnetem Niveau ideell zu stellen. Die Verfassung der internationalen Gemeinschaft mit der Charta der Vereinten Nationen fällt jedoch nicht zusammen. Die letztere wird in einer Liste von Verträgen der ‚Weltordnung', d.h. eine Reihe von internationalen Instrumente, welche die konstitutiven Prinzipien der internationalen Rechtsordnung herausbringen und entwickeln. Man denke bspw. an die zwei Internationalen UN-Pakten 1966, die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes 1948, das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen 1961 und das UN- Seerechtsübereinkommen 1982.

---

[48] MADURO, *From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance*, in: LEWIS (Hrsg.), *Global Governance and the Quest for Justice – Volume I: International and Regional Organisations,* Oxford, 2006, S. 251 ff. Manche hat jedenfalls darauf hingewiesen, dass gewisse Verfassungen keine eigene, konstitutionalistische' Struktur *stricto sensu* besitzen. S. dazu WEILER, *European Neo-Constitutionalism: In search of the Foundations of the European Constitutional Order*, in: Political Studies, 1996, 517-533.

[49] WOUTER, *The Never Ending Closure: Constitutionalism and International Law*, in: TSAGOURIAS (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism – International and European Perspectives*, Cambridge, 2007, S. 529 ff.

[50] Im Allgemeinen s. dazu HAUG-MORITZ, *Zwischen Spätmittelalter und Reformation. Politischer Föderalismus im Reich der Reformationszeit*, in: OCKER (Hrsgb.), *Politics and Reformations: Communities, Polities, Nations, and Empires: Essays in Memory of Thomas A. Brady Jr*, Bd. II, Leiden, 2007, S. 513 ff.; VON MAYER, *Corpus Juris Confoederationis Germanicae oder Staatsacten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes,* Frankfurt a. M., 1859.

[51] IKENBERRY, *Constitutional Politics in International Relations*, in: *EJIR*, 1998, 4, 147 ff.

[52] KOLB, *La structure constitutionelle du droit international public*, in: CYIL, 2000, 69-115.

[53] TOMUSCHAT, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, in: RdC, 1993, 4, 227 ff.

[54] TOMUSCHAT, *International Law as the Constitution of Mankind*, in: *International Law Commission*, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission*, New York-UN, 1997, S. 38

[55] Von Bogdandy meint hierzu «*The principles of Article 2 of the U.N. Charter and the core of international human rights enshrine those values which humankind must uphold in order to be able to continue to live under peaceful conditions which permit individuals real enjoyment of human rights*» (vgl. *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in: Harv. Int'l LJ, 2006, 47/1, 231).

[56] TOMUSCHAT, *Obligations Arising*, *zit.*, 211.

Die Theorie einer Verfassung der internationalen Gemeinschaft liegt also darin, wo die Staaten eine symbiotische Beziehung mit den Institutionen der internationalen Gemeinschaft auf regionaler und universeller Stufe, akzeptieren. Aus dieser Perspektive steht die Entwicklung der internationalen Gesellschaft nicht in föderalem Sinn, sondern im Begriff des *multi-level-constitutionalism* zu [57].

Eine solche Vision auf eine neue universelle Verfassung fokussiert ist und erwirbt daher eine besondere Bedeutung aus der Sicht der Rechtspolitik: Wenn es angenommen wird, dass eine solche Verfassung nur in der Gegenwart von einer bereits bestehenden Entwicklung zustehen kann, wird damit behauptet, dass der Kern des Problems unter gleichem rechtspolitischem Aspekt fällt. In diesem Sinne könnte eine internationale Verfassung, nach dem föderalen oder eidgenossenschaftlichen Schema, die Definition von Rechtsordnung entsprechen. Eine wichtige Entwicklung hat die Debatte im Rahmen der Studien zur europäischen Integration dazu dargestellt. Dieser Thesis nach, sei die Europäische Union mit einer *multi-level* wirkenden Konstitution ausgestattet: Die Mitgliedsstaatenverfassungen würden einen ergänzenden Körper des Verfassungsrechts bilden, welches durch den Vertrag zur Gründung der EWG und dem Vertrag über die Europäische Union bspw. dargestellt wird. Die beschriebene Theorie ist als *multi-level-constitutionalism* bekannt [58]. Dieser Auffassung zufolge muss der Erosion der staatlichen Souveränität, eine Verfassungskontrolle der öffentlichen Gewalt von sub-nationaler und supranationaler Einrichtungen - die in dieser Hinsicht neue Fähigkeiten darstellen, entsprechen [59]. Dem *multi-level-constitutionalism* nach, kann das europäische *governance* vollen Verfassungsschutz auf allen Ebenen - einschließlich der regionalen, nationalen und supranationalen, versichern [60].

Die EU-Rechtsordnung bietet ihrerseits eine Überlagerung von Verfassungsprinzipien. Man denke als Beispiel an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, deren Inhalt für Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und den Mitgliedstaaten in der Umsetzungsphase des europäischen Gesetzes gilt [61].

Die Einstellung der verschiedenen Systeme und die damit verbundenen Kontrollstrukturen würden durch die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Komplementarität vereinfachet sein [62]. Allerdings erkennen die Anhänger der *multi-level-constitutionalism* die Unmöglichkeit, aus der Beziehung zwischen dem europäischen und dem internationalen Rechtsrahmen, ein ähnliches Muster zu abstrahieren. Dieselben haben vielmehr eine verfassungsartige internationale Ordnung skizziert, die unter dem Namen *global dimension* fällt. Diesem Schema nach, lässt die internationale Gemeinschaft sich als eine heterogene politische Einheit definieren.

Im Vergleich zu anderen Theorien über die Dezentralisierung und Verteilung von Souveränität, besteht das charakteristische Merkmal dieses Ansatzes darin, dass es das Thema der Entwicklung der europäischen *governance* aus der Perspektive der Individuen, analysiert. Die letzteren organisieren nach ihren Zielen im Einvernehmen mit den anderen Mitgliedern ihrer Gemeinden auf lokaler, regionaler und nationaler Ebene, ihr politisches Leben.

Die *world-constitutionalism* Theorie betont den Verweis auf die Idee der Weltbürger, als ursprüngliche Grundlage und Fundament der Legitimation aller Einrichtungen. Im nächsten Paragraph wird betrachtet, inwieweit diese Theorie die internationale Gemeinschaft beschreibt, somit dieselbe als Ergebnis der Zusammenarbeit zwischen heterogenen Körper und Organe, an deren Basis es eine ständige inter-individuelle Erneuerung des Gesellschaftsvertrages, erscheint [63].

Eine gewisse Ordnung wird daher in das gekennzeichnet, wo man die Vorschriften der UN-Charta als ‚Grundgesetz' der internationalen Beziehungen in Betracht zieht.

6. Möglicher verfassungsartiger Wert der UN-Charta

Die oben genannten Theorien sind von der deutschensprachigen Lehre noch weiter ausgearbeitet worden. Einige Autoren haben in völkerrechtlicher Umgebung die Entstehung der gemeinschaftlichen Interessen analysiert, wo die Auswirkungen der extra-nationalen Normen in diesem Gebiet ‚privatrechtliche' wesentlich waren. In Bezug auf die völkerrechtlichen Son-

---

[57] TOMUSCHAT, *Obligations Arising, zit.*, S. 299.

[58] PERNICE, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and, Multilevel Constitutionalism'*, in: RIEDEL (Hrsg.), *German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law,* Bristol, 1998, S. 40 ff.; ID., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in: CML Rev., 1999, 36, 703 ff.

[59] Peters spricht hier von *compensatory constitutionalism* (*Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in: LJIL, 2006, 19/3, 579 ff.).

[60] COTTIER, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, COTTIER (Hrsg.), *The Challenge of WTO Law: Collected Essays*, London, 2007, S. 413 ff.

[61] Insb. Art. 51 der Charta.

[62] Mit Bezug auf das Prinzip der Komplementarität, lautet Art. 1 des Römisches Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs 1998: «*Der Gerichtshof […] ergänzt die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit*». Was das Prinzip der Subsidiarität anbelangt, hält man, dass es in Art. 52.3 der UN Charta (Konfliktlösung der Streitigkeiten auf regionalem Niveau) implizit eingeschlossen ist: «*Der Sicherheitsrat wird die Entwicklung des Verfahrens fördern, örtlich begrenzte Streitigkeiten durch Inanspruchnahme dieser regionalen Abmachungen oder Einrichtungen friedlich beizulegen, sei es auf Veranlassung der beteiligten Staaten oder auf Grund von Überweisungen durch ihn selbst*» (in diesem Sinne s. GIARDINA, *Responsabilitŕ internazionale, esaurimento dei mezzi interni di ricorso e carattere sussidiario della tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in: *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Bd. 2, Neapel, 2003, S. 1019 ff.; SHELTON, *Subsidiarity, Democracy and Human Rights*, in: GOMIEN (Hrsg.), *Broadening the Frontiers of Human Rights: Essays in Honour of Asbjřrn Eide*, zit. in CAROZZA, *Subsidiarity as a structural principle of international human rights law*, in: AJIL, 2003, 97, 37 ff.; VILLANI, *Les rapports entre l'ONU et les organizations régionales dans le domain du maintien de la paix*, in: RdC, 2001, 290).

[63] Mit Bezug auf die Europäische Union, weist Pernice darauf hin, dass «*multilevel constitutionalism describes the, constitution' of Europe as a process of progressive allocation, division, organisation of powers at different levels of competence and action, a process finally driven by the citizens concerned and through the procedures more or less clearly defined by the national constitutions involved*» (*The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism, zit.,* S. 991). Dies führt zur Schlussfolgerung des «*Sovereignty rests with the individual and its exercise is entrusted to the different levels of government*» (*loc. cit.,* S. 989, Fn 60).

derregelungen, war die Rede nämlich auf die micro- Dimension fokussiert: Dieses System hat Vorrang vor allgemeinen Normen durch die Regel, dass das Bestimmte das Allgemeine überwiegt. Es handelt sich immer noch um Regelungen, die auf internationalen Vorschriften beruhen und deshalb ist das allgemeine Recht gerufen, die Lücken zu füllen[64].

Es ist natürlich eine Sache von bloßer Interpretation, die Unabhängigkeit der Sonderregelungen aus den allgemeinen Normen, im welchem Maß zu etablieren. Die Multiplikation der Gerichte oder gerichtsähnlichen Organe spielt ihrerseits eine wichtige Rolle, denn sie sorgen für die richtige Anwendung der Regeln: Je effektiver die Auslegung wird, desto breiter wird die Zuständigkeit dieses Körpers.

Eine mögliche Verfassung der internationalen Gemeinschaft lässt sich jedoch in einer Makrodimension einsetzen. In diesem Fall kann die Verfassung durch eine verfassungsartige Auslegung der UN-Charta in Betracht kommen. Ein Vergleich der wichtigsten Merkmale einer nationalen Verfassung und der Charta der Vereinten Nationen zeigt, dass die letzteren konstitutionalistischen qualifizierbaren Funktionen absolvieren und deren Grundregeln deshalb das verfassungsmäßige Recht der internationalen Gemeinschaft darstellen. Infolgedessen sind die aus der Charta vorgesehenen Organe, ebenso Organen der internationalen Staatengemeinschaft[65].

Um dies zu zeigen, wurde die Rolle der UN Organe bei der Durchführung von verfassungsmäßigen Aufgaben, insbesondere in Bezug auf das Mandat und die Praxis des Sicherheitsrats, analysiert. Die Rechtslehre hat des Weiteren beobachtet, dass die UN-Hauptorgane Befugnisse nach dem Vorbild der nationalen Verfassungen nicht ausgewertet werden können. Nichtdestotrotz lassen sich einige Elemente der Gewaltenteilung auf der Ebene der internationalen Gemeinschaft nach einem typischen Schema, betrachten.

Dieser Meinung nach, stellt das Phänomen der Integration von Elementen und gemeinschaftlichen Interessen, jedenfalls einen langen und mühsamen Prozess in der internationalen Ordnung dar. Es gibt das Beispiel der Entwicklung der Menschenrechte, die dieses Phänomen beweist. Außer der aktuellen Formen von Steuerung und Förderung, ist die Transformation des internationalen Systems in einem auf die universellen Menschenrechte basierte Gesellschaft, noch zu kommen. Sein Erfolg wird nur von einer radikalen Stärkung geeigneter institutioneller Strukturen abhängen. Heute könnte ein konstitutionalistischer Blick auf die UN-Charta und Organisation den falschen Eindruck geben, dass das UN-Menschenrechtssystem eng und hoch integriert sei, bzw. ihre Mitgliedstaaten in einem festen Griff hielten. Das Schema würde die Art und Weise rufen, in der moderne Industriestaaten bei der Durchsetzung ihrer *authority* agieren[66].

Daraus fragte man sich, ob eine verfassungsartige Auslegung des Völkerrechts, den Versuch, eine systematische Rechtsordnung statt der politisierten und chaotischen internationalen Beziehungen zu setzen, jedoch darstellt[67].

Aber andere - nicht nur deutschsprachigen - Autoren haben die Gründung der internationalen Ordnung in der Charta der Vereinten Nationen ebenso identifiziert. Es wurde dazu gesagt, dass ein Widerspruch zwischen allgemeine Normen und Vorschriften der Charta nicht sein kann. Diese wurden ursprünglich als *update* von etablierten üblichen Regeln gedacht, damit sie sogar Konflikte mit allgemeinen Prinzipien auslösen können[68].

Die Annahme der Charta hätte dann radikale Veränderungen in der Struktur des Völkerrechts eingeführt. Aus regulatorischer Sicht würde die Entwicklung des Rechts der Vereinten Nationen, die Zustimmung der internationalen Gemeinschaft, nach den Grundprinzipien von Artikeln 1 und 2 der Charta, darstellen. Aus institutioneller Sicht sollte das Konzept der Bedrohung gegen internationale Sicherheit und Frieden, mit der Rolle des UN-Sicherheitsrats als Verteidiger der internationalen öffentlichen Ordnung jedoch verbunden werden, und dies trotz der Legitimationskrise, die diese Organisation in den 90er Jahren gelitten hat. Aus diesen Gründen argumentiert man, dass die Konzeption der UN-Charta als stabile und effektive Konstitution von der internationalen Gemeinschaft, den Kontrast gegen den Fragmentierung- und Deformalisierungsprozess des Völkerrechts, als primäres Rechtsziel hat[69].

Einige Autoren haben die Charta auch als lebende Verfassung der internationalen Gemeinschaft betrachtet. Dieser Auffassung nach, muss man daher auf Rechtspolitikthemen Bezug nehmen: Wenn die Verfassung mit einem einzigartigen internationalen Instrument des positiven Völkerrechts identifiziert

---

[64] RESS, *Interpretation*, in: SIMMA (Hrsg.) *The Charter of the United Nations*: *A Commentary,* Oxford, 2002, S. 13 ff.; KÖCK, *UN-Satzung und allgemeines Völkerrecht: Zum exemplarischen Charakter von Art. 103 SVN*, in: GINTHER u.a. (Hrsg.) *Völkerrecht Zwischen Normativem Anspruch und Politischer Realität: Festschrift für Karl Zemanek*, Berlin, 1994, S. 69 ff.

[65] SIMMA ist daher überzeugt, dass die Normen der UN-Charta jedenfalls einen gewissen hierarchischen Rang haben: «*There are good reasons for assuming that treaties concluded with third States that are in clear or at least apparent contradiction to the Charter are not only unenforceable but also invalid with respect to such States. The Charter has become the, constitution' of the international community, and third States must, in their treaty relations and otherwise, respect the obligations arising under the Charter for UN members*» (*The Charter of the United Nations*, *zit.*, S. 1298).

[66] SIMMA, *Human Rights*, in: TOMUSCHAT (Hrsg.), *The United Nations at Fifty: A Legal Perspective*, Leiden, 1995, S. 270.

[67] SIMMA, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, in: EJIL, 2009, 20, 297 ff.

[68] Es wurde darüber behauptet: «*It has almost universally been recognized as the constitutional document of the international community of States*» (WELLENS, *Solidarity as a Constitutional Principle: Its Expanding Role and Inherent Limitations*, in: MACDONALD, JOHNSTON (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden, 2005, S. 775. In diesem Sinne auch CRAWFORD, *The Charter of the United Nations as a Constitution*, in ABI-SAAB, FOX (Hrsg.), *The Changing Constitution of the United Nat*ions, London, 1997; FRANCK, *Is the U.N. Charter a Constitution?*, in FROWEIN u.a. (Hrsg.), *Verhandeln für den Frieden : liber amicorum Tono Eitel*, Berlin, 2003, S. 95 ff.

[69] Einiger Meinungen zufolge, sei Art. 27 der UN-Charta nach extra-konventionellen Verfahren aber auch zu modifizieren (PELLET, *Propos Introductifs*, in: CHEMAIN, PELLET (Hrsg.), *La Charte des Nations unies. Une Constitution mondiale?*, Paris, 2006, S. 176 ff.; DUPUY, *Ultimes remarques sur la constitutionalité de la Charte des Nations unies*, in: *La Charte des Nations unies, zit.*, S: 219 ff.).

wird, kann man also den Ausdruck einer solchen juristischen Formulierung ergreifen[70].

Die internationale Konstitution würde dann aus der Gesamtheit von Regeln und Prinzipien, welche die Form und den Inhalt der Gründung der internationalen Gemeinschaft definiert, bestehen. Diese Art von allgemeiner Erwartung würde in der Charta der Vereinten Nationen im Prinzip vorgesehen: Es wurde umfassen *a)* einen wesentlichen Anteil, welcher gemeinsame Werte, Ziele und Grundsätze einschließt; *b)* einen weiteren Teil, der die vorgehenden Normen umsetzt. Diese Behauptung macht den Bezug auf die Debatte deutlich, die die Konferenz von San Francisco 1951 geprägt hat und ist eine Weiterentwicklung der vorherigen Ansätze vorgesehen hat. Die Verbindung zwischen die UN-Charta und Völkergewohnheitsrecht wurden von ihnen kaum berücksichtigt[71].

Unter den materialen Aspekt der Diskussion, würde die Konstitutionsbildung von bestimmten Regeln aufgestellt werden, die zu den Mitgliedstaaten unabhängig von ihrer Bestimmung, erforderlich wären. Das Thema der Beziehung zwischen den Quellen ist somit gelöst, wenn die erheblichen Überschneidungen zwischen *ius cogens* Pflichten, *erga omnes* Pflichten und konstitutionalistiche Pflichten postuliert wird[72].

Dieser Auffassung nach, können andere internationale Abkommen *post* 1945 genauso den gleichen verfassungsmäßigen Status tragen. Sie müssen mit Wortlaut und Ziel der Charta erstmal im Einklang sein, danach können sie durch ein *constitutional-by-laws-process* das Verfassungsrecht der Charta weiterentwickeln. Diese interessante Auslegung ermöglicht komplexe aktuelle Rechtsfragen, zu lösen. Der Schutz von Individuen, die Sanktionen durch den UN-Sicherheitsrat gegen Terrorismus, und alle ähnlichen Vorschriften, sind Normen die aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und den zweien Internationalen Menschenrechtspakte von 1966, stammen. Sie seien Teil der „Verfassungsgrundlage" der internationalen Gemeinschaft und daher unter allen Umständen einzuhalten[73].

Gewisser Meinung nach, kann das *constitutional-by-laws-process* den Mangel an Relevanz der Charta der Vereinten Nationen, diesbezüglich decken. Es verbindet sich mit diesen internationalen Dokumenten, die auf den gleichen Grundwerten der universalen Verfassung beruhen[74].

Besonderen Wert auf die UN- Charta als Mittel für die konstitutionellen Elemente in die Einführung der internationalen Ordnung, wird auch aus dieser sog. ‚Welt Konstitutionalismus' Tendenz gegeben. Dieselbe setzt den Fokus auf die innovative Funktion der Entscheidungen der UN- Bedrohung gegen den internationalen Frieden und Sicherheit wirkt. Eine sekundäre Rolle spielt daher der Sicherheitsrat, welche in Fällen von einigen regulatorischen Faktoren, in Betracht kommt[75].

Menschenrechte sind ebenso Elemente dieser Debatte, wobei die *gross violations* durch die Akten des Sicherheitsrates eine Form der Bedrohung des Friedens und der internationalen Sicherheit so weit berücksichtigt werden[76].

Einige Autoren haben jedoch die Aussage scharf kritisiert. Ihrer Ansicht nach, bilden die neuesten Wirkungsweisen des Sicherheitsrates ein deutlicher Hinweis auf den internationalen konstitutionalistischen Prozess. Wenn es um die Verfassungskrise der Vereinten Nationen geht, wird grundsätzlich die unzureichende Leistung des Sicherheitsrats in den letzten zehn Jahren des letzten Jahrhunderts, mit Bezug auf die Durchführung des Mandats als Hauptorgan für die Aufrechterhaltung von internationalen Frieden und der Sicherheit im Kontext der internationalen Krisen, in Erinnerung gebracht. Die Schlussfolgerung ist daher wie folgt, dass die Charta der Vereinten Nationen nur ein Teil eines laufenden umfassenderen Prozesses repräsentiert[77].

Eine Gesamteinschätzung der praktischen Umsetzung der Charta bringt eine kritische Analyse sicherlich mit, um alternative Formen der internationalen Rechtsordnung zu finden. In dieser Hinsicht je nach einer besonderen Rekonstruktion des Völkerrechts unterscheiden sich Konzepte wie ‚verfassungsmäßige Verfahren' und ‚konstitutive Entscheidungen', die aber im traditionellen Sinne keine Korrespondenz finden. Eine weitere Meinung identifiziert im fortschreitenden konstitutionalistischen Prozess in der internationaler Gemeinschaft

---

[70] Fassbender meint: «*The Charter has the advantage of reliably providing, as a visible document, an authoritative statement of both the fundamental rights and responsibilities of the members of the international community and the values to which this community is committed*» (*The UN Charter as the Constitution of the International Community*, in: Colum. J. Transnat'l L, 1998. 36, 617; s. auch ID., *The Meaning of International Constitutional Law*, in: MACDONALD, JOHNSTON (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism*, zit., S. 837 ff.).

[71] S. dazu BRIERLY, *The Covenant and the Charter*, in: *British Year Book of International Law*, London, 1946, 23, S. 83: «*Constitutions always have to be interpreted and applied, and in theprocess they are overlaid with precedents and conventions which change them after a time into something very different […]* ».

[72] Vgl. FASSBENDER, *The Meaning of International Constitutional Law*, in MACDONALD, JOHNSTON, *ut supra*, S. 837 Fn 19.

[73] FASSBENDER, *Targeted Sanctions and Due Process*, in: UN Office of Legal Affairs, 2006, S. 26.

[74] WELLER, *The Struggle for an International Constitutional Order, in: Routledge Handbook of International Law*, London, 2009, S. 181

[75] Nach diesem Schema sei der Sicherheitsrat «*An authority which trangresses a war/prevention to a war/management mandate*» (MACDONALD, JOHNSTON, *zit.*, *Introduction*; in diesem Sinn s. auch SIMMA, *From Bilateralism to Community Interest*, in: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Dordrecht, 1994, S. 272 ff.).

[76] Solche Stellungnahme wurde von Condorelli *ex multis* zusammengefasst: « *[…] L'élargissement progressif de la sphčre des compétences du Conseil de sčcurité, dépendent de l'élargissement démesuré de la notion de sécurité collective, pousse vers le sommet de la hiérarchie du droit international les décisions du męme Conseil, au lieu d'y asseoir les principes de la Charte (et/ou les ius cogens)*» (*La Charte, source des principes fondamentaux du droit international*, in: CHEMAIN, PELLET (Hrsg.), *La Charte des Nations unies*, *zit.*, S. 171).

[77] Aus solchen Prozessen kommen «*the decisions which identify and characterize the different authoritative decision-makers in a community, specify and clarify basic community policies, establish appropriate structures of authority, allocate bases of power for decision and sanctioning purposes, authorize procedures for making the different kinds of decisions, and secure the continous performance of all different kinds of decision functions (intelligence, promotion, prescription, etc.) necessary to making and administering general community policies*» (LASSWELL, MCDOUGAL, *Jurisprudence for a Free Society*, Leiden, 1992, S. 93; s. auch MCDOUGAL, *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, in: MCDOUGAL, REISMAN, *International Law Essays: A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, New York, 1981).

den Ausgangspunkt, mit dem sich die theoretischen und praktischen Entwicklungen der Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlung, analysieren lassen, mit Bezug auf die Institutionalisierung der internationalen Reaktionen auf die Straftat und die komplementäre Rolle der nicht direkt betroffenen Mitgliedstaaten[78]. Diese Stellungnahme bezieht sich auf den genannten konstitutionalistischen Prozess, welcher genau aus der UN- Charta stammt und dessen Existenz in der Zuständigkeit des Sicherheitsrats, bindende Entscheidungen für die Mitgliedstaaten zu erlassen, faktisch abhängig ist. Das Phänomen ist auch auf regionaler Ebene parallel entwickelt worden, da multilaterale Verträge wie die EMRK oder andere ähnlichen, gemeinsame Verfassungswerte beitragen und zum bestehenden weltlichen Gesamtverfassungssystem orientiert sind.

Die Frage ist nun, in welchem Maßstab der Mangel einer zentralen Autorität daran entscheidend ist, da die gleiche Legitimität der internationalen Einrichtungen von der Willigung der Staaten, d.h. die Akteure auf dem internationalen Szenario, abhängt. Hier gerät also das Problem der Pluralität der Rechtsordnungen im Diskurs.

7. Pluralität der Rechtsordnungen

Eigentlich gelten heute weitere Theorien, welche die klassischen Konzepte auf die Verhältnisse zwischen staatlichem Recht und EU-Recht einerseits und EU-Recht und Völkerrecht andererseits in verschiedener Weise auslegen[79]. Die Rechtsprechung zeigt jedoch eine Pluralität der Rechtsordnungen im Sinne, dass sie die letzte dualistisch oder ‚pluralistisch' formal betrachte. Insbesondere hält man, dass das Völkerrecht selbst die Art und Weise seiner Anwendung im nationalen Recht und seinen Status in der nationalen Rechtsordnung nicht determiniert. Mit Bezug auf die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der früheren Urteile, hat der IGH bspw. bestimmt, dass die Art und Weise der Umsetzung des IGH-Urteils dem betroffenen Staat selbst überlassen werden müssen[80].

Der Umsetzungsmechanismus unterscheidet sich wiederum im Verhältnis zwischen EU-Recht und nationalem Recht. Gegenüber der Völkerrechtsordnung scheint der EuGH wie ein quasi-staatliches Gericht, da er die Wirkungen und den Rang des Völkerrechts in der nationalen Rechtsordnung der EU zu bestätigen erfordert. Dies aufgrund der *primautè* der europäischen Verträge vor dem Völkerrecht, nachdem solche Normenhierarchie aber nur für interne Zwecke gilt. Mit diesem Weg wurden die Prärogative des Völkerrechts - und aus der Perspektive des Völkerrechts selbst, nicht tangiert[81].

Manche sprechen über ‚Osmose', d.h. Verzahnung und Interaktion zwischen der Völkerrechtsordnung und den nationalen Rechtsordnungen[82]. Diese Anschauung sieht die tatsächliche Anwendung des Rechts im Vorrang des rechtskonstruktiven Geltungsgrundes der Rechtsordnungen vor. Die wechselseitige Beeinflussung von Völkerrecht, Europarecht und nationalem Recht werde nach vertikaler und auch horizontaler inhaltlicher Konvergenz von Rechtsordnungen dabei aber nicht präzise beschrieben. Prinzipien des nationalen Rechts, die universell anerkennt sind, wurden auf die europäische und internationale Ebene übertragen. Diese Elemente werden wiederum in die Rechtsordnungen anderer Staaten implementiert, und konkretisiert somit eine Harmonisierung des nationalen Rechts konkretisiert. Ursprünglich kommt dieser Mechanismus aus dem zivilrechtlichen Gebiet her, als klassische Quelle der sog. allgemeinen Rechtsgrundsätze, im Sinne von Art 38 Abs 1 lit c) IGH-Statut. Das Verfassungsrecht und - seit der Aufnahme der Spruchtätigkeit der internationalen Straftribunale und des Internationalen Strafgerichtshofs, das Strafrecht spielen fast die gleiche Rolle dazu, da Hybridisierungs- und Angleichungsprozess aufgrund der Ausbreitung des Demokratieprinzips im Bereich der Menschenrechte, häufig ist. Die genannte Theorie analysiert die neue Tendenz, bzw. den Austausch von nationalen und extranationalen grundsätzlichen Rechtselemente. Sie beschreibt brillant die heutige *cross-fertilization* zwischen Ordnungen, antwortet aber nicht an die klassische Frage *quis custodiet custodes*? Mit anderen Worten ist es eine Rechtsstruktur, die solch ein Austauschmechanismus enthält und rechtfertigt daher noch zu entdecken?[83].

Infolgedessen taucht die Rolle der staatlichen Behörden, bzw. der Gerichte als Anwender des Völkerrechts in den Vordergrund auf. Denke man bspw. an die Meinung der IGH-Richter im Fall des internationalen Haftbefehls, nachdem etwaige universale strafrechtliche Jurisdiktion gegen natürliche Personen nur mögliche sei, wo jeweiliges vollstreckendes Gericht als Vertreter der internationalen Gemeinschaft betrachtet würde[84].

Anderer Theorie zufolge, lässt sich diese Überlappung der verschiedenen Ordnungen aufgrund der Disaggregation der Idee des Staates und der staatsübergreifenden Behördenkooperation – abgesehen von deren nationaler Zugehörigkeit, erklären.

---

[78] FROWEIN, *Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, in: RdC, 1994, 357.

[79] PETERS, *The Position of International Law in European Community Law*, in: GYIL, 1997, 40, 9.

[80] Urteil vom 19. Januar 2009 (Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals - *Mexico v United States of America*, s. insb. Rn 44 des Urteils).

[81] ARANGIO-RUIZ, *Dualism Revisited: International Law and Inter-individual Law*, in: Riv. dir. int., 2003, 910. Über das Thema der Beziehungen zwischen Völkerrecht und EU-Recht, s. auch *infra* das sog. *Kadi* Urteil.

[82] CHALTIEL, *Constitution française, constitution européenne, vers l'osmose des ordres juridiques?*, in: RMCUE, 2005, 488, 280 ff.; MAYER, *Europarecht als französisches Verfassungsrecht*, in: EuR, 2004, 6, 925 ff.

[83] SLAUGHTER, BURKE-WHITE, *The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law)*, in: Harv Int'l LJ 47, 2006, 47, 327.

[84] Diese, vertikale' Rekonstruktion kommt aus etlichen Entscheidungen der internationalen Rechtsprechung; s. bspw. IGH, *Case of Arrest Warrant*, Urteil vom 11. April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v Belgium*), in: ICJ Rep., 2002, 3 ff.,; sowie die Meinung der Kammer des Jugoslawientribunals: «*A State which has indicated its willingness and has been designated will execute the sentence on behalf of the International Tribunal in application of international criminal and not domestic law. Therefore, the State may not, in any way, including by legislative amendment, alter the nature of the penalty so as to affect its truly international character*» (Trial Chamber ICTY, *Prosecutor v Erdemovic* (sentencing judgment), IT-96-22-T, 29, November 1996, Rn 71, Hervorhebung im Original).

Dieses Schema beruht auf ein virtuelles ‚institutionelles' Netzwerk von Gerichten und Behörden, bzw. auf deren professionellen *ethos*. Solche seien zu den nationalen Interessen orientiert und deshalb etwa durch *judicial dialogue* und *cross-fertilization*, zu progressiver Entwicklung der Rechtsordnungen gerichtet [85]. Um diese Aufgabe zu erfüllen, müssen nationale Organe aber die Annäherung an den extranationalen Entscheidungen aber unbedingt verfolgen. Dieser Meinung nach, sei die Rolle der staatlichen Gerichte bei der Anwendung des internationalen Rechts dann pragmatisch vorgesehen, weil sie nicht nur als Organe der Staaten agieren, sondern eine quasi-unabhängige Rolle als *authority in the international legal order*, spielen [86].

Etwas Ähnliches findet sich auch im *Verhältnis von Völkerrecht und Europarecht*, wo die inhaltliche Verschränkung des erstes mit einer Tendenz zur ‚Europäisierung' gemischt wird. Wie bekannt, enthält das EU-Recht eine starke politische Verbindung mit dem allgemeinen Recht der internationalen Organisationen. Dies wurde von den ursprünglichen Vorschriften der gleichen EG erstmals vorgesehen, denn die völkergewohnheitsrechtsbildende Übung der Rechtspraxis seitens der Union kam zunehmend in Betracht. In diesem Rahmen ist die Anwendung und Durchsetzung des Völkerrechts deshalb integraler Bestandteil des heutigen EU-Rechts gewesen [87].

Ein wichtiges Element des heutigen Konstitutionalisierungsprozesses besteht überdies darin, dass er sich relativ leicht identifizieren und beschreiben lässt, weil er in der Rechtsprechung wohl betrachtet ist [88]. Im Allgemeinen wird behauptet, internationale Organisationen seien nur insofern verfassungsfähig, als sie mit beziehender autonomer Rechtsordnung verbinden [89].

Die rechtliche Autonomie der internationalen Organisationen ist im Art. 5 des Wiener Übereinkommen vom 1969 im Allgemein verfasst [90]. Ein besonderes Problem ergibt sich wiederum bei der Harmonisierung der völkerrechtlichen Verträge und innerstaatlichen Regeln, mit Bezug auf die Geltung des völkerrechtlichen Vertrages für den betreffenden Staat und den völkerrechtlichen Auslegungsregeln. Im Prinzip wird solcher Vertrag zu einem bestimmten Zeitpunkt geschlossen und tritt zu einem bestimmten Zeitpunkt in Kraft. Es sind zwei bestimmte Momente, wo die konkrete Anwendung von Vertragsinhalt und Vertragszweck nach einzelnen Vertragsvorschriften bedingten evolutiven oder dynamischen Charakter in der zweiten Phase, jedoch haben kann. Dies beruht allerdings auf dem in Art. 31 Abs. 3 lit. B WVK enthaltenen Grundsatz der authentischen Vertragsauslegung. Man denke bspw. an den Fall, indem ein völkerrechtlicher Vertrag sogar eigene Rechtsprechungsorgane zur Auslegung des Vertragsrechts vorsieht, wie etwa in Bereich der Europäischen Union oder der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [91].

Gelegentlich hat die Wirkung eines solchen Aktes in nationalen Rechtsordnungen einige Konflikte verursacht. Für den Bereich der Europäischen Union, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem *Maastricht* Urteil mit zum Teil scharfen Worten bspw. versucht, die zunehmenden Aushöhlung gewisser staatlicher Kompetenzen durch di Auslegung der Gemeinschaftsverträge Grenzen zu beheben [92]. Etwas Ähnliches geschah mit Bezug auf klassische Gründungsverträge internationaler Organisationen, wo es natürlich zu andere Ergebnisse geführt hat. Das Bundesverfassungsgericht selbst sollte sich mit diesem Problem-

[85] SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, 2004, S. 12.

[86] NOLLKAEMPER, *Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts*, in: AJIL, 2007, 101, 799. Der Autor weist auf die im solchen Modell innenwohnende Gefahr der Expertokratie als gegenseitiger Element der Demokratie.

[87] Die Kommission kann eine Aufsichtsklage gegen einen Mitgliedstaat wegen einer Völkerrechtsverletzung erheben, infolgedessen müsste der Mitgliedstaat für die Nichtumsetzung des „europäisierten" Völkerrechts haften. Dieses Thema wird *infra* betrachtet, mit Bezug auf den emblematischen Fall *Kadi*.

[88] Denke man bspw. an die sektorielle Konstitutionalisierung der EU 140 oder der WTO ist besonders augenfällig (vgl. ARMINGEON u.a., *The Constitutionalization of the WTO*, in: COTTIER, DELIMATSIS (Hrsg.), *The Prospects for International Trade Regulation. From Fragmentation to Coherence*, Cambridge, 2010, S. 69 ff.; CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford, 2005, S. 5 ff.; PETERS, *The Merit of Global Constitutionalism*, in: IJLS, 2010, 402 ff., verfügbar in: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/3431/Peters_Merits_Global_Constitutionalism_Indiana__J_GLS_09.pdf).

[89] Die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit der internationalen Organisationen bedeutet die Anerkennung ihrer Fähigkeit, in völliger Unabhängigkeit von den Vereinigten Staaten internationale Rechte und Pflichten zu haben. Solche Auffassung kommt genau aus der Rechtsprechung (vgl. das Gutachten des IGH im *Bernadotte*-Fall vom 11. April 1949 über den Ersatz von im Dienste der Vereinten Nationen erlittenen Schäden, ICJ Reports 1949, 174) her, wo die Rechtssubjektivität der Vereinten Nationen anerkannt wird. Die internationalen Organisationen Zurechnung der internationalen Subjektivität ist im Wesentlichen auf der Grundlage der folgenden Elemente basiert: a) Sie können internationale Abkommen, die Rechte und Pflichten nur für Organisationen und nicht den Vereinigten Staaten schaffen, eher schließen; b) Organisationen sind immun gegen die Rechtzuständigkeit des Staates; c) Organisationen haben ihre eigene Zwecke, die von denen der Mitgliedstaaten anders sind, und bestimmte Einrichtungen zu der Erfüllung dieser Ziele legitimiert; d) Organisationen sind wie Mitgliedstaaten Subjekte des Völkerrechts, haben aber nur eine begrenzte Rechtsfähigkeit, da ein Land und ein Volk, damit die Souveränität irgendwie ausüben können, also nicht besitzen. Aus denselben Gründen sind sie in Bezug auf diesen Prärogativen, von allen internationalen Normen nicht Empfänger. Im Allgemeinen kann man schließlich erwähnen, dass die grundlegenden Normen einer Organisation, die Rechtsfähigkeit eigene Funktionen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten auzusüben, vorsehen (s. dazu IGH, *Advisory Opinion of 20 December 1980 - Interpretation* of *the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt* in: Recueil, 1980, S. 20 ff.).

[90] Der Titel heisst ‚*Gründungsverträge internationaler Organisationen und im Rahmen einer internationalen Organisation angenommene Verträge*' und lautet wie folgt: «*Dieses Übereinkommen findet auf jeden Vertrag Anwendung, der die Gründungsurkunde einer internationalen Organisation bildet, sowie auf jeden im Rahmen einer internationalen Organisation angenommenen Vertrag, unbeschadet aller einschlägigen Vorschriften der Organisation*».

[91] Die jüngste Praxis sieht dafür tragenden Pflichten zur Vertragsauslegung, und damit konstitutiven Element der Bestimmung des Vertragsinhalts, vor (s. BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Tübingen, 2004, S. 314, Fn 2, Fn 4).

[92] Das Bundesverfassungsgericht bemerkte hierzu, dass das Zustimmungsgesetz zu den Gemeinschaftsverträgen an Kompetenzen an die Gemeinschaften übertragen worden sei. Aufgrund der Überschreitung dieser Kompetenzen seitens der Gemeinschaftsorganen herkommenden Rechtsakte, könnte eine Rechtswirkung im Geltungsbereich des Grundgesetzes in Zukunft deshalb nicht mehr sein (Urteil vom 12. 10. 1993, 2 BvR 2134/92, BVerfGE 89, 155, in: NJW, 1993, 3047).

bereich im Zusammenhang mit dem nordatlantischen Verteidigungsbündnis und der Westeuropäischen Union befassen[93].

Ihrerseits erkennt die Rechtslehre zum größten Teil die Besonderheit des Organisationgründungsakts, aber sie betrachtet wirklich unter vieler Hinsicht die Beziehungen zwischen innerer Organisationsstruktur und allgemeiner Völkerrechtsordnung. Nach einer ersten Stellungnahme seien diese Verhältnisse immer noch aus dem Völkerrecht und von diesem festgelegten Kollisionsnormen geregelt, da der Gründungsakt eigene konventionelle Natur besäße[94].

Anderer Meinung zufolge, führte der Gründungsvertrag der internationalen Organisation zu einer unabhängigen Entität, sodass sich deren Rechtsstellungen ebenso als autonome betrachtet werden können. Diese Reihenfolge sollte auch als ursprünglich verstanden werden, weil die Bindungskraft der Regeln von der Existenz der Organisation direkt auskäme[95]. Manche haben eine Zusammenfassung der genannten Meinungen gebracht, da sie dieses der internationalen Organisationen als ein ‚besonderes' Völkerrecht halten, d.h. ein koordinierter Satz von Regeln, die zwar auf dem Völkerrecht beruhen, aber unabhängig davon aussehen[96].

Unter anderem Aspekt, impliziert die Diskussion über die Autonomie der internationalen Organisationen einen Hinblick auf der Europäischen Union als Institution. Solche Union ist keine zwischenstaatliche Organisation wie die UNO oder eine Föderation von Staaten wie die USA, aber eine *sui generis* Entität, deren Organe und Institutionen den Mitgliedstaaten einen Teil ihrer Souveränität delegiert haben. Sie trägt ihr eigenes Rechtssystem, welche so viel vom Völkerrecht als das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten auszeichnet. Wie bekannt, wurde die Frage auf die Natur der Europäischen Gemeinschaft unter rechtlichem und politischem Aspekte zunächst gestellt und in der berühmten *Van Gend & Loos* Urteil vor EuGH dann gebracht[97].

Die rechtsdogmatische Autonomie der Ordnung einer Organisation, bzw. der Unionsrechtsordnung, wurde so definiert, um sie getrennt vom Völkerrecht zu betrachten. Diese Behauptung wurde in *Costa v ENEL* (1964) wiederaufgenommen und entwickelt. Der Fall tauchte aus der Verweisung vom italienischen Friedensrichter an der *Corte Costituzionale* und dem EuGH auf. Der letzte hielt also dass, der EWG-Vertrag eigene Rechtsordnung zum Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen geschaffen hatte[98]. Vom gleichen Verfassungsgericht er-

[93] In dieser Entscheidung wurde also vorgetragen, die Mitwirkung der deutschen Bundesregierung an den NATO- und WEU-Beschlüssen zur Überwachung des Embargos und zur Durchsetzung des Flugverbotes im ehemaligen Jugoslawien. Das Problem war daher eine mögliche Umgehung des Vertragsänderungsverfahrens gem. Art. 59 Abs. 2 GG. Dieser Vorschrift nach, bedürfen die hochpolitischen Verträge des Bundes der Zustimmung der gesetzgebenden Einrichtungen der Form eines Gesetzes. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts bestimmte diesbezüglich, dass nur formale Vertragsänderungen dem gesetzgeberischen Zustimmungserfordernis des Art. 59 Abs. 2 GG sein können, wenn sie nicht interpretatorische oder sonstige - außerhalb eines Vertragsänderungsverfahrens, herbeigeführte Weiterentwicklungen zeitigen. Insbesondere beruhen hochpolitische Verträge zuweilen auf diesem dynamischen Mechanismus, welcher normativen Aufgabenbestimmungen und Zielvorgaben darstellen und damit die Vertragsparteien auf neue Entwicklungen im internationalen Bereich zu kommen, berechtigt seien: Solche Klauseln seien also vom Zustimmungsgesetz des genannten Art. 59 jedenfalls mitumfasst. Die unterlegenen Richter betonten dagegen, dass die dem Völkerrecht innewohnende Flexibilität bei der Vertragsentwicklung nicht zu Lasten der Zustimmungsbefugnisse des Art. 59 gehen sollte. Beide Positionen haben mit Transparenzgesichtspunkten zu tun. Die unterlegenen Richter stellen letztlich darauf ab, dass die Undurchschaubarkeit des völkerrechtlichen Prozesses keine Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Lage haben dürfen, weshalb Völkerrecht und Verfassungsrecht entkoppelt marschierend zu verstehen seien. Es wurde dagegen bemerkt, dass eine solche Auffassung zu einem Paradox aber führen konnte, demnach müsste die Bundesregierung jeden Beschluss der Vertragsorgane auf potentiell vertragsändernde Wirkungen untersuchen um innerstaatlich entsprechend reagieren zu können. Beim Ausbleiben hinreichend klarer Kriterien, bleibt daher unklar, wann die normative Mitwirkungsbefugnis des Art. 59 eigentlich in Betracht kommt. Dies führte jedenfalls zu einem transparenten Ergebnis, weil das staatliche Grundgesetz nur ins Spiel r kommt, wenn ein ganz bestimmtes Verfahren auf völkerrechtlicher Ebene bereits gewählt wurde: Für die Entscheidung des zweiten Senats spricht in diesem Falle also, das Thema der Klarheit des Entscheidungsergebnisses dafür (Urteil 12. Juli 1994-2 BvE 3/92; über das Argument s. BRÖHMER, zit., S. 314 ff).

[94] In diesen Sinne stellte Art. 5 Wiener Übereinkommen vom 1969 eine Version des berühmten Prinzips *lex specialis derogat generali*. Mit diesem Bezug s. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1955, p. 295; BALLADORE PALLIERI, *Le droit interne des organisations internationales*, in: RDC, 1969/2, 127, 1 ff.

[95] Vgl. SERENI, *Diritto internazionale II. Organizzazione internazionale*, Milano, 1960, p. 903; CAHIER, *L'Ordre juridique interne des organisations internationales*, in: *Manuel sur les organisations internationales* (DUPUY Hrsg.), Dordrecht, 1988, S. 386 ff.; ZANGHĚ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2001, S. 241 ff. Mit diesem Bezug bemerkt man die Rekonstruktion von Arangio-Ruiz, wo der interstaatliche Charakter des Gründungsakt und dieser interindividuale und verfassungsartige der Organisationsrechtsstellung, auf gleichem Niveau bleiben. Aus diesen Gründen habe selbst die Organisationsrechtsstellung keine völkerrechtliche Natur (S. *Rapporti contrattuali tra Stati e organizzazioni internazionali, per una teoria dualista delle organizzazioni internazionali*, in: Arch. Giur. Filippo Serafini, 1950, 139, 7 ff.).

[96] Dieser Orientierung zufolge, seien Rechtsordnungen internationaler Organisationen auf der Kraft der vorausgesetzten Vertragsakten basiert, und könnten deshalb ursprünglich nicht qualifiziert werden. In der Rechtswelt sind ‚ableiten' und ‚sein' aber quasi gleichwertige Begriffe. Infolgedessen können solche aber als internationale Organisationen nach dem Völkerrecht definiert werden (dazu s. QUADRI, *Recensione all'Arangio Ruiz*, in: Comun. intern, 1952, 180 ff.).

[97] Das *Van Gend & Loos v Niederländische Finanzverwaltung* Urteil vom 1963 (C-26/62) ist ein der wichtigsten Punkten im Entwicklungsprozess einer Gemeinschaftsrechtsordnung. Der Gerichtshof legte in der Tat fest, dass die Gemeinschaft zu Gunsten der Staaten eine im Rahmen des Völkerrechts neue Rechtsordnung darstellt, wo die Mitgliedstaaten selber ihre Souveränitätsrechte - bzw. nicht nur die staatliche sondern auch ihrer Angehörigen Rechte, für dieses Zweck begrenzen. Das Gericht zog ein Grundprinzip aus dieser Auffassung: Diese der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts. (s. dazu PICCONE, *Effetti diretti, interpretazione conforme e principi generali dell'or- dinamento comunitario da Van Gend en Loos a Velasco Navarro*, in: Riv. dir. sic. soc., 2008/1, 157 ff.; GALLORO, *Norme internazionali e comunitarie sulle societŕ commerciali*, Neapel, 2012, S. 103).

[98] Aufgrund des Urteils der Corte Costituzionale vom 9. März 1964, Nr. 14, kann das Gemeinschaftsrecht den nationalen Rechtsordnungen doch nicht überwiegen, wenn ein Konflikt zwischen nachträglichen staatlichen Normen und europäischen Normen in diesem Zusammenhang gewesen sei (*lex posterior derogat priori*). Mit Bezug auf den gleichen Rechtsstreit, ist das spätere Urteil des EuGH vom 15. Juli 1964 (C-6/64) seinerseits eine der meisten Grundsatzentscheidungen des Gerichtshofs selber geworden, da es den Vorrang des Unionsrechts über die Gesetze der Mitgliedstaaten festgelegt hat. Dadurch dürfte das aus dem EU-Vertrag kommenden Gesetz - d.h. eine unabhängige Rechtsquelle, von innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufgrund seiner besonderen und ursprünglichen Natur jedoch nicht aufgehoben werden. Dies würde dann sein Charakter als Gemeinschaftsrecht und die gleiche Rechtsgrundlage der Gemeinschaft, in Frage stellen.

innert man die Urteile *Frontini gegen Amministrazione delle Finanze* (Nr. 183/1973) und *Industrie chimiche Italia centrale gegen Ministero del Commercio con l'estero* (Nr. 232/1975). Diesen Entscheidungen zufolge seien Unionsnormen weder als Quellen des Völkerrechts, noch als solche des ausländischen Rechts, noch als solche des internen Rechts einzelner Staaten qualifizierbar[99].

Baustein der europäischen Konstitutionalisierungsdebatte ist jedoch das *Kadi*-Urteil des EuGH[100]. Bei dieser Gelegenheit hat das Gericht die Autonomie der europäischen Rechtsordnung einher mit der Behauptung einer europäischen Verfassungsordnung überprüft. In der Tat wurde die Vereinbarkeit der EU-Verordnungen mit den europäischen Grundrechten letzendlich analysiert, wo die Verordnungen UN-Sanktionen zu implementieren hervorgerufen wurden. Die europäische Rechtsordnung hat die rechtlichen Vorgaben der Vereinten Nationen also grundsätzlich aufgenommen, deshalb hätten etwaige EU-Verordnungen gegen diese völkerrechtlichen Normen anstoßen sollen, demnach würde die Rechtswidrigkeit gegen die gleichen EU-Prinzipien auftauchen. Die *Kadi* Entscheidung hat die Verantwortlichkeit der EU im Außenverhältnis wegen der Völkerrechtsverletzung somit aus „Verfassungsgründen" festgelegt. Die rechtskonstruktive Basis der Geltung des Unionsrechts liegt also nicht in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Dies wurde aus der EuGH- Rechtsprechung insofern gestellt, als das Unionsrecht eine neue und/oder eigene Rechtsordnung, bzw. eine autonome Rechtsquelle trägt[101]. Demnach wurde die Autonomiethese mit juristischen Ordnungs- und Institutionenlehren als eng verknüpft verstanden[102].

Wie ist nun die Korrelation zwischen Konstitutionalisierung einer internationalen Organisation mit der Autonomie ihrer Rechtsordnung nun zu sehen? Ein Punkt ist zunächst zu erklären, dass der Begriff ‚Autonomie' anders als dieser von ‚Souveränität' ist. Der Besitz der Souveränität voraussetzt, dass sich der Staat bereits eine Verfassung gegeben hat. Wie hervorgehoben, impliziert die Autonomie im rechtstheoretischen und rechtsdogmatischen Sinne aber nicht unbedingt eine Korrelation von Verfassung. Dies stellt die gleiche Legitimationsfrage dar.

8. Pluralität der Perspektiven

Wie gesehen, ist es in solcher Hypothesis unangemessen, über übernationales Verfassungsrecht zu sprechen. Die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zum Vorrang des Unionsrechts beruht vielmehr auf der Anwendung von den jeweiligen eigenen Kollisionsnormen. Diese sind weitgehend parallel, aber nicht zueinander entsprechend[103]. Für die einheitliche Lösung von Normenkonflikten würde die vollständige Gleichschaltung der Kollisionsnormen also ausreichen, da sie kein hierarchisches Verhältnis der beteiligten Rechtsordnungen impliziert. *Ratio* von Kollisionsrecht ist es zunächst, auf ein bestimmtes Problem diejenige Rechtsordnung die beste Lösung erreichen zu erlauben. Deshalb gibt es keine allgemeine Kollisionsregel, die in *jedem* Fall der Kollision zwischen nationalem und extranationalem Recht gelten, sondern zahlreiche verschiedene, problembezogene Kollisionsregeln. Der Sinn und das umfassende Gefüge des Kollisionsrechts hängen also gar nicht von internationalen und europäischen Realität ab. Insbesondere für die EU spielt die einheitliche Anwendung ihres Rechts als Voraussetzung der Funktionsfähigkeit der EU überhaupt, als *«ein Grunderfordernis der gemeinschaftlichen Rechtsordnung»*[104]. Sollte etwaiges widersprechendes Mitgliedstaatenrecht anwendbar sein, wäre die Folge, dass die Reichweite und Durchschlagskraft des Unionsrechts außer mitgliedstaatlicher Rechtslage bliebe. Dies ist aber natürlich nicht die Praxis, weil die europäische Rechtsordnung lediglich eine Rechtsgemeinschaft ist. Die Prärogative (des in-

[99] Dieser Rechtsprechung nach, ist die nationale Feststellung im Widerspruch zu den Vorschriften der Verträgen verfassungswidrig. Solcher Rechtsmäßigkeitsmangel muss durch das Verfassungsgericht selbst - und nicht direkt von den ordentlichen Gerichten gehoben - deklariert werden. Das *Frontini* Urteil wurde ausdrücklich in *Simmenthal* Urteil 1978 des Europäischen Gerichtshofs kritisiert (C-106/77). Der EuGH Entscheidung zufolge, erfordern die unmittelbare Wirkung und das *primautč* des Gemeinschaftsrechts, dass dieses unmittelbar anzuwenden ist und die zu dem in Kontrast folgenden internen Regeln nicht richtig gebildet werden können.

[100] Urteil vom 3. September 2008 (C-402/05 P und C-415/05) über *Institutionelle Fragen - Ausübung der Gemeinschaftsbefugnisse und Achtung der Grundrechte bei der Terrorismusbekämpfung*.

[101] Vgl. *supra Van Gend & Loos* Urteil, Fn 129.

[102] Nach Monaco, haben alle internationale Organisationen eine autonome Rechtsordnung, und dies gilt umso mehr für die EU (vgl. dazu *Rčgle de droit communautaire et rčgle de droit interne*, in: AUBIN u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Otto Riese*, Karlsruhe, 1964, S. 27 ff.; *Cours général de droit international public*, in: RdC, 1968/3, 125, 99 ff.; *Le caractčre constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales*, in: *Mélanges offerts ŕ Charles Rousseau*, Paris, 1974, S. 153 ff.). Solche ist die typische Ansicht der Anhänger, der, institutionalistischen' Theorie. Diese definiert das Recht als Organisation (Institution) und wurde im frühen zwanzigsten Jahrhundert in Frankreich von M. Hauriou und in Italien von Santi Romano entwickelt. Ursprünglich wurde sie in das Konzept von ‚Institutionalismus' gezählt, um eine gewisse Denkrichtung, welche - obwohl als Schule auch nicht anerkannt - in verschiedenen Formen Volkswirtschaft- und Rechtswissenschaftslehre beeinflusst hat, darzustellen (mit Bezug auf die Analyse der ‚institutionalen' Natur der EU, vgl. dazu HAURIOU, *Die Theorie der Institution und der Gründung*, in HAURIOU, SCHNUR u.a. (Hrsg.), *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*, Berlin, 1965, S. 27 ff.; ID., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1933, S. 17 ff.; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, *zit.*, 25 ff.; ID., *Corso di diritto internazionale*, zit., S. 30 ff. Über den heutigen institutionalistischen Rechtspositivismus der europäischen Rechtsordnung, s. MACCORMICK, *Sovereignty, Democracy, Subsidiarity,* in: Rechtstheorie, 1994, 25, 286 ff.).

[103] In den größten Rechtssystemen gelten grundsätzlich die sogenannten *controlimiti costituzionali* gegen der Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften. Solche *controlimiti* sind die obersten Verfassungsgrundsätze, bzw. die als Parameter bei der Verfassungsmäßigkeit Beurteilung benutzt werden. Mit Ausnahme von Deutschland, wo das BVerfG eigene Zuständigkeit (z. B. mit den renommierten *Solange*, *Maastricht*, *Lissabon* Urteile) darüber weiterhin erklärt hat, haben Verfassungsgerichte von Österreich, Luxemburg, Belgien, Frankreich, Spanien, Litauen und auch Italien für den ordentlichen Gerichten praktisch abgedankt. Wie die Lösung der zwischen nationalen und EU Normen Kollision an diesen Richter delegiert wird, ist eine Frage, die dann in eigener Weise im jeweiligem Land jedes Mal angepackt wird (das Konzept wurde infolge der Corte Costituzionale Urteile Nr. 30/1971, 175/1973, 18/1982, 203/1989 und vor allem 1146/1988 entwickelt. Dazu s. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Mailand, 1995, S. 95 ff.; TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee*: *principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in: Dir. Un. Eur., 2007, 3, 734 ff.; VILLANI, *Tradizioni costituzionali comuni e, controlimiti', tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in: DPCE, 2003, 102 ff.).

[104] EuGH, verb Rs C-143/88 u C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen v Hauptzollamt Itzehoe*, Slg 1991, I-415, Rn 26.

ternationalen- und) des Unionsrechts schließen unter solchem Aspekt Bedingungen zur Geltendmachung der Belange ausländischer Bürger jedoch aus. Infolgedessen können Konzepte wie Supranationalität und das darin enthaltene Vorrangprinzip, als fundamentaler demokratischer Mechanismus[105] eine Rolle spielen. In dieser Perspektive stellen die oben analysierten Begriffe wie Rechtsgleichheit und Demokratie die Maßgeblichkeit des Völker- und Unionsrechts insgesamt dar.

Eine Rekonstruktion der Verhältnisse zwischen Rechtsordnungen mag durch die Theorie des Pluralismus hervorgehoben werden. In diesem Sinne steht solche Orientierung nicht im Gegensatz zum Monismus und auch nicht zum klassischen Dualismus[106]. Dieser Pluralismus bildet jedoch eine Pluralität von Perspektiven mit Bezug auf der Vielfältigkeit der Rechtsordnungen, somit jeweilige juristischen Akteure, die Letztentscheidungsbefugnis für sich reklamieren, in Betracht letztendlich in Betracht kommen. Nach dem pluralistischen Modell gibt es keine Normen um über die widerstreitenden Ansprüche auf Entscheidungsbefugnis zu finden, deshalb besteht genau eine Pluralität von Konfliktlösungsregeln. Prinzipale Akteure sind insbesondere Gerichte, die sind selbstverständlich Teil eigener nationaler Rechtsordnungen, und sprechen deshalb aus ihrer eigenen Perspektive und können infolgedessen nur die Konfliktlösungs- bzw. Kollisionsregel ihrer eigenen Rechtsordnung anwenden. Eine sowieso übergeordnete institutionalisierte Macht, die einen Normenkonflikt entscheiden kann, fehlt eigentlich. Aus diesen Gründen sind die einzelnen Perspektiven der verschiedenen Akteure gleichwichtig und in sich schlüssig[107]. Es folgt dass, es keine allgemein anerkannte Hierarchie zwischen Völkerrecht, Europarecht und staatlichem Recht gibt. Die diversen Ordnungen sind vielmehr gleichberechtigt, somit würde weder das Völkerrecht Landesrecht brechen noch umgekehrt. Die Existenz der Autoritäts-, Rang- und Geltungsfrage über etwaige Normanwendungskonflikte stellt also daher keine notwendige Voraussetzung dar. Im Prinzip muss man entscheiden, welche der kollidierenden Vorschriften Vorrang hat und anzuwenden ist, und welche zurücktritt und unangewendet bleiben muss.

Der Pluralismus trägt aber auch Risiken für die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Völker- und Unionsrechts. Solange er von den Ideen der formellen Hierarchie absieht, könnte es eine bestimmte Beschreibung der Rechtsanwendungs- und Spruchpraxis der internationalen, europäischen und nationalen Instanzen, auch plausibel sein[108]. In praktischer Hinsicht, erscheint ein formeller Vorrang des internationalen Rechts gegen nationales Recht je weniger wichtig desto mehr eine beiderseitige inhaltliche Konvergenz der Rechtsordnungen stattfindet. Deshalb wird es immer weniger relevant, ob ein Gericht eine nationale Menschenrechtsnorm oder eine internationale Vorschrift anwendet, weil beide Arten von Normen denselben Inhalt und dieselbe Reichweite besitzen. Vielmehr stellen Konflikte nicht unbedingt gefährliche Angelegenheiten, sondern Stimulus für Entwicklung neuer Ideen, für die Suche nach der bestmöglichen Auslegung, dar. Wo lässt die Problemlösung sich verbessern, können Reformen ohnehin erwachen. Das Recht lebt endlich vom Konflikte, welche den richterlichen Dialog befördern. Insbesondere provozieren Widersprüche zwischen internationalen, europäischen und nationalen Instanzen möglicherweise eine gleichberechtigte Konfrontation. Mit diesem Weg kann das Fehlen einer einzigen höchsten Autorität als ‚konstitutionelle' betrachten werden[109].

Aber die Kehrseite dieser Ansicht stellt drei Facetten dar. Dabei finden sich also Rechtsungleichheit, Unverbindlichkeit von Rechtsverpflichtungen und Demokratiedefizit. Unter ersten Aspekt fragt man, ob es ist richtig, dass die einheitliche Anwendung der Normen impliziert die Prädominanz von Rechtsordnung, deren territorialer Anwendungsbereich grösser der anderen interessierten ist. Die staatlichen Letztentscheidungsbefugnisse, z. B., gefährden wahrscheinlich die einheitliche Anwendung des Völker- oder Unionsrechts[110]. Manche halten dies als höchstes Gut, da es schliesslich der Rechtssicherheit dient[111]. In jeder föderalen Rechtsordnung wird die Homogenität von formaler Rechtsgleichheit zugunsten der Beachtung regionaler oder lokaler Besonderheiten aber entfernt. So werden in Bundesstaaten mit verschränkten Rechtssystemen die Bundesgesetze durch die Gliedstaaten vorzogen, wobei das lediglich prädominante extranationale Recht endlich vernachlässigt bleibt[112].

Der zweite Punkt besteht darin, dass alle Auffassungen zu jeder Rechtordnung gleichberechtigt sind. Die Rechtsfolge der

[105] JOERGES, *Re-Conceptualizing the Supremacy of European Law: A Plea for a Supranational Conflict of Laws*, in: KOHLER-KOCH, RITTBERGER (Hrsg.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Lanham, 2007, S. 31 ff.

[106] Die pluralistische Position beruht auf einer Meta-Ebene, wo der Rechtsdeutungspluralismus die universalen Rechtsbeziehungen eigentlich charakterisiert: «*Dieser […] bildet keinen Mangel, sondern ist Ausdruck einer Verfassungsstruktur, die Union und Mitgliedstaaten grundsätzlich angemessen ist, solange von Prinzipien der beteiligten Rechtsordnungen gehegt, namentlich mit Verpflichtungen zur gegenseitigen Rücksichtnahme und Kooperation*» (vgl. VON BOGDANDY, *Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum*, in: NJW, 2010, 63, 4 ff.).

[107] Aus dieser Perspektive fehlt aber eine eindeutige und einzige Autorität, welche ein *minimum standard* von Kollisionsregel stelle.

[108] So zutreffend BERTI, *Demokratie, Pluralismus und Wirtschaftssysteme*, in: SCHIERA, NETTESHEIM (Hrsg.), *Der integrierte Staat. Verfassungs- und europarechtliche Betrachtungen aus italienischer und deutscher Perspektive*, Berlin, 1999, S. 131 ff.

[109] MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in: WALKER (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, S. 522 ff.

[110] Über die Loyalitätspflichten in EU-Recht, s. NETTESHEIM, *Art. 291 AEUV Rn 5, 15*, in: GRABITZ, HILF, NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union*, München, 2012.

[111] Das Prinzip lässt sich jedenfalls milden. Vgl. das EuGH *Foto-Frost* Urteil, Rs 314/85, (Fn 226) Rn 15, wo die Rechtsicherheit gegen eine eigenständige nationale Gültigkeitsprüfung, als etwa ein staatliches Grundrecht spielt. Das EU-Gericht kann gewisse Grenzen ihrerseits doch auch setzen, welche aus der gemeinschaftlichen Treuepflicht von Art. 10 EGV herkommen. Sodass die gemeinschaftlichen Normen gegen die andere, die ihre Grundlage in der nationalen Rechtsordnung finden, nicht Vorrang haben können (sog. Äquivalenzklausel). Dazu s. auch VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, Tübingen, 2006, S. 511 ff.

[112] Dieses Schema wird auch ‚Vollzugsföderalismus' genannt (vgl. BIAGGINI, *Grundverständnisse von Staat und Verwaltung*, in: VON BOGDANDY, CASSESE, HUBER (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, III, *Verwaltungsrecht in Europa*, Heidelberg, 2010, S. 492; OETER, *Integration und Subsidiarität in deutschen Bundestaates Recht*, Tübingen, 1998, S. 403 ff.; VATTER, *Das politische System der Schweiz*, Baden-Baden 2014, S. 451 ff.;

völkerrechtlichen Haftung eines vertragsbrüchigen Staates im Außenverhältnis würde somit im Allgemeinen ausgeschlossen. Infolgedessen leitet man ab, dass der Pluralismus mit dem Grundsatz *pacta sunt servanda* inkompatibel ist. Da das letzte Prinzip für das Ganze und insbesondere aus Verträgen bestehendes Völkerrecht noch heute konstitutiv ist, klingt diese Theorie *ex se* als kontradiktorisch [113].

Das letzte Problem ist, dass der Pluralismus mit Bezug auf das Völkerrecht und auch auf das EU-Recht, keine anerkannte Vorrangregel herausgefunden hat. Jedenfalls hat der selber einen zusätzlichen Mechanismus für die Beschränkung der offenen Gewalten, es aber wahrscheinlicher ist, dass dieses juristische Ergebnis in erster Linie vielmehr den politischen Vorrang des mächtigeren Rechtsanwenders verstärkt [114].

Keine einzige Methode, zur Herausarbeitung von Techniken der Gerichtsbarkeit und der Gestaltung von konkurrierenden Kompetenzansprüchen und Normen, erscheint dabei aus den genannten Motiven. Die Relationen zwischen nationalen und extranationalen Rechtsordnungen sind heute zumeist pragmatisch geregelt.

Schlussfolgerungen

An dieser Stelle ist zu feststellen, in wie weit die internationale Ordnung die Einrichtungen der sog. globalen Verfassung enthalten kann und ob sie eine Art von Legitimierung, bzw. Rekonstruktion und Auslegung des Phänomens der Internationalisierung des Verfassungsrechts soweit darstellt. Wie im diesen issue bereits erwähnt, kommt diese offenrechtliche Disziplin als neues Paradigma dieser Rechtsauffassung in Betracht, die rechtlichen Mechanismen, Prinzipien, Praxis und soziale Motivationen, auf deren Basis liegt wiederum die *accountability* der internationalen Verwaltungsbehörden, analysiert. Insbesondere besteht die Funktion solcher Regeln darin, dass sie diesen Körper angemessene Standards zu Transparenz, Beteiligung, Rationalität und Rechtmäßigkeit, sowie das Angebot effektivster Wege zur Überprüfung der entsprechenden Entscheidungen, vorsieht [115].

Die Qualifikation dieses Rechts als, globales' statt ‚internationales' kommt aus der Tatsache, dass die Entwicklungsprozesse der Weltordnungspolitik – welche diesen Bereich interessieren, eigentlich eine Vielzahl von Akteuren und Einrichtungen betrifft [116]. Der Reichtum dieser Elemente erlaubt also nicht eine Klassifikation nach dem klassischen völkerrechtlichen Schema. Es handelt sich um Subjekte, bzw. Beamten mit begrenzten von ihren Regierungen gegebenen Mächte, Vertreter der internationalen Bürokratie oder anderen privaten Institutionen, die sich aus dem Völkerrecht kaum betrachten lassen. Wie funktionieren also fundamentale Prinzipien in universaler Perspektive? Einige kommen in Betracht, um die Beziehungen zwischen Völker- und Landesrecht bzw. die Anwendung des Völkerrechts durch staatliche Gerichte zu regulieren. Andere, wie das formale Prinzip der internationalen Legalität, das Prinzip der Subsidiarität, das Prinzip der angemessenen Beteiligung und das materielle Prinzip des Respekts der Menschenrechte, wirken als Grundprinzipien, welche die nationale Gerichte nach Treu und Glauben zu agieren verpflichten [117]. Im diesen Fällen müssen die Richter etwaige Nichtanwendung des internationalen Rechts begründen und nationales (auch Verfassungs-) Recht möglicherwiese nach den Völkerrechtsnormen interpretieren. Jede Verweigerung der Anwendung von internationalem Recht muss auf fundamentalen Prinzipien der Staatsverfassungen daher konsequent stark limitiert werden, um die Bewahrung der Verfassungsidentität zu beobachten. Der Meinung einiger zufolge, zustehe etwaige Nichtanwendung von Völker- oder Unionsrecht daran, wo die Verfassungsprinzipien auch nur in rudimentärer Form im Völker- bzw. Unionsrecht anwesend würden. Andererseits sollten die internationalen Organe – und auch diese der EU, den stark legitimierten nationalen Behörden ein breiteres *marge d'appréciation* geben [118].

Aus allen diesen Gründen ist heute das Problem von eines internationales Verfassungsrechts *legitimation* der Hauptziele der Fachlehre [119]. Insbesondere haben Wissenschaftler des globalen Verwaltungsrechts die Verwendung einheitlicher Steuerprozesse analysiert, aus den folgenden Grundsätzen wiederum extrapoliert wurden: Transparenz der Verwaltungsverfahren, allgemeines Informationsrecht, Beteiligungsrecht, Revisionsrecht des Verwaltungsverfahren und Recht auf die schriftliche Begründung der Verwaltungsakten. In einigen Fällen finden Prinzipien im öffentlichem Vergleichsrecht sich bereits wohl reguliert, in anderen sind sie Kernpunkten - obwohl von um-

[113] Ein Vertrag liegt vor, wenn die Parteien an ihn zusammenkommen oder im Rahmen der vereinbarten Verfahren (Kündigungsgründe und -fristen etc.) wieder von ihm lösen wollen.

[114] MAYER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: VON BOGDANDY, BAST (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Heidelberg, 2009, S. 591 ff.

[115] KRISCH, KINGSBURY, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, in: EJIL, 2006, 17, 1. S. auch KINGSBURY, KRISCH, STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in: LCP, 2005, 68, 15.

[116] Es muss gesagt werden, dass es sich um eine konzeptionelle Kategorie handelt, weil das transnationale Recht aus Akten und Konventionen besteht, bzw. auf dem Willen der Staaten sich zu verpflichten, beruht.

[117] MAYER, *ibidem*; KUMM, *Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement*, in: CHOUDHRY (Hrsg.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006, S. 256 ff.

[118] In diesem Sinne hat der EGMR, *Hatton v UK*, 36022/97, Urteil vom 8. Juli 2003, Rn 97, behauptet: «*The national authorities have a direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions*». Einen ausdrücklichen Hinweis auf die *marge d'appréciation* findet man auch im Urteil des EGMR, *Bosphorus v Irland*, Beschw Nr 45036/98, 30. Juni 2005. Mit Bezug aud das EU-Recht, erinnert man an das Urteil des EuGH, verb Rs 46/87 und 227/88, *Hoechst v Kommission*, Slg 1989, 2859, Rn 33; sowie an den Fall Rs C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland v Grogan*, Slg 1991, I-4685 ff. Im Fall von Durchsuchung, hat der EuGH für die gemeinschaftliche Einrichtungen, die insoweit im nationalen Recht vorgesehenen Verfahrensgarantien zu beachten, jedoch vorgesehen.

[119] S. CASSESE, *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*, in: N.Y.U. J. Int'L L. & Pol., 2005, 37, 663 ff.; COHEN, SABEL, *Global Democracy?*, *ivi*, 790-794; MOELLERS, *Transnational Governance without a Public Law?*, in: JOERGES (Hrsg.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, 2004, S. 327 ff.

strittener normativer Wirkung, der *good governance* Verwaltung, bzw. die Verbesserung der Verwaltungsdienstleistungen für die Bürger. Daran scheint überzeugende diese Aussicht, welche den Versuch, das Völkerrecht durch die Linse des globalen Verwaltungsrechts zu lesen, nur als eine Verformung definiert. Die Grundprinzipien, auf denen sich das *global administrative law* bezieht, sind typisch der europäischen Tradition Länder, aber einige sind nicht für das Völkerrecht relevant, während andere - auch wenn festgestellt, für sich selbst das gleiche Schutzniveau des bestehenden Völkerrechts nicht wahrnehmen. In diesem Zusammenhang ist es interessant festzustellen, dass die Befürworter des globalen Verwaltungsrechts auf die aktuellen Standards der Menschenrechtsnormen gelegentlich verweisen, um die Entstehung eines globalen Verwaltungsrechts im Rahmen des Völkerrechts selbst zu demonstrieren. Dies wurde in irgendeiner Weise kritisiert, da der beschriebene Prozess – wenn wahr, zum gegenseitigen Mechanismus, nach dem sich das Völkerrecht in Verwaltungsrecht verwandelte, paradoxerweise führen konnte [120].

Dieser Meinung zufolge beweise die Entscheidung die fortgeschrittene Entwicklungsstufe des gleichen Rechts: ein Gesetzeswerk, das ein gewisses Schutzmaß bestimmter Grundprinzipien auf nationaler und internationaler mehr als völkerrechtlicher Ebene ermöglicht und garantiert. Deshalb erscheinen die Theorien über die verfassungsartige internationale Rechtsordnung im diesen Kontext nicht überzeugend. Denke man an das Problem des Demokratiedefizits von internationalen Institutionen [121], bzw. die aktuelle Identitätskrise einer Organisation wie die UN [122]. Denke man auch an die immer noch ungelöste Frage über die Gerichtsbarkeit der individuellen Rechte auf internationaler Ebene. Es ist an dieser Stelle Punkt klar, dass keine Verfassungsstruktur – im eigenen Sinne – zwischen internationales Recht und nationalen Rechtsordnungen besteht. Etwaige Vorrangrelation kann daher insofern sein, als die gleiche nationale Verfassung solche Beziehung vorsieht [123]. Überdies können weder die föderale, noch die kollisionsrechtliche, noch die konstitutionelle Analogie das Verhältnis zwischen der internationalen bzw. europäischen und den nationalen Rechtsordnungen ausreichend erklären. Nichtdestotrotz steht im Ergebnis weitgehend Einigkeit, dass die Beziehungen jedenfalls nicht hierarchisch sind. Rechtstheoretisch wird dieser Zustand häufig als *Netzwerk der Rechtsordnungen* definiert [124]. Diese Orientierung versteht die Entstehung von Verfassungsrecht als neue Normschicht innerhalb des Völkerrechts und nicht das Völkerrecht als Ganzes als Verfassung qualifiziert. All dies vorausgesetzt, lässt sich keine internationale Verfassung im formellen Sinne in diesem Diskurs postulieren.

Manche Beobachter argumentieren diesbezüglich, dass fortschreitende Systematisierung einheitlicher Verwaltungsvorschriften zur Konfiguration eines bestimmten Rechtsbereiches in der Welt geführt hat, was als neue Version von *ius gentium* definiert wurde. Dies sei aus den zahlreichen unterschiedlichen Beziehungen zwischen den sog. globalen Aktoren und Einrichtungen ähnlich gekommen, mehr als von diesem Recht, welches auf zwischenstaatlichen Übereinkommen – sog. *ius inter gentes* – beruht. Man hat weiterhin behauptet, dass die Weltordnung im Gegensatz zu den nationalen Rechtssystemen keine richtig gesagte Verfassungsgrundlage hat. In diesem Rahmen scheint die Einführung der konstitutionellen Elemente -bzw. die Anerkennung der Menschenrechte und die Bereitstellung von Regeln, auf denen stellen sich die fundamentalen Rechtsquellen, noch in einem rudimentären Stadium zu sein, so dass ein derartiger Prozess unter dem Konstitutionalisierungsbegriff noch nicht aufgenommen werden kann [125].

Infolgedessen sind in diesem Zusammenhang die Beziehungen zwischen den Staaten weiterhin ein Bezugspunkt. Hier zählt aber vor allem deren ‚gute Wille', die internationalen Normen in den eigenen Rechtsordnungen zu übertragen.

[120] Nach Kolbs Meinung, ist das Völkerrecht ein permanentes verfassungsartiges Recht, weil es im Wesentlichen aus allgemeinen Prinzipien besteht und sich zu einer Art von Verwaltungsrecht, das die sozialen Phänomene in einem regulatorischen kapillaren Netz umfasst, im Gegensatz stellt (*La structure constitutionelle du droit international public*, in: CYIL, 39, 2001, S. 73 ff.).

[121] BIN, CARETTI, PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2015, S. 352 ff.; TER. RUSSO, *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Salerno, 2011; WOLF, *Ein Vorschlag zur Beseitigung von Repräsentations- und Legitimationsdefiziten in Rat und Europäischem Parlament. Überlegungen zur Debatte über die institutionelle Reform der EU*, in: PVS, 2000, 41, 730-741

[122] NADIN, *UN Security Council Reform*, New York, 2016; BARGIACCHI, *La riforma del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, Mailand, 2005; KLINGEBIEL, *Effectiveness and Reform of the United Nations Development Programme (UNDP)*, London, 1999.

[123] Die EU-Mitgliedsstaaten sind Zeichner der Verträge und deshalb verpflichtet, auf höchstem Niveau die Gemeinschaftsvorschriften umzusetzen. Anderes Thema ist die innerhalb von EU Normenhierarchie Bestellung, wo der gleiche grundlegend Vertrag (zumindest in groben Zügen) die Beziehungen zwischen Primär- und Sekundärrecht vorsieht (NETTESHEIM, *Normenhierarchien*, *zit*. S. 740 ff.).

[124] OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, S. 43 ff.

[125] KINGSBURY, *The Administrative Law Frontier in Global Governance*, in: ASIL, 2005, 99, 143 ff.

1648 or 1948? No Room for Westphalia in the Middle-East*

*Gal Amir***

Abstract

The article reviews the 'religious communities' arrangement' in Israeli family law, an arrangement that divides the citizens of Israel into religious communities, regulating their affairs of 'personal status' in separate religious courts, adjudicating in accordance with religious law. The article demonstrates that the Arrangement defies the concept of state sovereignty, as it is not based on 'Westphalian' concepts of space and territory, but on a different concept, originated in Israel's history, and Islamic pre-modern concepts such as 'umma' and 'millet' – The ecclesiastical community of believers defying perceptions of political boundaries, and other communities of non-believers, subjected to it. The article concludes with a possible justification for this challenge of the state's sovereignty, rooted in ideas of legal pluralism.

Keywords: *Israel; family law; sovereignty; millet; legal pluralism.*

1. The concept of Westphalian sovereignty

A basic presumption, almost a cliché in political science and international relations, relates to the formation of the current array of sovereign nation-states. The conception of states equipped with well-defined boundaries and borders, respected by other countries and respecting the boundaries and borders of others, is said to have been formed in agreements between the German states that ended the Thirty Years' War, agreements known as the Peace of Westphalia.[1] This 1648 political framework, is viewed as having created a 'jigsaw puzzle' of small nation states, separated by clear borders. Within the borders of each German state, its ruler was sovereign, the sole enactor of laws. But this power is not extended beyond the boundaries of the rulers' dwarfish kingdom.

This norm was a novelty in the international system. The regime thus created has found ideological and theoretical basis in the theories of the great political thinkers of the 16th and 17th centuries such as Hugo Grotius, Thomas Hobbes and Jean Bodin. These thinkers have created the modern concept of 'sovereignty', that was quite different from the internal and international regimes that preceded it. Feudal regimes, suzerain or imperial medieval regimes, resembled a patchwork quilt, in which the patches overlap and in which there are no clear borders. Norms of overlapping legal authority, intervention in the internal affairs of other states and of hierarchical structure in which one state is supreme to the other, were replaced by norms of independence, equality, reciprocity and non-interference.[2] This new world order has covered the globe within a few centuries with jigsaw parts of sovereign states, nominally equal to one another, unable to interfere in the internal affairs of each other. This process, completed only in the period of decolonization in second half of the 20th century, has created an array of states, resembling a hive, in which the boundaries between units are well defined, and real or theoretical fences separate the different units, making the crossing of the borders or boundaries impossible without the consent of the sovereign.

This historical perspective is of course an over-simplification. Such changes are not the result of a contractual system that came into the world at a given moment, forever changing all that preceded it. Recent historiography describes 'the Westphalian moment' not as a single event that changed the world order unequivocally, but as a historic event in the context of the political thinking of its time, part of a historical process that has began long before and continued long thereafter. Jonathan Havencroft, reviewing the latest thinking in relation to the circumstances under which the modern international system has developed, opposes the crucial part of 'the Westphalian moment' narrative, suggesting that the concept of sovereignty has evolved from a constant conflict between philosophers such as Hobbes who defended the freedom of operation of European rulers, and other thinkers such as Francisco de Vitoria or Robert Bellarmine, who advocated a Pan-European Christian order.[3]

* The following essay is based on research done during the writing of a PhD dissertation instructed by Prof. Fania Oz-Salzberger of Haifa University. I would like to thank Prof. Oz-Salzberger for her guidance and wisdom. I would also like to thank Dr. Naama Ben-Ze'ev for her useful insights.

** Dr. Gal Amir, Research fellow, the Jewish-Arab Center, University of Haifa, Israel.

[1] Actually, a number of agreements, signed in the German cities of Osnabrück and Munster in 1648.

[2] JACKSON, R., Sovereignty in World Politics: a Glance at the Conceptual and Historical Landscape. In: WALKER, N. (Ed.), *Relocating Sovereignty.* Farnham, 2006, p. 3 at p. 4.

[3] HAVENCROFT, J., Was Westphalia 'All That'?: Hobbes, Bellarmine, and the Norm of Non Intervention. In: *Global Constitutionalism,* vol. 1, Nr. 1, 2012, p. 120-140.

But even if the Peace of Westphalia did not achieve the conceptual breakthrough attributed to it, it seems that indeed during this period of the 16th and 17th centuries, basic concepts of the international community were shaped and formed into terms and ideas that did not exist previously. Even if the Westphalian moment is a myth, the Westphalian political order is a well-established fact.

In this article I will review the 'religious communities' arrangement' in Israeli law (henceforth: 'The Arrangement'). The Arrangement divides the citizens of Israel into religious communities, regulating their affairs of 'personal status' (the core of which are matters of marriage and divorce), in separate religious courts, adjudicating in accordance with religious law. I will demonstrate that the Arrangement is not based on 'Westphalian' concepts of space and territory, but on a different concept, originated in Israel's history. A province of the Ottoman Empire, ruled by the British by League of Nations Mandate before receiving its independence. This historic concurrence, in which a colonial power replaces a regional empire eventually awarding the subjected territory its independence, is not uncommon. In this article I will demonstrate that the legal system created in these regime transformations, especially in Israel, is based on Islamic pre-modern concepts such as '*umma*' and '*millet*' – The ecclesiastical community of believers defying perceptions of political boundaries, and other communities of non-believers, subjected to it. These communities can't be enclosed within the well-defined borders of 'Westphalian' sovereignty. In its conclusion, the article will bring forth a possible justification for this challenge of the state's sovereignty, rooted in ideas of legal pluralism.

2. The religious communities' arrangement – its origins and practice

The origins of the Arrangement are found in the Palestine Order in Council (henceforth POiC), a legal instrument for the mandated territories, enacted in 1922 to serve as a basic constitutional document for the territory known as Palestine. Previously constituted of separate subdivisions of the Ottoman Empire, Palestine was administered by Britain under a League of Nations mandate, following the conquest of these territories during the First World War. The POiC has divided the residents of Palestine into 9 separate religious communities—Muslims, Jews, and several Christian denominations. According to the POiC matters of 'personal status' (mainly matters of marriage and divorce, but also other related issues such as inheritance and succession), defined separately as to Muslims and a joint list for the Jews and the various Christian sects, will be settled by the religious courts of the different communities. These courts (most of which operated during the Ottoman period) would have sole jurisdiction over these matters regarding members of their perspective communities. These courts were to adjudicate in accordance with the 'personal law' of the litigants, duly interpreted as the religious law—Halacha for Jews, Sharia' for Muslims, Canonical law for Catholics and the affiliated sects, and the Byzantine law for the Greek-Orthodox and the affiliated sects.

The Arrangement remained in force throughout the mandate and survived the transformation from a mandated territory into the independent State of Israel. Immediately upon the establishment of the State of Israel, the newly formed Provisional Council of State has enacted the Law and Administration Ordinance,[4] an Israeli equivalent of the POiC. Article 11 of this ordinance has established that all existing law (With minor exceptions of laws found repugnant such as those criminalizing the sale of land to Jews) shall remain in force in the newly established Jewish state. This included the POiC, large portions of which are still in force today, nearly a hundred years after its enactment. The POiC based Arrangement is still the basis of Israeli family laws.

Of course, over the years, several changes have taken place. The POiC itself has been amended a few times during British rule, and a few times during Israeli independence (When discussing the POiC, the present version will be discussed, unless otherwise stated). Most of these changes, however, did not change the Arrangement significantly. Three communities (Druze, Bahai and Evangelical-Episcopalians) have been added to the list of communities. The list of matters of 'personal status' was significantly narrowed with the enactment of modern Israeli legislation such as the succession law of 1965[5] and the Legal Capacity and Guardianship law of 1962.[6] These, and similar laws have imparted to the civil courts jurisdiction in matters previously considered 'personal status'. The religious courts were also subjected to territorial legal arrangements (as opposed to arrangements in accordance with 'personal law' different from person to person according to one's religion) in areas of property relations between spouses, women's equal rights and similar subjects.[7]

It can be said that today the core of the jurisdiction of the religious courts is the determination of the status of marriage and divorce – solemnizing marriages or dissolving marriage in different ways—annulment, judicial separation and divorce. These areas remained the only ones in which religious courts have sole jurisdiction, and are permitted to adjudicate according to pure religious law. But in these areas the jurisdiction of the religious courts was strengthened, and their sovereignty jealously guarded. The enactment of legislation such as the Rabbinical Courts Jurisdiction (Marriage and Divorce) law in 1953 (henceforth: RCJ law),[8] and the Druze Religious Courts law in 1962 (henceforth – DRCJ law),[9] defined the core of the courts' jurisdiction and turned the British arrangement into exceptional Israeli law, giving the religious communities jurisdiction beyond the scope

4 Law and Administrative Ordinance, 5708 - 1948, Iton Rishmi (Official Gazzette), sup. 1 page 1 (21/5/1948).
5 Succession Law, 5725 - 1965, SH No. 446.
6 Legal Capacity and Guardianship Law, 5722 – 1962, SH No. 380.
7 For details of the areas excluded from the 'matters of personal status' list, in which jurisdiction was transferred from religious to civil courts, as well as the areas subjected to territorial law see: SCHIFFMAN, P., *Family Law in Israel,* Vol. 1. 2nd ed., 1995, p. 29 (Heb.).
8 Rabbinical Courts Jurisdiction (Marriage and Divorce) Law, 5715 – 1953, SH No. 134.
9 Druze Religious Courts Law, 5725 – 1962, SH No. 363.

of the British legislator's imagination. The arrangement, which was a quasi-voluntary arrangement during the British mandate period, based on voluntary registration to religious communities, turned into a coercive arrangement, attributing the state's citizens from birth to death to one religious sect that controls the affairs of their marriage and divorce. Another aspect of the Arrangement is the fact that it does not recognize the 'Westphalian' borders of the State of Israel, giving the various religious courts broad powers beyond Israel's borders, while absurdly giving jurisdiction to foreign appeal instances over the ruling of Israeli religious courts.

3. The extra-territorial jurisdiction of the religious courts

Naturally, the jurisdiction of a religious court stems from one's belonging to a religious denomination. Nevertheless, the workings of a religious tribunal in the framework of a modern sovereign state, operating within the international community of likewise sovereign states, creates a demand for other affinities to the state besides the mere belonging to a religious denomination. Following Schiffman,[10] these affinities can be listed from the one that creates the strongest bond to the state – citizenship, thru residency, to the weakest bond – the lack of any affinity to the state.

Extra-territorial jurisdiction of an Israeli tribunal is not a rare occurrence, and Israeli courts often adjudicate in cases that occurred outside the jurisdiction of Israel, or by foreign nationals. Thus, for example, Regulation 500 of the Israeli Civil Procedure Regulations[11] regulates the serving of Israeli law suites abroad, and thus expands the jurisdiction of Israeli courts outside the state's borders. Likewise Article C of Chapter III of the preliminary part of the Penal law[12] regulates the jurisdiction of Israeli courts regarding offences that occurred abroad. Similarly, article 2 of the Dissolution of Marriage (Special Cases & International Jurisdiction) law (henceforth—DM law)[13] lists affinities that allow, in some cases, to expand the jurisdiction of Israeli family courts to defendants living abroad. All of these are dependent on proof of significant affinity to the state, determined by the specific legislation. The Affinity, or lack thereof, required to establish extra-territorial jurisdiction for an Israeli religious court in the framework of the Arrangement significantly deviates from this pattern. I will now demonstrate this through an examination of the courts' extra-territorial jurisdiction in relation to the affinity the litigant has to the state, beginning with the strongest affinity up to the lack of any affinity.

The strongest affinity is citizenship. Article 59 of the POiC defines 'foreigner' as someone who is not an Israeli subject. As this article was enacted in 1935, it should now read 'citizens' as Israelis are no longer subjects of a foreign monarch, but citizens of an independent state. For the Christians, article 54 simply states that Christian religious courts have jurisdiction over anyone belonging to a Christian community who is not a foreigner. Hence, for Christians, the relationship required to give the court jurisdiction is a combination of religious affiliation, i.e. belonging to a Christian community, and civic connection, the fact that the litigant is an Israeli citizen. Similarly, Article 52 of the POiC establishes the Shari'a courts' jurisdiction over Muslims who are Israeli subjects.

The second affinity in this order it is residency. Article 1 of the RCJ law, followed by section 4 of the DRCJ law states that the jurisdiction of these courts relates to those belonging to these communities who are citizens or residents of the state. This is an expansion of the jurisdiction of these courts vis-ŕ-vis the Christian courts (sharia religious court are a special case that will be discussed later). Israeli precedents have gone beyond this boundary, and greatly expanded the concept of residency, taking into account the purpose of the law, which is to treat delicate personal matters. For example, the High Court of Justice ruled that a woman living in Germany for several years, who was served a legal suite during a random visit to Israel is a 'resident', in order to allow the rabbinical court to enable her husband a long awaited divorce.[14]

The third, most interesting and most problematic affinity, is the lack of affinity. It is stating the obvious to say that the pretension of a religious court to try a person without any affinity to the state solely because of the persons' religion, is a defiance against the sovereignty of the state in which the court operates, a state limited by territorial borders in which it exercises its authority. The Arrangement includes several arrangements of this kind, acting differently in the cases of different communities.

First, with regard to all religious communities, there is no limit to the solemnization of marriage by a certified religious authority for any person. Contrary to most states, Israeli law does not require licensing of marriage, so each person from whatever part of the world who comes to Israel, and finds a willing and recognized clergy authorized to register marriages' could legally marry in Israel.[15] The Marriage and Divorce (Registration) ordinance,[16] specifies Jewish Rabbis, Muslim Imams, Druze Sheikhs and Christian priests as the sole registrars of marriages in Israel. So the determination of a marriage status remains within the institutionalized clergy of the various communities, the backbone of the Arrangement. But marriages are usually solemnized between consenting and cooperating parties. The religious courts usually adjudicate in matters involving the dissolution of marriages.

[10] SCHIFFMAN, *supra* note 7, at 126.
[11] Civil Procedure Regulations, 5744 – 1984, KT No. 4586.
[12] Penal Law, 5737 – 1977, SH No. 864.
[13] Dissolution of Marriage (Special Cases & International Jurisdiction) Law, 5729 – 1969, SH No. 573. This law regulates the dissolution of marriages of spouses who do not belong to the same religious community.
[14] HJC 7075/04 Anonymous v. Anonymous (Oct. 18, 2004), Nevo Legal Database (by subscription, in Hebrew).
[15] WASSERSTEIN-FASBERG, C., *Private International Law*. Jerusalem, 2013, p. 656 (Heb.).
[16] Marriage and Divorce (Registration) Ordinance, PL vol. 2 at 903 (1919).

The POiC determines that consenting foreigners will be able to debate matters of personal status in the religious courts of their community, but these courts (except for the Sharia' court) will not have the power to annul marriages. A similar provision is given in article 9 of the RCJ law and in article 5 of the DRCJ, according to which these courts have jurisdiction over consenting parties in all matters of personal status in which the courts have no sole jurisdiction. This consent replaces any affinity – residency or citizenship. In 2005 the Amendment to the DM law gave civil courts the power to dissolve marriages of Christians who are not subject to the religious courts' jurisdiction, if the parties possess the affinities to the state, specified in that law.

Unique to Christian courts is the jurisdiction, awarded by article 54 of the POiC to adjudicate appeals legally filed under the laws of foreign countries, weather the parties to the appeal are Israeli nationals or foreign.

As for the rabbinical court, Article 4 of the RCJ lists six cases in which it is granted sole jurisdiction:

(1) the defendant resides in Israel;
(2) both spouses are Israeli citizens;
(3) The residence of the Plaintiff is in Israel, and the plaintiff resided in Israel for a year before filing the suit.
(4) The residence of the Plaintiff is in Israel, provided that the last common place of residence of the spouses was in Israel;
(5) the plaintiff is an Israeli citizen and is residing in Israel;
(6) The plaintiff is an Israeli citizen and lived in it for a year during the two years preceding the date of filing the suit.

This article (Originated in a 2005 amendment to the RCJ law, after problems related to extra-territorial jurisdiction of the Rabbinical Court recurred for years, demanding a clear decision) greatly expands the jurisdiction of the Rabbinical Courts, far beyond the jurisdiction of other religious courts operating in Israel. In view of the Jewish law concerning the need for a Get, and the large number of Agunot,[17] it seems that this expansion has proper justification.

Shulamit Ben-Yishai raises two additional options in which a rabbinical court may extend its jurisdiction to any Jew anywhere.[18] One is the provision of Article 5 of the RCJ giving the Court jurisdiction in any case in which "a woman demands from her *Yavam Chalitza* in a rabbinical court",[19] and does not set any limit as to the identity of the woman or the Yavam, and thus can refer to any Jewish man or woman in the world. The second is the provision of article 2 of the RJC stating that "marriage and divorce of Jews in Israel will take place according to Torah law" granting the rabbinical court jurisdiction to adjudicate the marriage and divorce of foreigners by proxy. It seems, however, that these cases do not reflect a practical problem, but a little far-fetched interpretation to a somewhat sloppy piece of legislation.

The most interesting issue in this context is the extra-territorial jurisdiction of Sharia' courts. Under Article 52 of the POiC, their jurisdiction extends over matters of personal status of Muslims who are citizens of Israel, or Muslim foreigners who are subjected in such matters, according to their national law, to the jurisdiction of Moslem religious courts.

This actually means that the Israeli Sharia' court has jurisdiction over the affairs of a Moroccan citizen, subject, according to his national law, to the jurisdiction of a Moslem religious court in matters of personal status, but not over the affairs of a US citizen, who is not subject to the jurisdiction of such a court. The world is therefore divided into two—one part in which the Israeli court presumes to have jurisdiction, extending way beyond the borders of Israel—and the rest of the world. This perception of space and territory is a pre-modern Islamic perception, foreign to the conceptual Westphalian jigsaw puzzle. This will be discussed in detail in the final chapter of this article.

4. Appeals to foreign instances

In 2006, an Israeli citizen belonging to the Maronite religious affiliation[20] named Yussef Suleiman, filed a petition to the High Court of justice[21] against the Bishop of the Maronite church, the court of the Maronite community in Israel, his wife Samira Suleiman, and the Attorney General.[22] This petition has unveiled a strange and fascinating situation, that was deemed unreasonable by the Israeli Supreme Court, and yet, the petition was denied, and the situation was left as it was.

The sequence of events that led to the filing of the petition is complex, stemming from a longstanding conflict between Suleiman and his wife, which led to their divorce and a conflict regarding alimony. Typically for domestic conflicts, the dispute has become a complex legal battle involving numerous procedures and instances, irrelevant of the current narrative.[23] The petition was filed because the decisions of the Maronite Court, who had jurisdiction over the proceedings, were appealed to a higher court of the Maronite community, located in Beirut, Lebanon. According to Suleiman, it is unlikely that he, an Israeli citizen,

[17] In Jewish law, a divorce is a unilateral act of the husband (called 'Get'). An Agunah (plural – Agunot) is a woman denied a Get by a missing or unwilling husband, and thus chained to a marriage without the opportunity to start a new life, a not uncommon situation in the State of Israel.

[18] BEN-YISHAY, S., Territorial and Extra-territorial jurisdiction. In: *Hapraklit*, vol. 12, 1957, p. 272-283 (Heb.).

[19] In Jewish law, if a man dies childless his widow must marry his brother in order to continue his lineage. The woman is then called *Yevama* and the brother is called *Yavam.* The only option a Yevama has to marry a person different from her late husband's brother, is to participate in a ritual, taking place in a rabbinical court, in which she removes the shoe from her Yavam's foot, as a symbolic sanction for not willing to continue his brother's lineage. This ritual is called *Chalitza.*

[20] The Maronite affiliation is a variant of Roman-Catholic Christianity.

[21] The Israeli Supreme Court functions mainly as a court of appeals, but it also functions as a first instance high court of justice dealing with petitions against the state and its organs and functionaries.

[22] HJC 3238/06 Suleiman v. Archbishop Bulus Sayah (Oct. 18, 2004), Nevo Legal Database (by subscription, in Hebrew).

[23] This legal campaign still goes on, and on September 2016 the Supreme Court of Israel has issued another ruling in the ongoing battle between this couple (irrelevant of the current narrative, regarding the husband's bankruptcy procedures). See: CA 5628/14 Suleiman v. Suleiman (Sep. 9, 2016), Nevo Legal Database (by subscription, in Hebrew).

will be directly subordinate to a tribunal operating in an enemy state, and he refused to accept the Lebanese court's decisions.

This state of affairs, in which an Israeli citizen has to appeal to a tribunal in a foreign country is not new, and several Christian religious communities actually have appellate courts abroad. A noteworthy example is of course the Roman-Catholic religious court, whose appellate instance resides in the Vatican, but that case is relatively easy compared to the case of the Maronites who have to appeal to an instance in Beirut. To Israelis, Lebanon is an enemy state, and Israeli law penalizes entry into enemy states.

Frederic Goadby writes that Ottoman law deemed the rulings of foreign appellate tribunals unenforceable.[24] British Mandate courts have grappled with the issue, leaving it undecided. Edoardo Vitta brings contradicting rulings of the Supreme Court during the mandate period,[25] once referring to the judgment of a Maronite first instance court as final, despite the existence of an appeal submitted to appellate tribunal in Lebanon, and at another time referring to a process of appeal before a tribunal in Rome as valid. The matter has not been determined, nor regulated by legislation or case law up to Suleiman's petition, filed in 2006, or even later, since the petition was denied due to procedural reasons.

Suleiman's arguments as to why he should not be forced to appeal to a court residing in an enemy state seem sound. The argument that this is an enemy state to which access is denied is a sufficient reason to accept the petition, due to the fundamental principles of natural justice relating to the right of fair hearing. But Suleiman had additional valid reasons: He argued that the Tribunal in Lebanon is not familiar with the Israeli way of life (an important matter where it comes to awarding alimony), that it prohibits oral argument and rules only after an argument in writing, that the very The location in a foreign country deems it insubordinate to a review by the Israeli High Court of Justice, having the power to review other religious courts and lower courts operating in the country, and that it is not subjected to civil Israeli law which Israeli religious courts apply, such as the Equal Rights for Women law.[26]

Despite being aware of the unreasonableness of the situation, the Supreme Court has denied the petition on procedural grounds. It seems that at one point the ruling of the Lebanese court seemed favorable to Suleiman, and he endeavored to execute it in the Israeli instances. Therefore, the Supreme Court ruled that Suleiman can't argue against the jurisdiction of that court, when it seems to him unfavorable. Anyone familiar with Supreme Court rulings can infer from a decision of this kind that the Supreme Court saw the improbability of the situation, but did not wish to intervene for its own reasons. Thus, the Supreme Court reinstated the same anomaly about which it wrote in its ruling:

This is an exceptional situation. It seems that there is a judicial system whose rulings has binding force in the State of Israel. Nevertheless, the legislature fails, if only on the most basic level, to regulate the operation of this system, either from the organizational perspective or from the functional aspect.[27]

In the years since the Suleiman ruling the legislature has failed to regulate the activities of the courts of appeal of the Christian communities, and a similar case was not put forward. Thus continues the anomalous situation whereby Israeli citizens belonging to Christian communities must sometimes appeal to a court outside of the country, and sometimes in an enemy state. Researcher of Christian denominations Merav Mack has recognized that this issue sheds light on the clash between the concept of the sovereign state and the authority of the religious community, relying on completely different concepts of space and territory, when she wrote:

> The story of Yussef and Samira illustrates the inherent tension between religious values and life in a largely secular community. It also demonstrates the gap between concept of space and territory, the collision between the boundaries of religious jurisdiction and the nation state.[28]

5. Pre-modern Islamic concepts

Reading the two last chapters of this article makes it clear that the Arrangement is based on a different mindset from 'Westpahalian' thinking, and a different concept of territory and space.

The birth of the Arrangement is in the transition between the Ottoman Empire and the British Empire. Ottoman regime, and its perception of space and territory, was different in many ways from European colonialism, represented by the British Empire. Historiographical research once viewed the great empires of the West as a unique phenomenon, different from land empires of Eurasia (the Ottoman Empire, the Russian Empire, Empire of the Habsburgs), as the first were visualized as moving forward in a teleological track of development and progress, and the last downfall in a predetermined track of atavism and decline. Recent historiography has moved in the direction of a more complex vision, searching for basis of comparison between empires, and trying to put their histories on the same analytical framework.[29]

Yet, at the point in time located at the end of the long 19th century, in which the British Empire replaced the Ottoman Empire as the ruler of the territory that would become the State of Israel, it seems that despite the attempts of the Ottomans to emulate western models of colonial domination, and to treat

[24] GOADBY, FREDERIC M., *International and Inter-Religious Private Law in Palestine*. Jerusalem, 1926, p. 136, f. 21.
[25] VITTA, E., *The Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine*. Tel-Aviv, 1947, p. 119.
[26] Equal Rights for Women Law, 5711 – 1951, SH No. 82.
[27] Suleiman ruling, *supra* note 22, at 10.
[28] Mack, M., Christian Palestinian Communities in Israel: Tensions Between Laity, Clergy and State. In: BREGER, M. J., REITER, Y. & HAMMER, L., (eds.), *Sacred Space in Israel and Palestine: Religion and Politics*. London, 2012, p. 284-310.
[29] RIZK-KHOURY, D. & KENNEDY, D., Comparing Empires: The Ottoman Domains and the British Raj in the Long Nineteenth Century. In: *Comparative Studies of South Asia, Africa and the Middle East*, vol. 27, Nr. 2, 2007, p. 233-244.

peripheral nations of the empire in the way the western empires treat the indigenous people in their colonies,[30] there was still a fundamental difference between the perception of center and periphery of the two empires. Important differences between the Ottoman Empire and the Western powers, such as the fact that most of the peoples of the periphery had common religion with the occupying power, and the inability to change well set perceptions, customs and policy instruments that were common until that time, meant that Ottoman rule of the periphery of the empire during this period was materially different from British rule in the colonies.[31] Most importantly, researchers like Jens Hanssen indicate materially different patterns of thought, even during the Late Ottoman period. Attempts to establish the relations between the center and periphery on a different, more modern basis, resulted in more expressive political participation and more autonomy for the peoples of the periphery, rather than the implementation of western control models.[32]

Thinking about the concepts that have formed during the critical period of government transition between the two empires, this article will follow historian Abigail Jacobson who refers to this transition as 'inter-imperial' rather than 'inter-colonial'.[33] Inter-imperial mindset is created as a result of the implementing British colonial concepts on the legal and political institutions created by the Ottoman Empire.

Identifying the contribution of colonialism to the territory and space perception of the Arrangement, one has to remember the weakened concept of sovereignty underlying colonialism. This view is in fact the basis of colonialism. According to this view despite viewing the colonial power as endowed with all the features and components of a modern nation-state, including a defined territory in which its sovereignty is respected both externally by other states, and internally by its citizens, the controlled territories do not—or still do not—possess these properties fully, but rather in a partial or lacking manner.

This conception of imperial sovereignty was the basis for creating the League of Nations after World War I, and it is expressed explicitly in Article 22 of the League Covenant, which served as the legal basis for the existence of the Mandates System by virtue of which of the British Empire ruled Palestine. The inhabitants of the colonies of the colonial powers were deemed "Peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world." As for regions that had belonged to the Ottoman Empire, the article states:

> Certain communities formerly belonging to the Turkish Empire have reached a stage of development where their existence as independent nations can be provisionally recognized subject to the rendering of administrative advice and assistance by a Mandatory until such time as they are able to stand alone.

Robert Jackson calls this approach 'imperial sovereignty'.[34] This approach has also been underlying the founding of the United Nations, but in less than a quarter of a century since the establishment of the organization, the UN General Assembly has declared that colonialism is a crime in violation of the UN Charter, a declaration indicating a totally different idea of sovereignty, based on the concept of equal sovereignty of each country member of the UN.[35]

As implied by this conception of sovereignty, or even from seeing mandated regimes as a transitional stage to independence and full sovereignty, colonialist regimes tended to keep segments of the indigenous law that preceded the arrival of a European country to an overseas territory.

This process in which colonial powers recognized segments of the legal regimes that existed before their arrival, mainly in matters of 'personal status' is a familiar process in many colonial regimes, far beyond the narrow context of the British Mandate on Palestine. Paolo Sartori & Ido Shahar indicate the importance of these processes particularly in the context of colonies with Islamic Heritage, beyond the political significance of the legal arrangements as a tool to regulate the asymmetrical relations between a European power and the people of its overseas colonies. The tripartite encounter between colonial law, customary law and religious law took different forms in different places, but usually moved in tracks that led to significant legal effects, interesting and important in the Israeli context such as the codification of religious law.[36] Regarding the Israeli context, the birth of the Arrangement is in the meeting point between the periphery of the Ottoman Empire and weakened conception of sovereignty brought by the British to their colonies. This meeting created an arrangement that does not rely on the modern concept of sovereignty.

The Arrangement created a model designed in accordance with the Islamic terms '*umma*'[37] and '*millet*'.[38] '*umma*' is a Koranic term which appears in different contexts and with different meanings.[39] For example, in the 7th Surah, 'The Battlements',

---

[30] MAKDISI, U., Rethinking Ottoman Imperialism: Modernity, Violence and the Cultural Logic of Ottoman Reform. In: HANSSEN, J., PHILLIP, T. & WEBER, S. (eds.), *The Empire in the City: Arab Provincial Capitals in the Late Ottoman Empire*. Beirut, 2002, p. 29-48.

[31] DERINGIL, S.,'They live in a state of Nomadism and Savagery': The late Ottoman Empire and the Post-Colonial Debate. In: Comparative Studies in Society and History, vol. 45, 2003, p. 311-342.

[32] Hanssen, J., Practices of Integration: Center-Periphery Relations in the Ottoman Empire. In: HANSSEN, J., PHILLIP, T. & WEBER, S. (eds.), *The Empire in the City: Arab Provincial Capitals in the Late Ottoman Empire*. Beirut, 2002, p. 49-74.

[33] JACOBSON, A., *From Empire to Empire: Jerusalem Between Ottoman and British Rule.* Syracuze, 2011, p. 13.

[34] JACKSON, *supra* note 2, at 13.

[35] G. A. Res. 2621 (XXV), (Oct. 12, 1970).

[36] SARTORI, P. & SHAHAR, I., Legal Pluralism in Muslim-Majority Colonies: Mapping the Terrain. In: *Journal of the Economic and Social History of the Orient,* vol. 55, Nr. 4q5, 2012, p. 637-663.

[37] Umma – in Arabic: ةمأ

[38] Millet – in Ottoman Turkish - ﻠﻣ

[39] In writing this article I have used Arthur J. Arbery's translation of the Koran into English (1964), and relied upon its division of the text into Suwar and Ayat.

Ayah 34 the book says: "*To every nation* (i.e. *umma* G.A.) *a term; when their term comes they shall not put it back by a single hour nor put it forward*." And the 10th Surah 'Jonah', Ayah 20 says: "*Mankind were only one nation* (i.e. *umma* G.A.), *the they fell into variance*." With historical development, both in the Koran and Hadith sources after which, the concept was given a meaning referring to the body of believers in Islam as a whole, with final authority under God for supervision and leadership of all Muslims, as an ideal exceeding limits of time and political division.[40] At the same time this term was given a narrower meaning of any Muslim autonomous entity with characteristics of political authority interconnected with components of religious authority.[41]

The term '*Millet'* also requires a definition. Its definition is flexible and not uniform. The Encyclopedia of Islam lists three meanings of the term – a religion, a religious community, a sovereign nation. All three definitions expand the reach of the term. But the context in which the concept was shaped in Israel, still used by Israeli law, is a religious community of dhimmis—non-Muslims receiving limited autonomy to manage their affairs in the Ottoman Empire. The list of Jewish and Christian denominations in the POiC is actually a list of *millets*. Aharon Layish writes that in the final years of the Ottoman Empire the term *Millet* was used to mark both a 'religious community' and a distinct national entity.[42]

The Ottoman millet system is the focus of an academic debate that examines its geographical and historical limits, and the powers the system granted to various ethnic and religious groups in relation to the central government. Some think that it is a myth through which administrative measures were justified after the fact, by distorting historical sources, in a self-aware process of forgery.[43] Others, like Barkey, believe that the millet system was a real historical institution and that it was important and necessary within the framework of any multinational empire -

> Political and religious authorities mark boundaries, but they are also manipulated, maintained and recast by boundary managers, that is brokers and interlocutors between different communities, among themselves, and with the state… These boundary managers are the connective tissue between communities and the state and ensure that relations remain smooth. In the Ottoman Empire these were the religious and secular authorities of each community who represented the state and the community.[44]

Being an Ottoman system, the basis of the millet system was the superiority of Islam. The autonomous institutions of religious communities were viewed as institutions of dhimmis, inferior and subordinate to the central government. (though it should be noted that a legal and administrative reform in the middle of the nineteenth century, "Tanzimat reforms" has granted Ottoman citizenship and equality in theory, if not in fact, to non-Muslim subjects of the empire).

The Israeli arrangement is clearly based on the concepts of '*umma'* and '*millet*'. But whereas the Ottoman Empire related to the Islamic *umma,* extending, in theory, from West Africa to East Asia, or at least within the broad boundaries of the Empire, the State of Israel has created a conceptual reversal and relating to the concept of *umma* as regarding to the Jewish community in Israel. Layish clarifies this reversal in which the Jewish community in Israel has taken the place of the Ottoman Empire:

> …parts of the Ottoman legacy based on the concept of the *umma* and *millet* system still survive. Although the Muslims in Israel ceased to be an *umma* in the original sense of the term and for all practical purposes have actually become a religious community, no formal positive expression of their new status is to be found in Israeli law… The traditional concept of the *millet* i.e., religious community as a functional and organizational framework ostensibly survived with respect to all religious communities (to the exclusion of the Jews) subject to one very significant difference: the communities are no longer connected to a Muslim state; rather they are connected to a Jewish state.[45]

This creates a strange legal arrangement, in which the personal status affairs of Israeli citizens are regulated via premodern Islamic terms, torn away from any reasonable context, and placed in the heart of a legal arrangement underlying legal settlement of family law in a state self-defined as 'Jewish and democratic'.

This theoretical and ideological mix seems to Israeli jurists normal and understandable, or even irreplaceable, as strange as it may seem from the outside. The global jurisdiction of the rabbinical court, or granting jurisdiction to an appellate Court in Beirut over Israeli citizens, are seen as natural in light of the nature of religious law, but when placed in a broader context and, more generally, in the context of the key questions regarding the nature of the sovereign state and its relations with its citizens, it is difficult reconcile the paradoxes created.

The Israeli Sharia Court, for example, may be perceived as existing out of any frame of a modern state having clear territorial boundaries. The provisions of Article 52 of the POiC are clearly based on the Islamic term *umma* and the derived terms of Dar Al Islam – where the Islamic *umma* reigns (and where, in the language of the article, reside Muslim foreigners who are subjected in personal status matters, according to their national law, to the jurisdiction of Moslem religious courts), And Dar AL

---

[40] Denny, F. M., Umma. In: BEARMAN, P. J., BIANQUIS, T., BOSWORTH, C. E., VAN-DONZEL, E. & HEINRICHS W. P. (eds.), *The Encyclopaedia of Islam vol. X*. Leiden, 2000, p. 861.

[41] Layish, A., The Heritage of Ottoman Rule in the Israeli Legal System: The Concept of Umma and Millet. In: BEARMAN, P., HEINRICHS, W & WEISS B. G. (eds.,), *The Law Applied: Contextualizing the Islamic Shari'a.* London, 2008, p. 128-149.

[42] Id, at 128.

[43] BRAUDE, B., Foundation Myths of the Millet System. In: BRAUDE, B., & LEWIS, B., (eds.), *Christians and Jews in the Ottoman Empire: The Functioning of a Plural Society*. New York, 1982, p. 69-88.

[44] BARKEY, K., *Empire of Difference: The Ottomans in Comparative Perspective*. London, 2008, p. 109-119.

[45] Id, at 144.

Harb – the territories outside the *umma's* reach (In which there is to be a perpetual war).[46] This comes in strange contrast with the outlook of the State of Israel itself, declaring most 'Dar Al Islam' countries as enemies. Seeing the world through article 52's prism, as divided into two entities—an Islamic Caliphate and the area outside the said Caliphate, is inconsistent with any axiom of international relations in the modern era. Can such a legal system be justified by a different outlook, a different legal philosophy, extending beyond modern ideas of sovereignty?

6. Legal Pluralism

The theoretical infrastructure for such an approach, justifying an internal legal system that defies the concept of sovereignty, may be found in researching the term "legal pluralism," coined in the discipline of the anthropology of law. "legal pluralism" is defined as a situation in which two or more legal systems exist simultaneously in the same social field.[47] The key concepts in this definition are vague (how is a "social field" defined? what defines a "legal system?") and there is a large amount of writing that endeavors to define these terms in relation to legal pluralism. But the term "legal pluralism" is not merely descriptive. Researchers of legal pluralism include many who view the existence of different legal systems operating within one political unit as a desired goal. The uniformity, homogeneity, and normative hierarchy in which all law stems from the will of the sovereign is seen as negative by these scholars. In the words John Griffiths, a prominent scholar in this school:

> A central objective of a descriptive conception of legal pluralism is therefore destructive: to break the strangehold of the idea that what law is, is a single, unified, and exclusive hierarchial normative ordering depending from the power of the state, and of the illusion that the legal world actually looks the way such conception requires it to look.[48]

This kind of reasoning is almost natural in a multinational reality. And Israel, whose citizens are divided into fourteen religious communities, is by definition multinational (its self-definition as Jewish and democratic cannot blur the demographic realities). The idea of giving different religious community a legal autonomy in matters if personal status may seem a multicultural idea, promoting collective rights of minorities. If a legal pluralist reasoning is applied, a slightly different political structure, with a different definition of sovereignty, is needed. Going back to the Ottoman roots of the system may assist in giving the current arrangement in Israeli law - a very different arrangement than anything even remotely considered by the Ottoman rulers of the past - the ideological and theoretical background, justifying the deviation from the modern ideas of sovereignty, in a legal pluralist or even multicultural manner.

The Ottoman Empire in its later phases is far from being a role model (in this context one must remind oneself the many atrocities committed in this period, first and foremost the genocide of the Armenians). Even after the Tanzimat reforms it did not become a liberal multicultural empire, nor did it desire to become one. Yet the empire was succeeded by many modern states founded in the territories it once ruled. Some of these states, Israel being a leading example, are more democratic and more liberal than the empire that preceded them. The introduction of a millet system into a democratic sovereign nation can create a democratic, legal-pluralist system, compatible of multicultural ideas.

A decentralized system of this type can indeed be a model for a legally pluralist legal system. However, one important condition must be required. The Israeli system only recognizes the possibility of belonging to one exclusive community, usually non voluntarily, from cradle to grave. This implementation of the millet system institutes a severe violation of human rights, a major political issue in Israel (as it does not enable any marriages unrecognized by religious law, such as interfaith marriages or LGBT marriages, and many more). To avoid this kind of violation, the system must enable the possibility of recognizing complex, or even hyphenated ethnic and religious identities, and allow free movement between communities, enabling a citizen to belong to one or more communities of his choosing, or to no community at all, in which case the general laws of the state may be applied, and in the context of family law - civil marriage and divorce rather than religious marriage and divorce. A law enabling civil marriage does not exist in Israel, and thus, the current, rigid and inflexible form of the arrangement is being maintained. As long as the arrangement keeps its current form, it will continue to be a pre-modern inter-imperial relic, oddly planted in an otherwise modern legal system - a system based on state sovereignty, constantly defied by the arrangements' pre-modern features.

7. Conclusion

The family law system in Israel is a hybrid system, a product of inter-imperial transitions, adopted by a modern nation-state while preserving imperialist characteristics that ignore the concept of a sovereign nation-state, breaking its borders and weakening state sovereignty. This is a basic component of the system, not an amendable defect. Such an infringement can be justified by ideas based on an ideology of legal pluralism, but these, too, do not fit into the current structure of the family law system in Israel, as they do not accord with the necessary violation of human rights implied by the current structure of the system. Only a fundamental change that conforms to the ideals of a modern democratic nation-state, and essentially the creation of a parallel track of civil marriage, can justify the violation of state sovereignty created by the arrangement and create a decentralized, pluralistic legal system compatible with a modern multinational state.

---

[46] In Arabic - دار الحرب, دار السلام.

[47] ENGLE-MERRY, S., Legal Pluralism. In: *Law and Society Review*, vol. 22, 1988, p. 869–96, at 870.

[48] GRIFFITHS, J., What is Legal Pluralism?. In: *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 24 1986, p. 1-55, at 4.

Two Decades of the Constitution of the Slovak Republic Functioning in a Discontinual Continuity

Jozef Beňa *

Abstract

Treatise on prescriptive and sociological-legal levels of the aspects, consequences, force and effect of the Constitution of the SR in the years 1992-2012. In the course of four months of the year 1992 the Constitution acted as a basic law of the national republic statehood of the SR within CSFR, it provided the form of legal extinction of federation and the rise of two sovereign republics. As a constitution of a sovereign state it was in force by the year 2004, until the accession of the SR to the EU. Twenty years of history of the SR Constitution were marked by ten constitutional amendments to the supreme law. The changes occurred in the period between 1998 to 2001. The Slovak Republic as an International entity is morally and legally continual with the Slovak, national and anti-fascist statehood.

Keywords: *Slovak Republic; ČSFR; constitution.*

Introduction

Periods of the two decades of the history of constitution as a "law of laws", "law in book", "collection of laws" have a legislative, or a prescriptive, basis and dimension. This history author was legislator. He wrote the history in the form of ten constitutional acts of law adopted in the years 1998 - 2012. For six years the Constitution acted as a "book", rather than a "code" in its prescriptive, unchanged shape.

We are studying the 20-year functioning of the Constitution in practice in a broader context of legal history, focusing on description, analysis and assessment of the Slovak national statehood evolution in the unity of continuity and discontinuity. Firstly, we do so in respect of the Czechoslovak statehood established within its contradicting process, while this statehood in its first stage, in the years 1944/45 was transformed from the state of a uniform Czechoslovak nation to the state comprising two constitutional entities, two equal nations, the Slovak nation and the Czech nation. In the second stage it contributed substantially to the further development continuity, to negation of a unitary state and to its transformation to a compound state. Following the year 1990, the Slovak Republic acted towards dialectic negation of this state into an authentic federation, i.e. to the union of sovereign states. Czechoslovak statehood in this discontinued - continual development ceased to exist, having performed its historical mission by negating itself where this negation of negation resulted in constituting two sovereign nation states, the Slovak Republic and the Czech Republic as entities under international law.

Slovak national democratic statehood also had to crystallize and develop in respect to responding to and admitting, which historical event was a legitimate source of its rise, development and confirmation of its proper direction. The dilemma had to be resolved whether it arose and developed as a continuator of the wartime Slovak statehood, or as a continuant and successor of the anti-fascist Slovak national and democratic statehood born during the Slovak National Uprising. The participation of the Slovak Republic in the family of the world states was embedded through international treaties. The question was: both the West and the East? or, just one of them? In the era of the integrating world this issue received a new hierarchy degree - a military and political contract related to economic integration, this time including accession to a state union while devolving a part of its constitutional powers, a part of its sovereignty acquired not long ago. In this legal environment, European and international, the relationship between nation-state and civic state had to be newly created. Further, it was necessary to complete also the relationship towards national minorities living in the Slovak Republic, to the Hungarian minority in particular; the neighbouring Republic of Hungary posed major complexities. Its new ruling class, the proprietary, capital, ideological one, has been gradually raising as its almost state doctrine the thesis identifying the Republic of Hungary (declared in 1946) with the Kingdom of Hungary that ceased to exist by its breakdown in 1918. It declared itself the state constitutionally and politically continuing with the Kingdom of Hungary constituted in 1920. The sovereign Slovak Republic had to react to political and legal steps taken by Hungary by which this state endeavoured to achieve its laws be effective in the Slovak territory, i.e. to attain creation of Hungarian community out of Hungarian frontiers.

This paper deals with the issues as stated above.

* Prof. JUDr. Jozef Beňa, CSc., Department of Legal History and Comparative Law, Faculty of Law, Comenius University, Bratislava, Slovakia.

1. Constitution of the SR - its effect and applicability in state forms and unions

1.1 SNC - substantiation of continuity of the Slovak national statehood

Regarding the nature of sovereignty of the Slovak Republic, the form of state or international union of states, within which, or outside of which, the Slovak Republic existed, or co-existed, i.e. according to the state form within which the Constitution of the SR was in force and in effect, the following periods of the constitution in force and in effect in state or international unions can be defined:

a) in the Czech and Slovak Federative Republic (Oct.1, 1992 - Dec. 31, 1992);
b) in the Slovak Republic, an independent sovereign state (Jan. 1, 1993 - May 1, 2004, until the accession of the SR into the European Union being a union of states);
c) since May 2004, the accession of the SR to the EU, and since March 29, 2004 since admission of the SR into the NATO as a member country - till now).

The Czech and Slovak Federative Republic did not cease to exist as a result of adoption of the Constitution of the SR on September 1, 1992, or on October 1, 1992, when the Constitution of the SR came into force and became partially effective upon its publishing in the Collection of Laws. Legal status, constitutional law dimension of the SR Constitution in the period of four months of the calendar year 1992 following its adoption, i.e. in the time of the existence of the CSFR which was still subject to the Czechoslovak constitutional law as well as to international law may be assessed from several viewpoints.

In its first period of being in force and partially in effect the Constitution of the SR was actually a basic law of the Slovak Republic as a member state of one of the two national republics of the CSFR, the federation coming to its end. At that time, the provisions of the SR Constitution listed in its Art. 1156, par. 1…[1] were not yet in effect. All these were provisions, or paragraphs and letters of the Articles constituting the attributes of an independent, sovereign state. The SR Constitution published under the No.460/1992 Zb. was objectively, and consistent with the prevailing legal awareness also subjectively, and corresponding to an authentic interpretation of these facts by the individuals who had initiated them in the period of the three last months of the year 1992, a constitution not of an independent state, but a constitution of a national republic.[2] From this point of view it was legally relevant as a Slovak nation-state republic constitution under the constitutional act on Czechoslovak federation (Act No. 143/1968 Zb.)[3] established on January 1, 1969. It had its legitimate historical, constitutional and legal basis, its constitutional and political source. The fountain of its legitimacy was the Slovak National Uprising, arising from concrete revolutionary acts embedded in the Declaration of the Slovak National Council (SNC) and regulations of the SNC No. 1/1944 Zb. of reg. SNC on performing legislative, governmental and executive powers in Slovakia. The Slovak National Council that was established on that very day, remained as a nation-state body in its existence without any suspension or revoking. It continued with some turnings after the Constitution of May 9, 1948, slightly revived under the constitutional Act No. 33/1956 Zb, however, shocked after being humiliated and degraded into a single Slovak national authority, without the Board of Commissioners and Commissions under the 1960 Constitution of the CSSR. In spite of that, or perhaps because of that, SNC initiated a symmetrical, federative structure of the CSSR in 1968 and after its coming into effect it performed in the years 1969-1992 the powers of legislative body of the Slovak Republic which adopted the Declaration of Sovereignty (July 17, 1992) and the Constitution of the Slovak Republic (Sept. 1, 1992).

Slovak National Council in the period of 1944-1992 was in fact the only permanently existing supreme Slovak national body (national body of the Czechoslovak statehood, then national republic Slovak state body which was transformed into a legislative body of the sovereign Slovak Republic. The Slovak National Council epitomized continuity of development, *evolution of the Slovak national statehood,* to start with the Uprising, the anti-fascist movement through constitutional statehood within the CSSR and CSFR culminating in the *final constituting of the Slovak democratic statehood, a sovereign republic, an entity under international law.*

The constitutional act on the Czechoslovak Federation (No. 143/1968 Zb.) and its Art. 142 par. 2 which imposed the obligation to adopt the constitution of the Federation as well as the constitutions of both republics, i.e. the Slovak Republic,

[1] „The Constitution of the Slovak Republic No. 460/1992 Zb. came into effect on Oct. 1, 1992, except Art.3 par.2, Art.23 par.4 relating to deporting or extraditing a citizen to another state, Art. 53, Par. 3 relating to declaration of war to another state, Art. 86 l. k), l), Art. 152 par.1, clause 2 if it relates to constitutional acts of law, acts of law and other generally bindings rules of law issued by the authorities of the CSFR that came into effect concurrently with the respective changes of the constitutional situation of the CSFR in consistence with this constitution" Art. 156 of the Constitution of the SR.

[2] „Declaration" (on sovereignty of the SR) is a political, not a constitutional act and no independent state does arise under it. However, it is a clear indication outwards that the intention to create an independent state is taken as an opportunity to be taken and carried out… The constitution of the federation is in effect in Slovakia by the time it becomes ineffective, i.e. on the day when the SR Constitution comes into effect, when constitutional situation in Slovakia will be governed by the Constitution of the SR." MEČIAR, V.: Prime Minister in his speech in the Slovak Parliament when the Declaration of Sovereignty of the SR was adopted on July 17, 1992. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R-Press Bratislava 1998, p. 24.

[3] -in particular the provisions of the Art. 142, par. 2) „Along with adoption of the Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic both republics shall adopt their own constitutions." By the end of the year 1990 this original constitutional concept was dropped. Constitutional Act No. 556/1990 Zb. allowed the republics to adopt their constitutions even separately. Before adopting the constitutions of the single republics constitutional situation in the republic was governed by federal constitutional acts. After adoption and coming into effect of the SR Constitution called at that time „complete" or „authentic" which did not mention the Czechoslovak federation at all, (except the last Head, i.e. Art. 156) the basis was an interpretation of the Art. 142 par. 2 (clause 2), i.e. the concept that upon adoption of the SR Constitution the constitutional situation will be further governed by the Constitution of the SR.

too, was a legal protective guarantee not of legitimacy, but of legality of adoption of the SR Constitution in still legally existing CSFR. It was a constitutional step as well as a safety device given by law against some opinions in the Czech Republic in particular, qualifying adoption of the SR Constitution as unconstitutional, as an act against constitutionality of the CSFR and even proposing a government intervention in Slovakia[4]. It was not a constitutional action of the SNC that would be stricto senzu consistent with the content of the provision quoted from the constitutional act on Czechoslovak federation. According to this act firstly, or along with the adoption of the constitution of a national republic also the Constitution of the Federation was supposed to be adopted, which, however, did not happen. This provision could also be interpreted in such a way that failure to comply with the constitutional obligation to adopt the constitution of the federation in the course of a long development, after two decades the second part of this provision became effective, i.e. the right of a national republic to adopt its own constitution. We hold that the adoption of the SR Constitution was not contrary to the letter of law (nor was contrary to its ratio legis) of the constitutional act of the CSFR No. 142/1968 Zb. on the Czechoslovak Federation.

Decisive is the provision of the Art. 156 Constitution of the SR which was a part of transitional and final provisions.[5] It postponed the effect of several Articles of the Constitution or tied and linked their becoming effective "to the respective changes of constitutional situation in the CSFR in consistence with this Constitution." This provision meant that: a) the Slovak Republic even after adopting its Constitution did recognize the sovereignty of the CSFR and attached acquiring of the attributes of the SR as a sovereign state to the decisions of the federal authority; b) the Constitution of the SR was adopted as a constitution compatible with the constitutional Act on Czechoslovak Federation and consistent with its constitutional status it was after October 1, 1992, a national republic within CSFR; c) the SR continued to consider itself being legally a part of the CSFR, its constitutional part, recognizing CSFR as an entity subject to international law representing also the Slovak Republic.

Another dimension of the status and effect of the SR Constitution in the last third of the year 1992 was that it was legally a lasting variant with the potential of transition of the CSFR, co-existence of the Czech Republic and the Slovak Republic into a union of sovereign states, i.e. into confederation or a real union. Possibility to follow this development option meant an attempt not to primarily arrive at an extinction of the CSFR, but to transform it into a Czech - Slovak union, based on the adoption of a constitutional act by the Federal Assembly. To carry out this option of transformation of the Czechoslovak statehood was possible after adopting the resolution of the Federal Assembly of October 1, 1992. The resolution demanded the Federal Assembly Board to create without any delay a committee for preparation of a constitutional act on transformation of the Czechoslovak federation into a Czech - Slovak Union, recommending the committee to apply the principles proposed, when preparing this law. The Union was to administer the spheres of common interest of the two republics in the scope of competences delegated by both republics to the Union. The goal was to contribute to a speedy process of accession of both republics to the European Union[6]. Upon accession to the EU by which the Union would achieve its goal the Czech - Slovak Union would cease to exist. This proposal was unexpectedly submitted by Miloš Zeman. The given concept, to pass from the federation to an international union of the Czech Republic and the Slovak Republic in which both republics would have retained their sovereignties and be entities subject to international law complied with election programme of the Movement for Democratic Slovakia (MDS), and was one of the options for resolving the relationship between the CR and the SR in the shape of a union of sovereign states. The Union of the CR and the SR was to co-ordinate economic, social, ecologic, foreign and defence policies of both sovereign nation-states, directing them towards their accession to the EU. The proposal of the Czech and Slovak Social Democracy (CSSD) to create a working group for preparation of a constitutional bill on transformation of federation into a union was supported also by votes of some MDS deputies and thus this proposal could pass. According to relevant documents this as if arbitrarily adopted law was ignored and no commission was created. The bill on constitutional act on extinction did not pass through the House of Representatives, nor through the

[4] Such proposal was publicly expressed by V. Benda, head of the Czech political party the Christian Democratic Party, known through his former dissent activities, following the adoption of the Declaration of Sovereignty SR: „It is necessary to send tanks to Slovakia." Risk of conflict and intervention involved both military and economic spheres. „We discussed these issues around the table where I was sitting. For example, during the session of the General Staff of the federal army I addressed the headperson of the General Staff with the question whether he may say on his word of honour that the General Staff officers did not prepare military plan of intervention in Slovakia. He immediately perspired heavily and answered: „I cannot give you my word of honour on this." There are other indications proving such considerations. It is Václav Klaus' credit that we resolved this situation by political means within 24 hours." V. Mečiar: Speech to the session of the SNC March 11, 1994. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R-Press, Bratislava 1998, p. 73.

[5] There were heated disputes about temporary and final provisions mainly between the Party of Democratic Left (PDL) and MDS. Was the postponing of the effect of some provisions the best possibility how to resolve the relationship between the Slovak and federal legislation? Reply: „Originally proposed provisions were quite different, but non-viable, and the MDS was aware of it. Therefore, further political negotiations followed and resulted in the text adopted. Another alternative enabled to postpone the effect of the entire constitution to January 1, 1993, or by the time of resolving the issues with the CR. During these 3 - 4 months the state issues were to be settled... Final and temporary provisions are conceived in order to avoid discrepancies between the Slovak and federal legislation in force. The SR Constitution does not mean extinction of federation, nor secession of the SR from the CSFR. In this sense the constitution is really fine." In: „O slovenskej ústave hovoríme s poslancom Róbertom Ficom. (Rozhodoval pomer síl a ochota dohodnúť sa.) [About the Slovak constitution: interview with member of Parliament Robert Fico (balance of power and willingness to find an agreement decided)] SMENA. (denník [daily newspaper]) 17. sept. 1992, p. 7. This interview was conducted by R. Kotian.

[6] Cf. : Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. [Commented Documents on Czechoslovak Constitutional History] IV. (1989-1992). Ed. GRONSKY, J.: Karolinum. Praha 2007, p. 504-505.

House of Nations of the Federal Assembly. This constitutional act would have legally performed the political agreement between the Civic Democratic Party (CDP) and the MDS on a peaceful and constitutional extinction of the Federation.[7] The CDP leaders insisted on its realization. Part of the MDS representatives and deputies as if returned back to their election programme for which they obtained mandate of the SR citizens in election.

For the CDP and the Czech rightist coalition in office the real union of the CS and SR was not acceptable (monetary and customs union was accepted temporarily only) as they insisted on their "either - or"; either a functioning federation or extinction of the state union, and unacceptability of any form of union of two sovereign states, one reason being also that this was supported by the Czech leftist opposition deputies in the Federal Assembly.[8]

Proposal for a Czech - Slovak union was in its early stages rejected by the Czech rightist parties in office.[9] It remained a mere episode in the process of the federation extinction conducted dominantly by the CDP and V. Klaus, not by the MDS and V. Mečiar. The CDP at that time demanded imperatively the MDS to sign the undertaking that it would not enforce a union, but it would agree to an entire splitting of the federation. "Political clubs CDP, CDAliance, Christian Democratic Party(CDP) agreed that if the MDS were not able to cooperate in a peaceful dividing of the state, they would insist on summoning the Czech parliament in which the Czech National Council shall declare a complete independence of the Czech Republic." [10]

The SR Constitution as in force and in effect, but also in its complete wording when the provisions stipulating sovereignty of the SR as an independent state have become effective, enabled and was a suitable legal basis for the existence not of a state union of the Czechs and the Slovaks, but an international union of the sovereign states, the Czech Republic and the Slovak Republic within the Czech-Slovak Union.

Only in the third dimension of its situation and effect the Constitution of the Slovak Republic acted as a legal basis and a legal path towards the extinction of the CSFR and constituting the two separate, sovereign states, the entities subject to international law. The SR Constitution itself did not revoke the CSFR, it even was not contrary to the constitution of the federation. For a time it was compatible with it and altogether it opened the possibility constitutionally to attain its transforming into a union of sovereign states as well as to attain independent sovereign statehood of both of them. It caused no harm to the legal position of the CSFR nor the Czech Republic in international relationships.

Although hypothetically, it may be said with a high degree of certainty that the Czech political elites then in office had secured guarantees of the federation extinction in other ways, too, in addition to direct political negotiations. I am describing some situations proving their keeping "two strings for one bow".

Foreign Affairs Committee of the Czech National Council recommended to the CNC to declare that the Czech Republic wishes to continue being a Council of Europe member and will respect its principles and perform its obligations expressed in the Council of Europe Statute and following January 1, 1993, it intends to take over all international obligations of the CSR, CSFR, CSSR that arose from international treaties, especially from the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. As for the intention of the CR to take over all international obligations, this recommendation of the foreign affairs committee did not express the effort for continuity of the CR with CSFR, but the intention for the CR to cede the legal position of the federation, and thus under the name of the CSFR the Czech Republic solely would be acting. This complied with one of the variants of the Czech rightist coalition in office to expel the SR from the legal position of a federative state component and to achieve for the Czech Republic the position of an exclusive successor of the CSFR.[11] Consistent with this proposal, if accepted by

[7] Final decision was made in the night of August 26-27, 1992. In the Brno villa Tugendhat (during historical „negotiations under the plane tree") The Prime Ministers Václav Klaus and Vladimír Mečiar arrived at the agreement that the day of extinction would be January 1, 1993. They also agreed on adoption of the constitutional act on extinction of the Federation and the constitutional act on division of property of the Federation, and finally, that the relationship between the two succeeding states will be resolved by a „package of agreements" (Klaus) of in the form of a „general agreement" (Mečiar). They also agreed to coordinate their activities in the Federal Assembly in order to prevent complications and deadlocks. In this respect true is the statement stating that the Constitution of the SR adopted by the SNC on Sept. 1, 1992 was adopted in the time when the agreement on the Federation extinction had already been arrived at. The SR Constitution with the suspended provisions of the Art. 156 was adopted as a Constitution of the National Republic CSFR, as a constitution of a subject of federation and was adopted justifiably (SNC was entitled to adopt a separate Constitution of the SR) and legally (consistent with the constitutional Act on Czechoslovak Federation in force). Adoption, force and effect of the SR Constitution did not constitute, cause and give grounds for extinction of the CSFR. It was adopted 5 days after the political agreement had been arrived at by the leaders of the decisive governmental political parties who were at the same time Prime Ministers of the Czech Republic and Slovak Republic.

[8] „The leftist opposition deputies in the Federal Assembly tried „altogether" to find way to get to some confederative system in order to support the Slovak representation." PAVLÍČEK, V., HŘEBEJK, J.: Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář. I. díl. Ústavní systém. [The Constitution and Constitutional System of the Czech Republic. Commentary, Vol. 1: Constitutional System] Linde, Praha 1998, p. 18 - 19.

[9] „... Klaus' party let us know that in case of „extreme hardship" it is prepared to divide the state by itself. This was a warning and a lesson for us... Klaus declared publicly after an extraordinary session of the Czech cabinet that „the project of an union is unacceptable for the CDP since its very beginning and that the Slovak party knows that." KOVÁČ, M.: Pamäti. (Môj príbeh občana prezidenta). [Memoirs. (My Story of President Citizen)] Bratislava 2010, p. 61.

[10] KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 62.

[11] PAVLÍČEK, V., HŘEBEJK, J.: Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář. [The Constitution and Constitutional System of the Czech Republic. Commentary] Linde, Praha 1998, p. 20. Authors make reference to the Parliamentary Press no. 170, 170a from the 27th of November 1992, session of foreign committee of the Czech National Council.

the Council of Europe, the Czech Republic would take over (through cession) the rights and obligations of the Czechoslovak state. Thus the Czechoslovak state would legally continued in the Czech Republic in its legal existence. Slovakia would have been a separate territorial part of CSFR that split from it, or was expelled. As a former state form, however, not an independent state, the SR would have to strive for its recognition as an international law entity, a sovereign state, that was not a continuation of the CSFR, thus lacking any legal predecessor.

According to the SR Prime Minister of the time V. Mečiar the Czech party even prior to the general elections in June 1992 contemplated a situation that CSFR could split as a result of the fault of the Slovaks, and Czecho-Slovakia would be retained in the territory of Bohemia and Moravia only.[12] This was another alternative of the concept to be realized under which the Czechoslovak state would not cease to exist, but continued in its existence without the territory of Slovakia which would separate from CSFR by its own fault. In this legal situation the Slovak Republic would lose the status of a succession state as for the rights possessed by the CSFR by then, both in the view of international and property relationships.

Early in October 1992 (after failure to pass the first bill of the constitutional act on the CSFR extinction and after the Federal Assembly adopted the resolution on creation a working group for transformation of the CSFR into Czech - Slovak Union certain problems cumulated for some time. The Federal Prime Minister called the Federal Government Slovak members to abdicate[13]. At the same time negotiations on the constitutional act of the CSFR extinction were blocked in the Federal Assembly. Further development through unilateral steps by the republic would mean declaration of independence of either republic without political or legal agreement of both parties. The constitutional act on the federation extinction and the rise of successor republics could and should be passed by the CSFR Federal Assembly upon a mutual agreement.

Certain part of politicians, mostly the Czech ones and some Slovak ones, seemed to be creating the situation in which the Slovak Republic, its constitutional authorities of the time were resolving emancipation of the Slovak nation being impatient or stressed due to the difficulties faced, by a unilateral declaration of the state independence without the necessary manifestation of will of the Czechoslovak federation and without any agreement with the Czech Republic. Due to such steps the Slovak Republic would become liable, or faulty for intentional acting against the CSFR, for splitting, for separatism. It would be liable for violation of political agreements on a constitutional, legitimate and peaceful process of the CSFR extinction and the rise of the Czech Republic and the Slovak Republic. It would thus retained a negative labelling of a separatist body with a long-lasting seeking and demanding of international recognition, legal protection and ability to act independently in international relations. Its territorial integrity and its guarantees could be questioned, too. Also, the ability of the SR to integrate as an equal member into European structures would be reduced. However, these temptations and traps were anticipated by the government and refused with the emphasis that Slovakia shall not take the path of unilateral steps and shall not proceed in such a way.[14]

As for enforcement and acquiring of an exclusive continuity of the Czech Republic with the CSFR the Czech political representation was considering also an alternative that adoption of the SR Constitution in itself would be interpreted as cession of Slovakia from CSFR (not from the Czech Republic). Part of the Czech political elites and the Czech constitutional lawyers attempted to interpret the adoption of the SR Constitution as cession, a unilateral separation of the Slovak Republic from the common state, which, under international law, would mean continuity of the rest of the state (i.e. so-called historical lands) with the Czechoslovakia of the time. It would or could result in an exclusive continuity of the Czech Republic with the Czech and Slovak federation (e.g. on the basis of referendum) [15]. This legal construction comprised also other contemplations of lawyers. Federal government was not to be deemed a full-value constitutional authority, but merely a body intended to conduct the disintegration of the state. The Czech National Council was not to adopt, or rather was to reject the passage of the provision by which the Federal Assembly would become under law a body constituting new states. Under this legal doctrine the Czech National Council would deem the acts of law adopted by the Federal Assembly as not binding. The reason was to be that these were rules of law that were no more binding for anyone and not enforceable by the state, being the rules of law of an extinct state or of a state just becoming extinct.

Consistent with this legal doctrine (of the Czech Republic as an exclusive continuant of the CSFR) it can be said that the Czech Republic as a new state body, an entity subject to

[12] V. Mečiar. Z rozhovoru pre Rudé právo. [From the Interview for the Red Justice] 3. June 1992. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R - Press. Bratislava 1998, p. 17

[13] The Prime Minister Stránsky suggested to the federal government members, the first Deputy Filkus, deputy Čič and Minister for foreign affairs Moravčík they should abdicate. Minister Čermák declared that he could not sit with them in one cabinet, therefore a new coalition should be set out. Being questioned by our member he replied that he expressed his own attitude, not that of the CDP. After the negotiations today (political panel will be meeting later today) we told all three our deputies in the cabinet that they were delegated to their offices neither by Mr. Stránsky nor Mr. Čermák and therefore they should remain in the cabinet. If Mr. Čermák takes his attitude personally, it is his own problem, as well as the question for the CDP whom it should delegate if he left. In spite of the call of the federal government Prime Minister none of our ministers shall leave federal government, by no way…"Address of V. Mečiar during the press conference in Bratislava on Oct. 5, 1992. In: MEČIAR,V: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R-Press, Bratislava 19998, p. 30-31.

[14] Ibid. p. 29.

[15] Cf. PAVLÍČEK, V., HŘEBEJK, J.: Ústava a ústavní Řád České republiky. Komentář. [The Constitution and Constitutional System of the Czech Republic. Commentary] op. cit. p. 19

international law would not have been arising, constituting, but legally continued in the position of the CSFR. Thus it would not have been a succession state, nor a new state, but a legally continuing Czechoslovak state, as if C incorporated into it as a legal entity identical with the CSFR, only with its territory, population and the name changed.

This concept, however, did not come true. It was discussed, disputed in the Czech National Council. From among Czech parliamentary parties it was only the Civic Democratic Alliance (CDA) that qualified the adoption and declaration of the SR Constitution as a separation of the Slovak Republic as cession from the federation. This was one of substantial reasons why this concept never came true. Another reason could be that legal consciousness of the Czech Republic citizens did not yet crystallize and identify with the CR as a national republic within CSFR or CSSR. Also, in scientific publications the Czech Republic was named in relation to Slovakia as so-called "historical lands".[16] Both in legal consciousness and constitutional and political reality the term Czech was identical or changed for Czechoslovak, the Czech Republic was not sufficiently divided from or distinguished from the Czechoslovak Republic. Reality of legal history and the consciousness as well as a frequent, almost general identifying of the Czechoslovak federation with the era of normalization as well as deeming the existence of the Slovak Republic a result and the fruit of putting down the Prague Spring, were the facts bringing a part of the Czech political representation to strive for an exclusive continuity of the Czech Republic with the Czechoslovak state.

The wisdom of some of the state representatives of the Czech political elite should be appreciated, that in spite of the apparent temptations of the concept of an exclusive legal continuity of the CR with the CSFR "the Czech parties in office gave priority to the agreement of both republics' representatives in the Federal Assembly expressed in the constitutional act on extinction of Czechoslovakia" (CSFR NO. 542/1992 Zb.). It was manifested also by a grand portion of activities of the Prime Minister of the Czech Republic V. Klaus, who recognized that this was a result of the Slovak national emancipation, not of a Slovak separatism[17]. He thus arrived at the following conclusion: the constitutional extinction of the CSFR with two successor states, and no attempts or concepts of an exclusive continuity of the Czech Republic. He could be blamed that, firstly, the CNP under his leadership submitted the MDS the strict dilemma: either a functional federation or breaking-up (the CSFR extinction)[18], secondly, the CDP and V. Klaus accelerated the date of the federation extinction as early as to the end of the calendar year 1992.[19]

On November 19, 1992 the Czech National Council adopted the "Declaration on Taking over the Fate of the Czech State into Our Own Hands", which was done rather passively, as reflected in its content, "in the effort to secure a peaceful development of the state's legal position directed to the existence of an independent Czech state since January 1, 1993..."[20] The resolution "on taking over the entire sovereignty" in the Territory of the Czech Republic was passed by the Czech National Council Six days after the constitutional Act No. 541/1992 Zb. on division of property of the CSFR and its transfer upon the Czech Republic and the Slovak Republic was adopted. Paradoxically, the agreement on division of property of the CSFR, the common property, was arrived at even before the constitutional act of extinction of the federation that owned this property was adopted. However, it is crucial that the resolution of the CNC "on taking over the entire sovereignty" in the CR was passed six days before the Federal Assembly adopted the constitutional Act No. 542/1992 Zb.

---

[16] The term „historical lands" had a more valid subjective reflection in the Czech awareness than the term the „Czech Republic" as legally in force. This can be evolved e.g. from the context: The adoption of the Constitution of the SR can be interpreted as a secession of the SR from the common state which would probably constitute the continuity in international law of the rest of the state (i.e. the historical lands) with Czechoslovakia of the time." PAVLÍČEK, V., HŘEBEJK, J.: Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář 1. díl. Ústavní systém. [The Constitution and Constitutional System of the Czech Republic. Commentary, Vol. 1: Constitutional System] Linde. Praha 1998. p. 19.

[17] „After the negotiations with the Slovak representation I realized that the Slovak emancipation process is a reality. I have no intention to question this. Part of it is acquiring the position of and international entity, and this is for us a breaking point and its assessing and full understanding was the breaking point for myself. However, I did not feel offended, it was just my own assessment of the situation, including the fact that it was not only feeling of the Slovak representation or the heads of the MDS, but of the entire Slovakia, or the substantial portion of the citizens of Slovakia. And regardless of whether I like this feeling or not, I respect it." KLAUS, V.: interview with the daily Národná obroda. Aug. 5, 1992, p. 3. („I do not think it is me who divides this state.")

[18] „The Czech representatives put up two alternatives before us: either we shall accept federation without any conditions and forever, no CDO concept by the year 2000. Either we shall accept it immediately, and they will be willing to continue living together with us, and I mean to live in a reasonably reduced federation. Or we shall not accept it and there will be the only path for the Czech party - the creation of two states - and immediately. Two states, with the respective agreement of the national councils made by Sept. 30, 1992." V. Mečiar, an address to the Slovak National Council on July 15, 1992. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si!. [Slovakia, be confident!] R-Press, Bratislava 1998, p. 21. MDS and Mečiar considered not just a federation, but also a confederation and even a real union to be a common state (July 1991) Ibid., p. 12

[19] Consistent with the first agreement the settlement of Czech - Slovak relations was to be completed by the end of Sept. 1992 (by the agreement of national councils) and the final agreement by the end of October. Unfortunately, nothing of that kind occurred in the national councils. We consider such a situation as a crisis of federal institutions." V. Mečiar, speech in the press conference in Bratislava, Oct. 5, 1992. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R-Press, Bratislava 1998, p. 29.

[20] Opposition deputies (except a few individuals) left the House before the vote alleging that the declaration is contrary to the CSFR Constitution in force. The coalition objected that it was only noting the independence that already had occurred, not a declaration and the constituting." (Jan Kalvoda). M Kováč, then the Chairman of the Federal Assembly commented on the resolution as follows: „The Czech Republic by this step is only catching up with the development in Slovakia." In: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. [Commented Documents on Czechoslovak Constitutional History] IV. (1989-1992) ed. Gronský, J. Karolinum. Praha 2001, p. 345.

on extinction of the Czech and Slovak Federative Republic (Nov. 25, 1992,)[21] which determined December 31, 1992 as the day of its extinction.

It was very hard to reach a three-fifth majority in the Federal Assembly for the constitutional act on the federation extinction. For the case of tie in the FZ a declaration of independence by both republics by their national councils comprising the necessary number of the MPs for the CDP and the MDS was considered. As another threat for the reluctant FA deputies short before the vote on the constitutional act on the federation extinction a rumour was spread that in case of failure in voting the coalition in office would enforce declaration on the federation extinction that could be adopted by a simple majority of votes, without any transformation of federal deputies into the second house of the national parliaments"[22] This pressure is admitted to have facilitated the three-fifth majority.

The resolution of the Czech National Council (CNC) "on taking over the complete sovereignty" lacked, just like the SNC Declaration on Sovereignty" the force of constitutional act or other act of law, was legally irrelevant, having the nature of a constitutional political declaration. It created the constitutional and political basis for adoption of the Constitution of the CR (Nov. 19, 1992), similarly like four months ago Declaration of Sovereignty of the SR for adoption of the SR Constitution. Both these political acts expressed the will towards the rise of the Slovak Republic and the Czech Republic and to the adoption of their basic laws. In this order the Declaration of Sovereignty of the SR and the resolution on complete sovereignty of the CR, with the subsequent adoption of the SR Constitution and the CR Constitution in a complementary context with the constitutional act on extinction of the CSFR expressed the direction and carried out the process of legal extinction of the CSFR and the rise of its succession states, the Slovak Republic and the Czech Republic.

The original common state, being a single, Czechoslovak, international entity, became obsolete in its development due to the Slovak emancipation process. It lacked the conditions for self-determination of a nation also with regard to the accession to the EU under preparation. Slovakia, its evolution and further development, without a risk of loss of identity in the EU, these justified requirements were manifested in the form compatible with constitutional and international law as acquiring position of an international entity, the Slovak Republic.[23] Acquiring position of an international entity by the SR was in the Art. 156 attached to the condition precedent of its effect that did not relate to the will of the SR, but to the state will of the federation, to the constitutional changes that were the competence of the CSFR. The only constitutional authority of the CSFR, the Federal Assembly, after the failure to adopt other solutions, in particular the transformation of one state union (federation) into a union of states (a union, a confederation) adopted constitutional Act No. 542/1992 Zb. according to which upon lapse of December 31, 1992 the CSFR shall become extinct. Upon this constitutional act the terms were met for extinction of the condition precedent of the effect of the provisions explicitly stipulated in Art. 156 Constitution of the SR. The Constitution of the SR as a constitutional Act No.460/1992 Zb. became effective in its entirety.

Upon the Act of the National Council of the SR (NC SR) (constituted from the original SNC, the legislative body within the CSFR) on currency separation Feb. 2, 1993, the existing monetary union with the CR ceased to exist. Altogether, it lasted 38 days only. Other institutes of the SR Constitution became effective, too. On February 25, 1993 the NC SR[24] elected the first president of the SR Michal Kováč[25] in the second round by a secret ballot. Thus the Slovak Republic received its personal head of state and symbol of its existence. The SR

[21] Czechoslovak federation arose on the basis of an agreement of the Czech and Slovak national councils and constitutional perfectness of its extinction required to be decided by a constitutional act adopted by the federal Assembly, but instigated by the national councils. Constitutional act on the federation extinction was accompanied by a qualified opinion of the CNC and SNS that supported the governmental bill by their initiatives. Both national councils debated this bill on Nov. 17, 1992, and passed it by a qualified majority. On Nov. 18, 1992 the Federal Assembly debated on the bill. The Bill was not passed by the House of Nations, but as is was passed by at least one House, negotiations could be opened and the session was postponed by one week. Based on the proposal of the negotiation committee on Nov. 25, 1992, in the session of both Houses it was, after a debate, subject to vote and this constitutional act on extinction of the CSFR was passed by the narrowest majority of votes possible: 96 MPs voted for in the House of People (qualified number), in the House of Nations 45 deputies voted for in the Czech part and 46 voted for in the Slovak part (at least 45 votes were necessary for adoption in each part of the House of Nations). Cf.: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. [Commented Documents on Czechoslovak Constitutional History] IV. (1989-1992) ed.: Groský, J. Karolinum. Praha 2001, p. 262, note 259.

[22] Then the bearers of mandates of the Slovak social democracy asked for a short break. A part of the FA MPs that helped the coalition to get the three-fifth majority, voted for dividing perhaps with regard to continuing professional position of deputies in parliaments in the future independent republics, as promised by the coalition…" „Some deputies did not vote for dividing, but for an order in the process of disintegration that they were not able to stop…" VODIČKA, K.: Příčiny rozdělení: shrnující analýza po deseti letech. In: DĚLENÍ ČESKOSLOVENSKA. (Deset let poté…) [Causes for the Dissolution: Summary Analysis after Ten Years. In: The Dissolution of Czechoslovakia (Ten Years Later] ed. Vodička, K.: Volvox Globator. Praha 2003, p. 242.

[23] Cf. Election programme of the MDS as well as the Party of Democratic Left (PDL) as expressed in the government programme of the Mečiar's government. Before, it was expressed in a symbolic form - „Slovak star" within the European Union after accession of the SR (In the alternative): a) The Slovak Republic as an international law entity within the CSFR, as a compound state outwards; b) the SR as an independent, sovereign state. DOKUMENTY SLOVENSKEJ NÁRODNEJ IDENTITY A ŠTÁTNOSTI II. [The Documents of the Slovak National Identity and Statehood] Bratislava 1998, p. 575-577. Štátoprávne usporiadanie vo volebných programoch politických strán a hnutí, ktoré získali zastúpenie v SRN (Bratislava 5. – 6. júna 1992). [The Constitutional Organization in Election Programmes of Political Parties and Movement Represented in the Slovak National Council] See also: Tézy volebného programu HZDS. [Propositions of the HZDS Election Programme] In: Národná obroda (daily newspaper). 29. apríla 1992.

[24] In the first round of the SR presidential election the candidates were M. Ftáčnik for the PDL, R. Kováč for MDS, A. Neuwirth for CDP and J. Prokeš for SNP. Neither obtained the necessary 90 votes. KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 73 - 7E.

[25] The candidate M. Kováč obtained 106 votes (16 votes more that the prescribed by the SR Constitution) in the secret ballot. One vote was invalid, two deputies did not vote and 19 abstained. acc. to KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 79-80.

Constitution was gradually implemented in the state law reality in all its provisions.

Upon disintegration the CSFR ceased to exist and the Slovak Republic transformed as its succession state from the position of a national republic, member state of this federation into the sovereign Slovak Republic, and an independent international entity.

2. International relations and the Constitution of the SR in the years 1993 - 2004

The Constitution of the SR as a basic and supreme law of the Slovak Republic, the independent and sovereign state, recognized by all entities of international law in international relations, without creation of any state union with any of them was in effect since January 1, 1993 till May 1, 2004, since constituting the SR till its accession to the European Union as a union of states. This was the SECOND PERIOD OF THE SR CONSTITUTION IN EFFECT.

2.1 The legal succession state, or a new entity under international law

The primary task following the rise of the SR was to take over, manage and achieve recognition and respect of its sovereignty in bilateral and unilateral relations. First of all, the SR had to learn, notice and survive the limitations of sovereignty of the SR in international relations, in particular towards its neighbours.

The SR was a succession state after the extinct CSFR. It was supposed to (according to one interpretation of the international law), and sometime it really took, the international position of the former CSFR as its legal succession entity entering into its treaties. It was a legal succession entity of the CSFR, but it was not so-called universal succession. The Slovak Republic did not take over all rights and obligations of the extinct CSFR. As for entering into the legal position, rights and obligations of the predecessor state and in acquiring international status it was a singular succession in case of the SR and CR. The new territorial succession states, the CR and the SR, were considered separately and not all contractual obligations ipso iure passed over them, but only single obligations and rights of the extinct state, especially those relating to its territory as a territorial succession entity.

Under the international law then in force succession had a form of customary international law. Convention of Vienna on states' succession in relation to treaties (1978) was submitted to the states of the world for ratification as early as in 1993, but effective would be only after the agreed number of states have ratified it. This happened as late as in 1996.[26] "In the time of the CSFR extinction and the subsequent rise of the succession states, the SR and CR, the succession into treaties and division of state property was carried out also in respect to the content of the above mentioned treaties.[27] Vienna Treaties were effective not as a rule in force, but only as a binding interpretation of basically customary law, i.e. unwritten, generally binding international law on succession of states. In such an international law situation in a given world community the singular succession of the CR and SR was carried out in such a way that both states as territorial succession entities of the CSFR did not acquire all rights eon ipso. In the moment of the CSFR extinction and the rise of the CR and SR they were not deemed members of international organizations the CSFR used to be, but they were admitted into them separately as their new members. The legal succession ipso iure of the SR into multilateral treaties of the extinct CSFR expected by a part of specialists did not occur.[28]

2.2 State borders of the SR

As territorial CSFR succession entities the CR and SR entered legal position of the CSFR in substantial attributes of state, in particular in state territory within internationally recognized and existing state bordres, and in relation to the former CSFR citizens who as a result of the legal event of the rise of the SR obtained the citizenship if the SR. After the rise of the SR and its international recognition its state borders were not formed anew, but the rights and obligations and legal consequences guaranteed by international treaties (i.e. effective towards other states) were passed on the SR, which entered into the rights and obligations arising from them that were confirmed by supreme legal relevance in relation to the population of the state by Czechoslovak constitutional law or constitutional acts of the SNC that were by that time a part of the law of the Czechoslovak federation.[29]

It is generally known that state borders of the Czechoslovak Republic were not set, but confirmed[30] by peace treaties after

[26] Vienna Convention on Succession of States in Respect to Treaties (1978) and Vienna Convention on States Successios in Respect to State Property, Archives and Debts (1983). Cf. ONDŘEJ, J., POTOČNÝ, M.: Obecné mezinárodní právo v dokumentech. (2. doplněné vydání). [General International Law in the Documents. (2. Supplemented Edition)] C.H.Beck. Praha 2004, p. 20 a n.

[27] ČEPELKA, Č., ŠTURMA, P.: Mezinárodní právo veřejné. 1. vydání. [Public International Law. 1. Edition] C.H. BECK. 2008, p. 63.

[28] This situation manifested most flagrantly in placing Slovakia and its sports associations a representations into European and world contests. Most unjust and unfavourable was kia in putting the Slovak representation group into the lowest world contest class „C", while the Czech representation hockey team was placed into the first one, the highest class, thus being recognized a succession team of the CSFR hockey team.

[29] The constitutional Act of SNC No. 41/1994 Zb. and the constitutional ACT No. 74/1995 Zb. on consent to the border changes of the Slovak Socialist Republic are related to the SR frontiers. They referred to the Republic of Austria and the People's Republic of Poland.

[30] International legal recognition of a state de iure does not arise, it has so-called declaratory meaning. It confirms legal position of a state that was legally constituted as a manifestation of the right to self-determination of the nation in a given state, or as a manifestation of sovereignty of people, citizens which enforced reality of its existence within international relations. Upon the rise of a state its frontiers immanently come into force by law. International community, states individually recognize the state borders and their determining. International treaties on border lines setting or on changes of the common border can be made between neighbouring states. Cf.: „Recognition of a state means only that the recognizing state accepts the entity of another, with all rights and obligations set by international law. Recognition is unconditional and irrevocable." Art. 6, Treaty on Rights and Obligations of States (Dec. 26, 1993. ONDŘEJ, J., POTOČNÝ, M.: Obecné mezinárodní právo v dokumentech. [General International Law in the Documents] C.H. Beck, 2004, p. 17.

the World War I and ratified after the World War II in the Peace Treaty of Paris in 1947 on so-called Bratislava bridgehead[31]. After the rise of the SR these state borders (acquired upon territorial succession after the CSFR) were internationally recognized. It happened by a treaty between SR and Ukraine on common border (signed on Oct. 14, 1993), by the Treaty between SR and Hungarian Republic on the organization and cooperation on the state border (June 28, 1995) and by the treaty between the SR and the Republic of Poland on common state border on June 6, 1995[32].

The previous border of the Slovak Republic with the Czech Republic was not adequately assessed under constitutional law during the 20-year unitary federation as a border of two equal states within a federative state and therefore, it was legally relevant as an administrative border[33] under constitutional and international law. Assessment of this administrative border with constitutional and international law validity i.e. as a state border was agreed during the existence of the CSFR by an agreement. It so happened after a political agreement between the parties CDP and MDS on the extinction of the CSFR, upon the Agreement between the Czech Republic and the Slovak Republic of Oct. 29, 1992, on general delimitation of the common state border. The agreement was approved by the CNC and the Czech government Prime Minister ratified it on behalf of the President of the CR (prior to the rise of the sovereign CR and prior to the presidential election).[34] The territorial reservation of each of the republic was recognized by the agreement. Based on its Art. 15 the agreement was temporarily performed since January 1, 1993. Since May 3, 1993, a new legal mode in effect was introduced in the common border. The agreement on the arrangement and cooperation on the common state border was, after the approval by the CNC, ratified by the CR government Prime Minister deputizing for the president of the republic. It was announced under No. 234/1993 Zb. Art. 19 of the agreement defined the state border as "continuous row of virtual vertical planes dividing the territories of the SR and CR as well as the space above and below the ground surface." Agreement contains further definitions relating to the state border (border segments, border waters, vicinity of borders).[35] In a short time standard state border was formed between the Czech and Slovak republics with the same mode as there was on the borders with Poland, Austria, Hungary. Since January 4, 1993, it was a legal mode with the customs and passport control. The Czech Republic did not allow the possibility of double citizenship under Czech law, a concurrent SR and CR citizenship of one person.[36] The above standard relationships between the CR and SR were terminated upon customs union revoking in February 1993 also due to the fact that the CR unilaterally cancelled the payments system agreement on Sept. 30, 1995. The state border mode with free movement of persons, goods and capital was only introduced with the effect of so-called Schengen treaties since Dec. 21, 2007, in such a way that the state border between the SR and CR took the nature of so-called inner border within the Schengen space and the state frontier with Ukraine obtained the nature and the related mode of outer border of the European Union with the respective technical equipment and technologies.

Consistent with the rights and obligations arising for the territorial succession state from the existing state CSFR borders taken over by the Slovak Republic (succeeded) and CSFR state borders were transformed into the SR state borders towards the neighbouring states.[37] Some negative tones sounded

[31] Cf.: Peace Treaty with Hungary. Signed on the 10th of February, 1947. Ratified and effective since the 14th of October. 1947. Published in the volume no. 91 of the Collection of Law of the Czechoslovak Republic. Volume 1947.

[32] The treaties of the SR with the states mentioned were published by notifications of the Ministry of Foreign Affairs of the SR on the treaty with Ukraine under No. 1/1995 Zbl., Poland under the No. 69/1996 Zb. and Republic of Hungary No. 269/1995 Zbl.

[33] The described legal status of the border between the CR and SR arose also from declaratory provision of the Agreement on general delimitation of common state border announced under No. 229/1993 Zb. CZ, Art. I. Only this agreement changed the previous border between the two national republics from the status of „administrative border" into the legally relevant status of „common state border". The original state did not correspond with the existing federative state unit, either.

[34] Such conduct of the CR in Oct. 1992 proves that it acted independently as a state form that was already splitting from the CSFR with respect to constitutional and international law, from the form that was ceasing to exist upon the acting of the CR, too, in transforming of the inner state border of the CSFR into international one, which was ceasing to exist after political agreements between the parties CDP and MDS, doing so in such a manner as to maintain peaceful and constitutional extinction of the CSFR and the rise of the succession states, the CR and SR. The acts in law mentioned carried out by the CR government, CNC and its chairman who even prior to the CZ Constitution coming into effect acted as a deputizing head of the state prove the consent and more initiative of the Czech party in the federation extinction and the rise of nation-states. The opinions and statements of Czech lawyers that adoption of the Declaration of the SNC on Sovereignty and adoption of the SR Constitution meant secession of the SR from the CSFR and after this secession of the SR from CSFR all rights of the CSFR passed over on the CZ as the existing residual part of the CSFE and thus the SR must prove its legitimity and strive for its status of international entity, apply for recognition of its state borders were not true. Constitutionality of such conduct was consistent with the CSFR Constitution ex post only by the constitutional Act No. 542/1992 Zb. on extinction of the CSFR, by the provision in the par. 1, § 85 adopted on Nov. 25, 1992.

[35] The frontier between the CR and SR was confirmed by these treaties from the time of the existence of the CSFR which came into effect upon its extinction. By the agreement made in Židlochovice on January 4, 1996, on common state border between the two states they became legally relevant and were approved by the respective constitutional acts of both republics.

[36] It concerned mainly the persons of Czech nationality permanently residing in the territory of the SR facing the dilemma: upon acquiring SR citizenship, they will lose the CR citizenship. But as CR citizens they could not acquire political rights in the SR, in particular rights to vote and be elected, although they lived, worked, carried out business in the SR. Incompatibility of the CZ and SR citizenships hampered the relationships of both states and their citizens for a long time.

[37] Even before starting negotiations on the CSFR extinction when mentioning the common defence the Slovak representatives received a reply: „OK, but you want to be an international law entity. A conflict is threatening to Slovakia in the south and in the east. Why should we risk to be in conflict because of you?" SR Prime Minister V. Mečiar, address to the SNC on July 15, 1992. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R-Press. Bratislava 1998, p. 21.

in this respect from Hungarian politicians of the time. Even in 1993 the statement from the speech on the 70th anniversary of signing the Trianon Peace Treaty was not forgotten as presented by Prime Minister Antall in Hungarian parliament on June 4, 1990, in which he declared: "Hungary lost two thirds of its territory"...and he himself "feels to be a Prime Minister of 15 million of Hungarians (i.e. also those living across the state borders of Hungary, the Hungarian nationality citizens of the newly arising state of the SR and others living in other neighbouring states)[38]. Thus, one year after the change of our state and the state form, the Prime Minister in the supreme legislative body of Hungary implied that he saw the state border of his homeland as unjust, immanently dubious from legal point of view. Did he imply the Hungarian nationality citizens of the SR were illegitimate citizens of the SR who were to strive for a change in order to attain consistency of their ethnicity with their civil status? This was more than a potential threat for the SR sovereignty, inviolability of its state borders and a concrete threat for the basic articles of the SR Constitution.[39] In relation to the SR, historically an entirely new state and the state of one third of the Czechoslovakia potential to which originally the Trianon treaty confirmed its state borders there were quite different geo-political intentions involved. Hungarian ethnical minority was no more 3 per cent of the population like it was in the CSFR, but as much as 10-11 per cent. Inviolability of now the state borders of the SR in relation to the Republic of Hungary, then the state which opened its border towards Austria in 1989, thus allowing the pass through for the citizens of the German Democratic Republic and thus contributing to the unification of the two German states, being a champion of democratic, constitutional overcoming of Hungarian totalitarian state and to smashing the Soviet bloc as such looked in this view quite differently. It was one of the reasons why the Christian Democratic Party (CDP) MPs did not vote for adoption of "this" SR Constitution[40] on Sept. 1, 1992. Stability of this border, the degree of accepting the rights of Hungarian nationality citizens was overestimated by almost all Slovak politicians. Damming the Danube within the construction of the water scheme Gabčíkovo - Nagymaros and putting into operation its floating channel raised objection also because the contemporary state border between Slovakia and Hungary was shifted northward into the waters of the floating channel.[41] The reasoning was that under the peace treaties of 1920 and 1947 the state border with Hungary was placed in the middle of the floating track[42]. Revolutionary changes in central and East Europe were accompanied by restitutions (property, political and ideological) into the era prior to the Communist regimes, before the year 1948 and sometimes even before the year 1939. In Hungary, in political moves, street meetings demands for change of post-Versailles peace arrangements, for Trianon Treaty revision or for returning to the state and territorial situation from the time of the Second Vienna Arbitration were persistently expressed. In such a political climate dominantly directed and striving for restitutio statu quo ante, with the efforts of various politicians presenting themselves as continuing in the efforts not only pre-communist, but pre-liberal-democratic, territorially revisionist, when the date of starting restitutions was set differently, and it was therefore necessary to get involved in a political struggle.

Of substantial importance to ascertain "where we come from and where we are" in order to set and fix how far to go back is impossible was the Treaty on Good Neighbourhood and Friendly Cooperation between the Slovak Republic and Republic of Hungary signed in 1995. It entrenched inviolability of the present border between both states and the obligation that the parties shall not have any territorial claims against one another in the future. By coincidence it was signed in the Matignon Palace, Paris, not in Trianon. The Slovak party attached a note to the agreement rejecting such interpretations that the agreement contained provisions recognizing the principle of collective rights of minorities and admitting creation of autonomous structures on an ethnic basis.[43] A mediator between the Hungarian and Slovak prime ministers was the President of the French Republic, the republic, which played a key role in delimiting the Czechoslovak and Hungarian border in the Versailles Peace Conference (1919/1920), as well as in the Paris Peace Conference in 1947. The France Prime Minister E. Bal-

[38] PRAŽÁK, R.: Dějiny Uher a Maďarska v datech. [History of the Hungarian Kingdom and Hungary] Libri. Praha 2010, p. 385.: Výzva signatárom Trianonskej mierovej zmluvy, Parížskej mierovej zmluvy a Záverečného aktu KBSE v Helsinkách. [The Proclamation to the Signatories of the Peace Treaty of Trianon, the Peace Treaty of Paris and the Helsinki Accords of the OBSE] Signum. 1998, s.27,

[39] „As for Hungarians it is quite different. They maintain the feeling of injustice in relation to Trianon. They face a dilemma: to accept Trianon, or to strive for its revision. The same thinking relates to Slovakia, too, without really knowing the situation in Slovakia." Interview for Die Welt, January 18, 1993. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R - Press. Bratislava 1998, p. 35.

[40] The CDP Leader, Prime Minister of the SR government in 1991-1992 held the view that after independence of Slovakia we shall not be able to maintain our southern frontier. KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 145-146.

[41] According to the official Hungarian allegations the Czechoslovak, or the Slovak party breaches the nature of the Danube as a border river consistent with the Trianon Treaty by carrying out the alternative C of the water dam construction. From this point it is very close to the idea that the original river bed of the Danube in case of completing the C alternative is not the border mentioned in the respective treaties of Trianon, Paris, confirmed by the Final Act of the Helsinki conference on safety and cooperation in Europe 1997.

[42] According to the agreement on the construction of the water scheme Gabčíkovo - Nagymaros, in particular the sec 1, Art. 22 on these water schemes realization of Sept. 16, 1977, made between Czechoslovakia and Hungary, the parties agreed that the nature of state border will change, but not their demarcation. The state border nature shall change in such a way that main floating tract was transferred to the territory of the CSFR without any effect on the line of the state border. In the sector of river kilometres 1842 - 1840 after damming the river bed the state border run along the middle line of the current main floating channel as a fixed border. The state border in this sector ceased to be of a fixed nature the position of which is set by the current main floating channel. The technical alternative C carried out what was indeed agreed with the Hungarian party while the storage basin will be placed in the CSFR territory only, cf. pinion of Dr. B. Sakál, Dept. of international law, Federal Ministry of Foreign Affairs. In: Rudé právo. [The Red Justice] 16. okt. 1992, s. 29.

[43] „The Treaty of Good Hope". In: KRONIKA SLOVENSKA. [The Chronicle of Slovakia] 2. Bratislava 2001, p. 548.

ladur, who had expressed his view on the possible arrangement of state borders in central Europe for the media, contributed personally to the completion of the stabilization process in central Europe. The treaty between the SR and MR signed in Paris by prime ministers G. Horn[44] and V. Mečiar was a part of the context of creating a pact of stability in Europe. The premise and the condition of making the basic contract was the fact that NC SR passed two acts of law on registrar's offices, on writing names and surnames, and on names of municipalities prepared in 1994 by the J. Moravčík government (being in office for a short time, between the March and September election.)

2.3 Historical continuity with the anti-fascist tradition and the statehood of the Slovak Republic

A problem in legal succession of the SR into international treaties made by the CSFR was also the relationship of the SR to its legal doctrine on continual legal existence of the Czechoslovak Republic between the years 1918 - 1992. It was caused by the attitudes of a part of the leaders of the Christian Democratic Movement (CDM) due to their relationship with the wartime "Slovak state", expressed as late as in 1991. Later on the SR Prime Minister V. Mečiar made an effort to make a separate - and a distinct one in this sense - treaty with the Federal Republic of Germany.

The apple of discord and a dispute was the legal principle expressed in the Preamble of the Treaty between CSFR and FRG, signed in 1991, worded as follows: "CSFR and FRG, recognizing the fact that the Czechoslovak state never ceased to exist…" became a generally recognized legal principle of the Czechoslovak constitutional law aswellas internationallaw.[45] The protesting voices coming from Slovakia, from amongst the leading figures of the CDM in particular, insisted and rejected this provision as a doctrine contrary to the Slovak history, which was then untrue a should be revised.[46] Did the authors of this attitude, J. Čarnogurský a F. Mikloško, enforce the recognition of the Slovak wartime state as legally existing? This attitude of the CDM leaders, personally and through family relations linking them to the state party of the wartime "Slovak state", and, at the same time it showed how broadly these attitudes were spread in the Slovak historical memory.

The disputes whether the sovereign Slovak Republic will be a succession state of the wartime "Slovak state" (so-called first Slovak Republic) or a succession state of the CSFR was unacceptable even as a result of pluralism of opinions. The Slovak Republic as a succession state of the CSFR was legally a successor of the Slovak Republic constituted in 1969 by the constitutional act on federation and the Slovak republic in the form of its legislative body, the Slovak National Council, was a national state body constituted in the Slovak National Uprising[47] in the anti-fascist struggle, in the military and political accession of Slovakia to the United Nations. That was the truth. Objectively, the wartime "Slovak state" contributed to completion of constituting the independent Slovak nation which, in order to become free and democratic, had to smash the political regime of clerical fascist state and its vassal relationship towards the Third Reich in an armed uprising. The atrocities committed after driving the Uprising to the mountains, and the declaration and conducting of war by the "Slovak state" against the states of anti-Hitler coalition were the crimes committed by this regime, crimes against humanity, war crimes and crimes against peace, under international law. Slovakia disavowed from them in the Slovak National Uprising and historical legitimacy of the Slovak Republic arose from the national and democratic statehood constituted in the Uprising. This fact, that the Slovak National Uprising meant birth of the Slovak democratic national statehood is justified to be mentioned in the Preamble of the Slovak Republic.

The protest against embedding the legal principle of continuous existence of the Czechoslovak state even in the time of factitious existence, but legal non-existence of the wartime "Slovak state" has another aspect. It is the issue of apologizing to the Carpathian Germans for their alleged expulsion on the basis of taking over and applying the principle of collective guilt. The apology mentioned, expressed by the legislative body of the SR, became part of the Declaration of the SNC on expulsion of the Slovak Germans of Nov. 12, 1991.[48] It should be emphasized that it was contrary to the respective Opinion of the Constitutional Court of the CR of 1995 which refused to qualify withdrawal of Germans from Czechoslovakia as an expulsion, not speaking about collective guilt, and assessed it

[44] Even before the ratification of the Slovak - Hungarian treaty substantial achievements were seen, concerning: the flow volume of waters into stream branches of the Danube in relation to the water system Gabčíkovo; projects of privatization of significant economic units; coordination of approaches in relation to accession to the EU and the respective negotiations by the year 2000, status of national minorities and guarantees of European standards in observing language rights; revitalization of the Slovak minority living in Hungary. Cf. Address of the Prime Minister to the 9th session of the NC SR on Sept. 8, 1995. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R - Press. Bratislava 1998, p. 161-162.

[45] Cf. Treaty on good neighbourhood and friendly cooperation between CSFR and FRG coming into effect on Sept. 1992, published in the notice of the Federal Ministry of Foreign Affairs No. 521/1992 Zb., p. 3097.

[46] The statement on uninterrupted existence of the Czechoslovak state was criticized and refused by some of the CDM leaders, Ján Čarnogurský, SR Prime minister at the time and F. Mikloško (the the SNC Chairman), alleging that: The cited part of the treaty preamble is not consistent with the real course of the Slovak history or the history of the common state of the Czechs and Slovaks and therefore we propose the federal government continue in negotiations with the FRG on leaving out the preamble part mentioned. quot. from Pravda, Sept. 17, 1991, p. 2. They thus confirmed their personal as well as political relationship towards legality and legal existence of the „Slovak state". Ideology prevailed over both international and constitutional law in this statement.

[47] By legalization of the Slovak National Council, issuing the Declaration of the SNC and the SNC Decree No. 1/1944 Zb.nar.SNR on the exercise of legislative, executive and governmental powers in Slovakia on Sept. 1, 1944 the foundations were laid and the genesis began of creation of the Slovak, democratic, anti-fascist statehood. Cf. BEŇA,J.: Vývoj slovenského právneho poriadku. [The Development of the Slovak Legal Order] Banská Bystrica 2001, p. 370.

[48] SNR. IX. Volebné obdobie. Schôdza 12.-15. februára 1991. Stenografická správa o schôdzi SNR. [The Slovak National Council. IX. Election Period. Session of the 12th – 15th of February, 1991. Stenographic Report on the Session of the SNC] Bratislava, febr. 1991, p. 70-74.

as a solution consistent with law, corresponding with their acting in favour of a Nazi expansion hostile towards democracy.[49] Notwithstanding the fact that the Governmental Programme of Košice was unable to deprive them of their citizenship, being a document of political relevance only. The Decree of the President of republic No. 33/1945 did not deprive Carpathian or Sudeten Germans of the CSR state citizenship, nor confirm such deprival as it is alleged in this SNC Declaration. It refers to legal incompatibility of acquiring German citizenship of the Nazi Third Reich after the year 1938, after the iniquitous Treaty of Munich, Vienna Arbitration, slicing of the CSR state territory, after basically an annexation and direct occupation of Bohemia and Moravia and indirect occupation of the Slovak part of the CSR, declaring so-called "Slovak state" with a clerical and fascist regime. Persons of German nationality with Czechoslovak citizenship who, after this German criminal plot against peace, acquired state citizenship of the Third Reich, lost the CSR state citizenship according to the quoted presidential decree.[50] It was not depriving of state citizenship of CSR, but its loss based on such a person' s own act in law. It was not a legal rule based on a collective guilt. It enabled all persons of German nationality to show they had remained faithful to the CSR, never committing an offence against Czech or Slovak nations and either were actively involved in the fight for liberation or suffered under a Nazi or fascist terror. The anti-fascists, victims of Nazism from among persons of German nationality retained their CSR state citizenship. The SRN Declaration on withdrawal of Carpathian Germans, apology for their alleged expulsion is contrary to historical reality, falsifying of history same as apology of Václav Havel of the late 1989 which was a part of so-called dissident straightening up with history. Further reasons for this step taken by the SNC presided over by F. Mikloško might have been the efforts to obtain the German capital (that of Volkswagen in particular) to be invested in Slovakia.[51]

In this policy of exculpation of Carpathian Germans, the SR Prime Minister went far beyond the Havel's apology to the Sudeten Germans from the time before being elected president of the CSFR in 1989, not just an apology of the SNC declaration in February 1991. When negotiating with the Bavarian Government Prime Minister he mentioned the possibility to make a new German - Slovak agreement in order to compensate the Carpathian Germans. The FRG Government countered harshly to this suggestion of the Slovak Prime Minister by declaring that if we do not wish further to recognize the already signed German - Czech -Slovak agreement, no agreement with Slovakia shall be in force.[52] Subsequently, this Mečiar 's initiative has been deemed non-existing. The decisive European politicians thus coped with the Slovak Prime Minister and other politicians who tended to disregard international realities in full.[53] It was necessary to recognize that the Czechoslovak state never ceased to exist since 1918 even with the consequence that the clerical and fascist "Slovak state" never legally existed.[54] The question of the CSFR Federal Assembly deputies whether the post-war handling of Germans in Czechoslovakia was an expulsion was replied by the Great Britain, the Russian Federation as well as the USA that the decisions arrived at Potzdam in 1945 were strictly based on international law. The conference conclusion has been confirmed many times in various multilateral and bilateral relations. The conference accepted that the transfer of German ethnics living in the territory of Czechoslovakia was inevitable. Art. XIII of the Conference Report demands the transfer be carried out in a "co-ordinate and humane manner".[55] Significant and clear, free from a diplomatic language are supplements or the final parts of the stances of the Potzdam Conference Agreement signatories. The USA added: The conclusions of the Potzdam Conference are a historical reality and the USA are sure that no state wishes to question them." The Russian delegation noted: "The Potzdam Agreements realization is

[49] „The rights of former citizens of Czechoslovakia had to be restricted after the end of the Naszi occupation not because they hekd different political attitudes, but because their attitudes were in their overall context hostile towards the entire democracy substance and its values and in effect they presented support to the aggressive war. This restriction applies in the given instances equally to all cases meeting the term stipulated, i.e. the hostile relationship towards the Czechoslovak Republic and its democratic state form, regardless of the the nationality." Quot. acc. to: Nález ÚS ČR publikovaný pod č. 5/1995 Sbírky zákonú České republiky. [The Finding of the Constitutional Court of the Czech Republic, published under no. 5/1995 in the Collection of Laws of the Czech Republic].

[50] Cf. constitutional decree of the President of Republic of Aug. 2, 1945, No. 33/1945 Sb. On regulation of the Czechoslovak state citizenship of persons of German and Hungarian nationality. In particular § 1 and § 2.

[51] Cf. ČARNOGURSKÝ, J.: Videné od Dunaja. (Výber prejavov, článkov a rozhovorov). [Seen from the Danube (The Selection of Speeches, Articles and Interviews] Kalligram Bratislava 1997. Prejav na výročnom stretnutí Karpatonemeckého krajinského spolku. v Karslruhe 2. júna 1991, v ktorom citoval vyhlásenie slovenského parlamentu z februára 1991, [Speech on the Annual Meeting of the Carpathian German Regional Association in Karlsruhe on the 2nd of June 1991, in which he quoted the Proclamation of the SNC from February 1991] p. 183-185.

[52] Cf. KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 137.

[53] The first SR President M. Kováč in his Memories stressed that upon invitation of the Slovak Republic to the celebration of the 50th anniversary of the costal landings of the Western coalition armies in Normandy he realized that „our new republic de facto was recognized as being in historical continuity of an anti-fascist tradition. The SR was thus recognized as a participant of the anti-Hitler coalition. The 50th anniversary of the Slovak National Uprising (SNU) was attended by 5 presidents, delegations from the USA, RF, Ukraine, Belarus, Israel… The celebration of the 50th anniversary of the SNU linked to the D Day thus presented a dignified opening of the celebration of the 50th anniversary of the end of the World War II held in May 1995 in London, Paris and Moscow. And the SR was attending everywhere. The Uprising opened the Slovak path to the post-war democratic Europe." KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 229-230.

[54] My activities in the presidential office were started by a chapter on my travels abroad… Our declared direction to the NATO and the EU, efforts for close cooperation of the V4 countries were accepted with understanding and support, while claiming any affiliation to the wartime „Slovak state" was unambiguously rejected. KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 135.

[55] Stanovisko Spojených států amerických, Velké Británie, Ruské federace a Francie k Postupimské dohodě. In.: Právní aspekty odsunu sudetských Němcu. [The Standpoint of the USA, Great Britain, Russian Federation and France on the Postupim Agreement In.: Legal Aspects of the Resettlement of the Sudeten Germans] Praha. Ústav mezinárodních vztahu [Institute of International Relations] 1996, s.103-104.

a real historical fact and its significance cannot be weakened or revoked by any attempts for an arbitrary interpretation of these agreements, regardless of where they would come from.[56]

The independent Slovak Republic, the international law entity, thus acceded into the system of international relations. Diplomatic negotiations, concrete acts, conflicts of interests, collisions as well as mistakes and flaws arising also from reviving the ideological "legacy of "Ľudáci", the "political" folks of the "Slovak state" bringing into reality the false images of its history, real position of the regime that wished, after the fall of the Soviet socialism, to pretend to have had a position of a pre-communist system as well as to have been an heir of the pre-Uprising Christian, or Catholic Slovakia. These visions and fictions collapsed and it was necessary to take, being also under the influence of advices and stances of the world powers, the path of international position and foreign policy of Slovakia in accordance with the provision of the Art. 1 of the SR Constitution that the SR recognizes and observes all general rules of international law, international treaties and its international obligations.

2.4 Official language, nationalities and relationship to Hungary

Connections, conditionality and dependence of the SR sovereignty, its inner independence, relative power to govern its own conditions independently from any other bodies within and outside its state were manifested - in this period when the SR has not yet given over part of its rights to the European Union - in adopting laws consistent with the Art. 5 Constitution concerning regulation of the official language and use of the languages of national minorities.

As early as in 1994 the Slovak Republic was able to bring about significant achievements in the treatment of its sovereignty: it adopted a framework political document on its accession to the project Partnership for Peace and a respective individual programme late in that year, and became an associated partner of the EU. Part of the association agreement was also an obligation to comply with the rights of minorities. Slovakia manifested its mid-European attitudes by signing the agreement establishing the Visegrad Four.[57]

Bilateral and multilateral acts in law of the Slovak Republic were complementary, even mutually conditioning one another. In order to achieve consent to the admission to the European structures the performance of the obligations was required that were to aid in resolving bilateral relations. Performing the obligations and duties in relation to national minorities belonging to the diplomatic agenda of the Republic of Hungary became a criterion, a parameter used by this neighbouring state when conditioning its consent with the admission of the SR to international organizations. These requirements were sometimes justified, sometimes above standard, often felt in the SR as an interference into its own authority, posing threat to its sovereign rights. As if aside from central authorities of the Republic of Hungary, but with its accepting ex post [58] non-governmental organizations were developing and the conference "Hungary and Hungarians abroad" was held in Summer 1996. It demanded an autonomy, the Hungarian regional act of law be effective in the territory of the Slovak Republic, unusual interpretation of the minorities statuses and posing into opposition the European integration and minorities' policies of the neighbours of Hungary.[59] This situation resulted in failure to hold the planned session of the Slovak and Hungarian prime ministers in order to express that Hungary refrained from interfering into the inner affairs of the neighbouring states, from protectionism towards the citizens of Hungarian minority living in our territory and shall disavow from signing this document as an act contrary to international law.[60] The steps of the SR Prime Minister in 1996 expressed the duties of a prime minister of a sovereign state acting in protection of the Constitution of the SR while demanding the neighbouring state government to respect it, too. An alternative to the approach mentioned was the proposal to build up an European model of the mutual relationships in Central Europe.

Enforcement of a special model of relationships of the Republic of Hungary towards the neighbouring states, in which Hungarian minorities lived, continued. In relation to the requirements posed, the SR was governed by its basic law, the Head of the Constitution on the rights of national minorities and ethnic groups. The laws adopted consistent with the Constitution in relation to these issues were interpreted by the Constitutional Court of the SR.

In the years 1995-1999 the core of the problems of Hungarian - Slovak relations manifested in language issues. The Framework Convention for the Protection of National Minorities was ratified by the NC SR on June 21, 1995. Five months later the Slovak parliament adopted the Official Language Act (No. 270/1995 Z.z.) It was based on the provisions of the Constitution of the SR, performing, specifying and applying them by defining the position of the Slovak language in official com-

[56] Ibid. p. 223, 224.

[57] The Prime Minister V. Mečiar's address to the NC SR session on March 11, 1994. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R-Press. Bratislava 1998, p. 70

[58] Conference paper „Hungary and Hungarians abroad" as not really a binding document signed by the MR Minister of Foreign Affairs and the Chief of the Staff. The final document of this Hungarian - Hungarian summit was designated by the Prime Minister G. Horn as a document containing nothing that would divert from the foreign policy of Hungary, being in compliance with the government programme, European rules and Slovak - Hungarian basic treaty." According to the text of the interview with the SR Prime Minister. Slovenský rozhlas. Aug. 16, 1996. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R-Press. Bratislava 1998, p. 87.

[59] It should be said overtly that in my opinion some notions of some not quite correct statements of some Hungarian Government representatives are mixed up. The constitution of the Republic of Hungary is effective in the territory of their state in the first place. There is nothing like a double-constitutional situation under which part of the citizens of the surrounding states should be subject to the obligations arising for the government from the Constitution of the HR. Similarly, the situation in looking at minorities is not good, either. The SR has very good guarantees of existence and survival of minorities, but a foreign state government cannot act as a patron on behalf of minorities that have their own government in Slovakia." Ibid., p. 97.

[60] Ibid., p. 97-98.

munications, in education, media, economy, services, etc. The purpose of this Act was both to secure the use of the Slovak language as a means of communication and to provide the same conditions to prove one's worth for all citizens of the SR regardless of the nationality in the entire territory of the Slovak Republic.[61] The collision might have arisen from its ideas and political version of so-called "Matica Slovenská Bill on the Slovak Language, 1990". According to this proposal, which, however, never became law, nor a Bill, the Slovak language was supposed to become "the only official and state language" in Slovakia, and an exclusive language, where the use of national minorities' languages was not presumed or allowed in official communications, not even in municipalities where over 20% of inhabitants of a national minority permanently resided (as stipulated by so-called Treaty of St. Germain 1919). The Official Languages Act neither revoked not restricted or otherwise interfered with the language rights of national and ethnic minorities in Slovakia. Rights of national minorities were embedded in the Constitution of the SR[62] as well as in twenty acts of law and their institutional guarantees were the courts of the SR and the respective proceedings. From the view of the Slovak nation the Slovak language - just like the state territory, citizenship, international representation, national anthem, state flag - was deemed one of the attributes of the sovereignty of the nation and of the state in its entire territory. The members of national minorities, the SR citizens, were entitled to and the state was bound to enable them to command the official language of the state. The provisions involving the use of the Slovak language as a means of communication in the territory of the SR were a part and a consequence arising from the sovereignty principle of the SR and applying the Constitution of the SR, its Article 6[63]. The use of the languages other than the official language in official communication in the time of adopting the Act No. 270/1995 Z.z. was regulated in the SR law in effect concerning court proceedings, the press, radio and television, primary and secondary schools, and in the act on denoting municipalities in national minorities ' languages.[64]

Adoption of the Language Act was strongly criticized by the Hungarian government leading to problems with ratification of the basic agreement with the Republic of Hungary.[65] Reciprocally, the Slovak National Party, then a government coalition party conditioned completion of this agreement ratification by adopting an act for protection of the republic.[66] Another element of this Hungarian criticism was the expressed possibility not to support, but to question, the accession of the SR to the international structures by the Republic of Hungary. Thirdly, there was an initiation of international control or international jurisdiction and legislation to monitor, find out and rule on any infringement of human and civil rights, including the breach of these international standards in the Language Act of the SR.[67] The SR government, the parliament majority insisted that the domestic legislation on the use of national minorities' and ethnic groups' languages is of a high quality and over standards in respect to the European level.[68]

After the resolution of the EU Parliament on Slovakia demanding strengthening of human and minority rights (Oct. 20, 1997) the SR government announced it did not deem it necessary to adopt a special legislation embedding the possibility to use national minorities' languages in an official communication as there were 26 legal rules in effect in the SR regulating these problems.[69]

The Constitutional Court of the SR in its finding (Pl. ÚS 4(97) expressed a number of legal opinions important for interpretation and application of the Art. 34, par. 2. in relation to the hearing involving the application of the group of 33 members of the NC SR who disputed a discord of some provisions in the Act No. 270/1995 Z. z. on official language with the SR Constitution. According to the text of the Constitutional Court finding adopted by the CC in its plenary session on Aug. 26, 1997,[70] we can conclude that the applicants claimed the fol-

[61] „…I only want to say that the language act stipulates the rules of the use of Slovak language as a language of communication for all citizens of this state, it does not regulate use of languages of minorities… Rules for the use of the Slovak language strive to carry out its protection, culture, functioning of all state institutions and communication in the language in the entire territory of the state for every citizen in the same way." SR Prime Minister. Slovenský rozhlas. [Slovak Radio] 20. nov. 1995. In.: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R-Press. Bratislava 1998, p. 88.

[62] Constitution of the SR. Head II. Basic rights and freedoms. Part IV. Rights of national minorities and ethnic groups. Art. 33, 34.

[63] „Art. 6 (1) Official language in the territory of the Slovak Republic is the Slovak language." (2) Use of other languages that the official one shall be stipulated by law." in

[64] Cf. ČIČ, M.: Komentár k Ústave Slovenskej republiky. [The Commentary of the Constitution of the Slovak Republic] Martin, 1997, p. 62-63.

[65] An official act of exchange of ratification documents the Agreement on Good Neighbourhood and Friendly Cooperation between SR and HR occurred in Budapest on May 15, 1996. The agreement thus become effective. Subject to exchange were only the ratified texts of the basic treaty, not unilateral supplements of the Slovak Party, adopted in the NC SR. These supplement excluded territorial autonomy of national minorities, although the treaty text referred to the Recommendation of the CE No. 1201 which explicitly state such a possibility. KRONIKA SLOVENSKA [The Chronicle of Slovakia] 2. Bratislava 2001, p. 556.

[66] On March 26, 1996, the NC SR MPs passed the governmental proposal of an amendment to the criminal code which, among others, contained also provisions for protection of the republic. According to the parliament Chairman this act was „to aid to get the people who breakup the republic where they belong". President refused to sign this bill, vetoing it as apparently unconstitutional. Only 66 MPs voted for the returned bill, thus it failed. KRONIKA SLOVENSKA [The Chronicle of Slovakia] 2. Bratislava 2001. p. 555. KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 307.

[67] cf. Prime Minister V. Mečiar 's replies in a meeting with entrepreneurs in Rotterdam. Rotterdam, May 15, 1997. In: MEČIAR, V.: Slovensko, dôveruj si! [Slovakia, be confident!] R - Press. Bratislava 1998, p. 154.

[68] SR Prime Minister! „We are approaching the adoption of the charter of minorities'rights and will be dealing with the necessity of codification if the contemporary state proves to be insufficient. Therefore doubts on the government's intentions in this respect are useless…" Slovenský rozhlas [Slovak Radio] 20. nov. 1995.

[69] KRONIKA SLOVENSKA [The Chronicle of Slovakia] 2. Bratislava 2001, p. 563.

[70] Publ. as PL. ÚS 8/96. Nález z 26. aug. 1997. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej repiubliky [The Finding from the 26th of August, 1997. The Collection of Findings and Rulings of the Constitutional Court of the Slovak Republic] 1997, p. 228-240.

lowing: a) to obtain a position of minority language (i.e. Hungarian language) equal to that of the official language in the SR, or denoting it a second official language, i.e. to have two official languages in the SR; b) to enact equality of languages (Slovak and Hungarian) in official communication; to legalize dealings in the NC SR as an official communication and thus to legalize the right to use national minority language there.[71]

Consistent with some legally relevant summarizing conclusions called statements of law the Constitutional Court of the SR ruled as follows: a) no international convention stipulates the obligation of an equal position of all languages used in a given state or an obligation to stipulate only one (or several) languages as an official language; neither the Constitution of the SR nor any other rules of law in the SR stipulate equality of languages in official communication. General principle of equality expresses equality of all people in dignity and rights regardless of any national majorities or minorities or ethnic groups living in the territory of the SR; c) right of the members of national minorities or ethnic groups to use their language in official communication is a specific right (an expression of a positive discrimination on the part of the state) balancing the handicap arising from the fact that they do not belong to the national majority of the state population; d) legislation on the extent and degree of language or other rights of the members of national minorities must be regulated in such a manner as to prevent an ungrounded discrimination and adverse treatment of other inhabitants in the state; e) according to the respective provisions of the SR Constitution dealings in the NC SR cannot be deemed an official communication as such official communication in dealings of the NC SR and its bodies lacks the other subject of this communication - the citizen.[72]

The finding of the SR Constitutional Court thus specified the sovereignty of the Slovak Republic in respect to the status of the Slovak language as an official language in the SR territory. Adoption and content of this act of law was consistent with the SR Constitution and international conventions on minority rights. The allegation of the SR government (Prime Minister V. Mečiar) insisting that the legislation on the use of national minorities' languages was adequate, being resolved in several acts of law and that a general law was not necessary, was subject to considerable pressure by national minorities as well as by the international community.[73]

The new government coalition after the 1998 elections included in its governmental programme also the wording that Slovakia was a "multi-national and multi-ethnic" community. It also prepared an outline of the bill on use of national minorities' languages. The proposal was enforced by the Vice-Prime Minister, the representative of the Hungarian Coalition Party (HCP), Pál Csáky. Assessing this bill proved to be a confrontation of Hungarian political streams within the SR supported by the government of another state (the Republic of Hungary) and the Slovak political streams (both in government and in opposition) on a fundamental issue of the sovereignty of the SR, the official language of the state as an attribute of the state sovereignty as well as the rule and use of national minorities' languages in official communication deemed as a special right balancing the handicap of the national minority membership but not leading to an adverse treatment of other inhabitants in the state. According to this proposal the position of the Hungarian nationality, the legal status of their language was to go beyond the status of a national minority up to the level of a language almost equal to the Slovak language. The dispute was only resolved after consulting the bill with the authorities of the EU and the Council of Europe. The NC SR adopted the minorities languages act as the Act No. 184/1999 Z. z. on use of the languages of national minorities, however, the HCP did not vote for it.

It brought stability into mutual relations of the Slovak language as an official language and national minorities' languages, the Hungarian language and its use in official communication in particular. It was modified by the Act No. 204/2001 Z.z. effective from July 1, 2011, which listed altogether nine languages of minorities and established a new limit of their use to 15 % of the inhabitants of a given minority permanently residing in a given municipality.

The provision of the Art. 6 par. 2 SR Constitution on the use of the languages other than the official language in official communication to be set by law passed its test in the political development between 1993-2012. At the same time it was a provision that was subject to political and constitutional struggles. The result obtained refused the trends active in a part of the Slovak society according to which the Slovak Republic was to be a state of two nations, or a multi-ethnic state. There was a inclination prevailing there to declare and enforce the concept that deeming the SR a nation- state of the Slovak nation was obsolete, responding to the situation in the 19th century. This political pressure attempting to be manifested in legislation was extremely strong and impliedly incompatible with the provisions of the Constitution of the Slovak Republic.

The Slovak Republic confirmed in it its position in concordance with the preamble, that it is a state of the Slovak nation and a state of members of national minorities and ethnic groups at the same time that make up its personal substance in this constitutional and legal position, being citizens of the Slovak Republic. It also secured the basic rights of the minorities' members be real rights. The inner Slovak political streams had to seek an ostensibly acceptable legislative solution as they did not retain the earlier state of legislation. The new coalition, although not based on its own authority, but after consultations with the European bodies resisted the pressure of both Hungarian efforts at home and from the abroad - the Republic of Hungary, striving for the change of their status from a nationality to a nation and

[71] DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky. Komentár. [The Constitution of the Slovak Republic. Commentary] Heuréka. Bratislava 2012. p. 629-646-

[72] PRÁVNE VETY v rozhodovacej činnosti Ústavného súdu SR. (1993-2000). [Legal Sentences in the Judiciary Acts of the Constitutional Court of the Slovak Republic] p. 62-63.

[73] CF. „O čo išlo pri jazykovom zákone". [What Was the Problem Regarding the Language Law] KRONIKA SLOVENSKA [The Chronicle of Slovakia] 2. Bratislava 2001, p. 579.

thus to achieve the position of Hungarian language as an official language to a large extent, equal to the official language.

The election programme of the HCP of 2002 indirectly involved the issues of the state territory, its agricultural basis, i.e. the land, presuming and stating the application of the principle "revocal of the consequences of discrimination based on the principle of collective guilt", i.e. the provisions of so-called Beneš decrees, the decrees on farming land and property confiscation of that time. As a result of this discrimination arising from the presidential decrees in question the issue of so-called unknown owners to be settled by 2006 was denoted. Legislative expression to resolve these issues was the Act No. 503/2003 Z. z. on land ownership restitution. This act was initiated by the Minister of Agriculture Z. Simon, a nominee of the HCP. Under this Act the land of the unknown owners was passed into the ownership of municipalities in the land registry territory of their location within one year since the day of their acquiring into the state ownership and were to be entered into the land registry. The municipality, however, was to acquire them into a restricted disposition ownership, and temporarily only. Within ten years since this act became effective it could not transfer it into an ownership of another nor create an easement to them, and failure to do so was to be sanctioned by rendering the respective act void. The disputes related to this power of municipalities were raised by the fact that these were extensive farming lands in the municipalities with Hungarian minorities prevailing. They became and remained the state property as the residuals of the confiscated large land estates, especially those originally belonging to the Hungarian aristocracy, that were not distributed and assigned to the settlers, attaches or fiduciaries following the year 1945. There were worries that such properties would be treated unfavourably in respect to the Slovak Republic. The issue was resolved by the Constitutional Court SR by its finding PL. ÚS 11/05, in particular by the statement that the provision disputed (§ 15) Act No. 180/1995 Z. z. as later amended were not in compliance with the provisions of the SR Constitution, the legal principle of a legally consistent state and the provisions on an expropriation or limitation of ownership rights, which, if not changed by the legislator within six months, become void. The land of so-called unknown owners cannot be "nationalized" as a whole. Further, ownership to this land could extinguish also by deserting the land by the owner, however, such an issue must be resolved through the respective administrative action.

The requirement of an apology of the Slovak Republic to the persons of Hungarian nationality and of a compensation of the damage for the property confiscated in consistency with the presidential decrees in 1945 became a priority programme of the HCP between 2008-2010 when in opposition (after being the part of the government in office in the years 1998-2002 and 2002-2006).

On Sept. 7, 2007, HCP submitted the proposal for the Slovak - Hungarian historical reconciliation. It was supposed to have the form of a common Slovak and Hungarian declaration expressing the regret over so-called neuralgic moments of the common history of both nations.[74] An issue, so far not reflected in the public, so-called "abduction" of the citizens of Hungarian nationality to Hungary and Bohemia in 1946 was emphasized here. After re-qualifying the removal of Germans from Czechoslovakia to "expulsion" the exchange of inhabitants according to the international agreement between Hungary and Czechoslovakia of 1946 and the assignment of persons not only of Hungarian, but also of Slovak nationality to the Czech border regions from which Germans were removed, in the framework of a general duty of labour was qualified by HCP not as a "displacement" any more, but by an absolutely new term with the terrifying content, as an "abduction". The Czechoslovak authorities were then forced by the Hungarian government of the time to take this course as the Hungarian government refused to accept the exchange of population and even refused to receive their own citizens from Slovakia who acquired this citizenship in 1939 and the following years, carried out international attempts and steps (in the late 1946 and early 1947) to change the state borders and through the means of propaganda it manipulated with the persons of Hungarian nationality against vital interests of the CSR.[75] The Hungarian government overtly called the persons of Hungarian nationality living in the Slovak territory of CSR to refuse to observe official decisions on their assignment to the works in the Czech border regions arguing that the state border will soon be changed in favour of Hungary.[76] The threat of territorial revision and

[74] According to the proposal of the HCP *Hungarian parliament* should express its regret over the policies of Hungarian (Magyar) governments from the break of 19th and 20th centuries which *infringed* minority rights, over the shameful steps of Hungarian government after 1938 and the *entry* of the forces of the Hungarian people' s army to the territory of former Czechoslovakia in 1968. The *National Council of the SR* should, according to the proposal of the HCP *express regret* over *infringement of the rights* of the citizens of Hungarian nationality after 1918 and over *abduction* of the citizens of Hungarian nationality to Hungary and Bohemia in 1945 - 48 and over *applying the principle of collective quilt* to them. In the further points both parliaments should, according to the HCP, express views on the negative moments of *a forced exchange of population* after the World War II and to express desire for the future to follow the positive European examples and processes in the policies of nationalities. The Proposal of Common Declaration of the Hungarian and Slovak Parliaments. Quo. acc. to SITA Sept. 7, 2007. According to the proposal of the HCP the Declaration was to be passed on May 82008 (The Europe Day).

[75] „What Horthy demanded and partially obtained through aggression and annexing, also Gyongosi (Hungarian Foreign Minister in 1945-47) achieved correctly and legally internationally... In mid-November 1945, even prior to the negotiations of foreign affairs ministers Hungarian government demanded the representatives of three allied powers in Budapest by a special note to place Slovak territories with Hungarian population under international control. It deemed these territories disputable, or even Hungarian." BEŇA, J.: Odsun a vyhostenie štátnych občanov Maďarska z Československa ako dohoda o výmene obyvateľov z roku 1946. [Resettlement and Expulsion of State Citizens of Hungary from Czechoslovakia as the Agreement on the Population Exchange from 1946] In: Právněhistorické studie [Legal-History Studies] 42, s.18. Charles University in Prag. Publishing House Karolinum 2012.

[76] Cf. BEŇA, J.: Slovensko a Benešove dekréty. [Slovakia and Beneš Decrees] Beliana. Bratislava 2002, p. 92. BEŇA, J.: Dekréty prezidenta republiky a nariadenia SNR – denacifikácia ČSR a ustanovenie demokratického Slovenska. [The Decrees of the President of the Republic and the Statutes of the SNC – denazification of the Czechoslovak Republic and the Establishment of the Democratic Slovakia] In: Pamäť Národa. Volume IV, 1/2008, p. 26

irredentism the subject of which was the Hungarian minority manipulated by the Hungarian government were the regrettable facts from the relationship of Hungary towards Slovakia that really deserve an apology[77] and granting guarantees that they will not be occurring again. The proposal of the HCP of 2007 for a mutual apology was in its content historically mistaken, falsifying the history of Hungarian - Slovak relations and unacceptable for the Slovak Republic.

The long-lasting handling of the Beneš decrees by the Hungarian government culminating in 2002 when the Prime Minister Orbán in his speech to the European Parliament conditioned the accession of the SR to the EU by revocal of these decrees[78] and the attitudes of the HCP in the Slovak legislative body in general resulted in adoption of the Resolution of the NC SR (Sept. 20, 2007 on untouchability of the post-war documents settling the situation in Slovakia following the war, rejected the "attempts to question and review the acts of law, decrees, agreements and other post-war decisions of the Slovak and Czechoslovak authorities that would result in the change of property ownership and legal situation after the war.[79] It was a significant act in law binding for the NC SR only in the sense that nobody, no party and no person could include into his/her/its programme, no member of parliament or a group of MPs could submit the issues of post-war legislation to the NC SR dealings. Along with the adoption of the basic treaty between the SR and HR guaranteeing the existing state borders, the act on official language and the act on use of national minorities' languages, the principles, articles and provisions of the SR Constitution were confirmed. It should be noted that the Czech Republic adopted similar Parliament resolution in reaction to the attacks against the established post-war legislation as early as in 2002 (i.e. five years before the resolution adopted by the NC SR) addressed to some political streams in the unified Germany in particular.

The issue of personal substrate, i.e. of persons who are citizens of the SR and who, according to the legislation in Hungary, could and should have a legally institutionalized relationship to this state was opened several times ever since. In 2001 it happened through the act of law adopted by Hungarian parliament on Hungarians living in neighbouring states. According to the § 1 of this act the Hungarians abroad, i.e. also those living in the Slovak Republic were not a standard national minority of their domestic states as they were forced to became a minority. Another intervention into the sovereignty of the states neighbouring with Hungary was the provision that the act deems the entire territory of the so-called Carpathian Basin a territory being under its effect and operation and the area of sovereignty of the Hungarian state. Thus the Hungarian act of law claimed exterritorial competence, effect and operation in the territory of Slovakia, too. It did not recognize sovereignty, state borders and citizenship of another state. It disrespected the territoriality principle trying to enforce the principle of personality in the competence of law, i.e. that Hungarian acts of law relate to all Hungarian nationality persons regardless of which state territory they permanently reside in, regardless of their citizenship.[80]

It was already the M. Dzurinda government that responded negatively to the policy of Hungary (2005, 2006), in particular to its attempts to extend territorial competence of Hungarian so-called regional act of law to the territory of Slovakia. In 2010, also the government of R. Fico responded promptly and very decisively to the adoption of the Hungarian act of law on the possibility for other persons of Hungarian nationality living in neighbouring states to acquire Hungarian citizenship, if they have Hungarian roots or are of Hungarian nationality. It applied the provision of Art. 5. par. 1 SR Constitution according to which "acquiring and loss of citizenship of the Slovak Republic shall be set by law." Under the Act No. 250/2010 Z. z. adopted in April 2010 acquiring citizenship of another state shall constitute loss of the citizenship of the Slovak Republic."[81] It has been a solution consistent with prevailing opinions in international law which excludes double citizenship.

[77] According to the memories of President Kováč after meeting the new Hungarian Prime Minister G. Horn on Aug. 8, 1994 in Bratislava the Hungarian speaker „improved" Horn's position in the meeting by alleging that, on the contrary,(saying that the Hungarian Prime Minister did not apologise for all wrongs towards the minorities living in Hungary in the past) the Hunharian Prime Minister noted it would be very suitable and posed an impulse to mutual relations if the Slovak government apologised to Hungarian minority for the wrongs caused by Beneš decrees. We decided not to react to this words in order not to raise an unnecessary and undesired dispute. I realized two things: the efforts of Horn's government to improve our mutual relations would be resisted in Hungary and that the Hungarian society is not prepared to apologise to Slovakia for the wrongs of the past." KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 227.

[78] Interview for Kossuth Radio Febr. 24, 2002. Taken over acc. to Magyar Nemzet: the dialogue with state secretary on Foreign Affairs Minister of the HR. V. Orbán unequivocally said that Beneš decrees cannot become part of EU law of the 21. century. He thus expressed his hope that these states in the accession process to the EU will find way how to revoke them. Prime Minister said also that he does not wish to raise this issue in bilateral relations as the HCP in Slovakia agreed with their coalition partners not to raise this question to be debated during the existence of their coalition programme. They shall not give up their attitude, although they refrain from raising it at present.

[79] Národná rada SR. IV. volebné obdobie. Číslo 1483/2007. Uznesenie č. 333 [The National Council of the Slovak Republic. IV. Election Period. No. 1483/2007. Decision no. 333]

[80] The purpose of this act was to realize so-called national integration programme under which also Hungarians living in borderland (i.e. Hungarians placed out of the territory of former Hungary after Trianon) should be assigned to the Hungarian state. The national integration process should only be completed when every Hungarian living in Carpathian Basin shall receive citizenship of Hungary and the right to vote. It was a programme of institutionalized political community of all Hungarians. These were the developed theses of the Prime Minister J. Antall declaring that he was a Prime Minister of 15 million of Hungarians. V. Orbán crossed this Rubicon. The entire national policy of Hungary involved institutionalizing of the entire 15 million political community of all Hungarians. The idea to re-integrate Hungarians came concurrently with the effort to integrate into the community of European nations. It was one variant of reviving the concept of Great Hungary. The other variant was a dilemma: a card of a Hungarian living abroad, or a border revision? Now, you can still make your choice. Cf.

[81] The new regulation came into effect on July 17, 2010. The amended Act No.40/1993 Z. z. on citizenship embedded the loss of citizenship ex lege as a consequence of acquiring foreign citizenship based on express and voluntary manifestation of will of the person who has acquired this citizenship.

States may resolve the possibility of double citizenship of their citizens in their mutual international agreement. Such solution was proposed to the Prime Minister Orbán by our Prime Minister Radičová in January 2011. The Republic of Hungary has not so far responded adequately to the proposals how to resolve the double citizenship issue.

The development of Hungarian legislation on the regional legislation issues, then the act on double citizenship and the subsequent autonomy programme[82] based on nationality principle in the neighbouring states with Hungarian minority and also the doctrine included into the state policy denoting the Peace Treaty of Trianon as unjust, a harm or a national tragedy, poses the Slovak Republic into the position to insist, strengthen and enforce, consistent with the SR Constitution, the provisions that the territory of the Slovak Republic is uniform and indivisible. The state borders, citizenship, competence of the SR authorities in its entire territory in relation to its citizens and the inhabitants in this territory, these are constants and axioms of the Slovak national statehood.

3. The Slovak republic and integration processes in Europe

The third period of the SR Constitution in force and in effect is the era of its accession to the European Union, its admission since May 2004. Upon the day of signing the framework political document on accession of the SR to the project Partnership for Peace (Jan. 24, 1994) the SR started, similarly like by signing the EU accession treaty, its long and complicated way to the admission into these structures. Both were mutually interconnected.

The complexity, collisions and confronting in this situation concentrates on the era of the years 1994-1998, i.e. into the period of V. Mečiar coalition government (MDS, SNP, AWS). They were reflected in the attitudes of the EU, European Council and the European Parliament.

3.1 Joining the North Atlantic Treaty Organization

On January 13, 1996, the international treaty NATO - SOFA and the states participating in the organization Partnership for Peace became effective for Slovakia.[83] This in fact opened the preliminary proceedings containing performance of the terms and obligations necessary to apply for joining the NATO. In 1997 Slovakia and some European states contemplated about resolving strategic questions of the NATO extension so that they would lead to the cooperation of the East - the West, or rather not to lead to a new polarization in the European relations, creation of new influence zones, competing and confronting blocks. In 1993 and indeed by 1997 the Western Europe was reluctant in accepting the efforts of the post-communist states to join the NATO with regard to the negative attitude of Russia. It was only in 1997 when the international political (not legal) document between the RF and the USA was signed, the core of which was that the states do not deem each other an adversary, but a partner, and their goal is to develop a strong, steady and permanent friendship. The act "confirmed again their determination to provide concrete basis of the common duty of Russia and the NATO to build up a stable, peaceful and undivided Europe, integral and free, for the benefit of all its nations."[84]

In the same year, during the NATO summit in Madrid, Poland, Hungary and the Czech Republic were invited to the alliance. Slovakia was not, although performing economic and military terms and criteria, but not political ones. Most frequently cited diplomatic disqualification was that of the Prime Minister Mečiar, saying: "If we are not wanted in the West, we shall turn to the East."[85] Within the historical conscience a complicated question echoed: Where does Slovakia culturally belong indeed?[86] Such thoughts also supported the proposals to obtain neutrality of Slovakia.[87] President M. Kováč emphasized as early as in 1994, that "Slovakia endeavours to identify with the West, as our basic cultural consciousness and fundaments are directed there..."[88]

---

[82] Hungarian political parties demanded also creation of „Hungarian province" spreading from Bratislava to the Eastern Slovakia to Ukraine borders. This requirement was not supported by the approved by OSCE High Commissioner for national minorities Max van den Stoel who visited Slovakia several times. At that time an expert group OSCE watched the position and problems resolving of national minorities in Slovakia, Hungary, Rumania and the states of former Yugoslavia and it noted that the proposal for establishing a Hungarian province in the territory of the SR „cannot be carried out". KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 150-151.

[83] ČURDA, J, ZATLKAJ, P.: Cesta Slovenska do NATO (Niektoré aspekty integračného úsilia Slovenska v rokoch 1993 – 2002). [Slovak Road to the NATO (Some Aspects of the Integration Effort of Slovakia in years 1993-2000] Veda. Publishing House SAV. Bratislava 2003, p. 35.

[84] Founding Act on Mutual Relations, Cooperation and Security between NATO and Russia (27th of May, 1997) Cf.: Veselý, Z.: Dějiny mezinárodních vztahu. [History of International Relations] A. Čenek, s r.o., /Plzeň 2007, p. 569.

[85] Quated acc. to KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 216.

[86] In the preamble to the „Declaration" of the Constitution of the CSR 1948 (The May 9 Constitution), Bazyntine mission in the following wording: „The Czech and Slovak jointly accepted from the East the supreme creation of the education of the time - Christianity... (const. act No. 150/1948 Zb._ The Preamble of the SR Constitution contains the provision: „We, the Slovak People... mindful of the spiritual bequest of Cyril and Methodius and the historical legacy of Great Moravia..."(No. 460/1992 Zb.) „Was it and is it an ideological interpretation of our history of the time? Do we belong to the civilization span of the West or the East, but we are, according to V. Mináč, placed in a draught between the East and the West?

[87] Honourable Chairman of the SNC, answering to the question of the daily Slovenská republika whether he supports joining the NATO by the SR said that the alliance membership will be decided by strategic interests of the particular NATO members and a „uni-sided orientation in any direction cannot bring Slovakia an enhanced security." The Association of the Workers of Slovakia (AWS) Chairman J. Ľupták repeated his belief that Slovakia should stick to neutrality, what is supported by citizens, too, as „we are a peace-loving nation". Only on March 18, 1997 the NC SR adopted the resolution proposed by the opposition MP E. Kukan recommending the Slovak citizens to respond positively to the referendum question „Are you in favour of joining the NATO by the SR?" 136 MPs voted for this resolution, 13 were against and 42 abstained, mainly from among the coalition in office." KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 344.

[88] KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 198.

The political situation within the country was rather complex, too, marked by a harsh political struggle between the coalition in office headed by the MDS, and the opposition, represented especially by the parties CDP, Democratic Union (DU), supported by the president of the SR M. Kováč, who in his constitutional position was its central figure. Inner political situation of Slovakia was manifested outwards negatively as of a state in disruption and lacking democracy. The public opinion was also split. In February 1997, the NR SR approved three questions for the referendum on Accession of the SR into the NATO and on placing nuclear weapons and military bases in the territory of the SR. However, the referendum on the questions mentioned and supplemented by the president's fourth question on direct election of president by the SR citizens that was called on May 23, 1997, was frustrated. The will of the citizens on joining the NATO could not thus be ascertained. On the contrary, the referendum questions on joining the NATO were not up-to-date and in relation to the questions on placing nuclear weapons in the SR territory did not raise any trust of citizens to join the NATO, or the NATO countries to such referendum in a post-communist state. Frustration of the referendum directly by the Minister of Home Affairs, the antagonism of the Prime Minister and the entire government and the SR President, supported by the opposition provided a picture of an immature society, unable to adopt a democratic solution. On May 19, 1997, the head of the SNP J. Slota handed over to the US Ambassador the letter demanding from the USA a guarantee of neutrality for Slovakia[89].

The inner situation and international assessment of the terms in the SR cumulated early in July 1997. Five opposition parties formed a common coalition called the Slovak Democratic Coalition (SDC) with other two supporting political parties. Antagonism of the Slovak opposition with the governmental coalition resulted in failure to negotiate on resolving the tensions in the state.

The NATO summit in Madrid (1997) invited only three central European states to become the alliance members[90] - Slovakia was not invited. The reason was, as stated by the NATO member states, an immaturity of democratic institutions in the country, reportedly wrong treatment of the minorities, the exclusion of the MP Gaulider from parliament, the denial to admit opposition into the control bodies of secret services, including the relationship of the SR Presidents and the Prime Minister.[91] The fact that Slovakia was not included into the NATO members was eventually presented as postponing its admission or not-inviting it to join the NATO in the first group.

In the second half of 1998 after parliamentary elections and the rise of a new government coalition the political situation and its assessment in the world changed. In March 1999, the Slovak government agreed to the overflight of the Alliance aircrafts over the territory of Slovakia in relation to an armed intervention against the Federal Republic of Yugoslavia and a transit of technologies and ground forces of the NATO through the territory of the SR (March - April 1999). In October and November 1998 a reform in the department of defence was launched and three years later (2001) the Military Strategy of the SR was adopted with the goal to join the Alliance. The coalition government headed by M. Dzurinda decided to increase considerably the activities towards the North Atlantic structures with the goal to be admitted the NATO and the EU.[92] The amendment to the SR Constitution in 2001 and the related legislation changes enabled the introduction of a more flexible adoption process in security and military spheres by delegating parts of the powers of the NC SR on the Government of the SR.[93] The prime task of the legislative process completing in this sphere as well as of legislation concerning the host country support of the presence of foreign armed forces in the SR territory was an adoption of the constitutional act on security of the state, acts on defence, armed forces, military duty. They all came into effect as expected, on July 1, 2002.[94]

[89] Cf.: Tri otázky do referenda (14. 2. 1997); Zmarené referendum (23. 5. 1997); [Three Referendum Questions (14. 12. 1997); Thwarted Referendum (23. 5. 1997)] In: KRONIKA SLOVENSKA [The Chronicle of Slovakia] 2. Bratislava, 2001, p. 560, 562.

[90] According to M. Kováč, the SR President, the excluding of the SR from the integration process for non-democratic political environment in Slovakia was expressed and confirmed by the House of Representatives of the US Congress. On July 23, 1996 it passed the law that was to speed up the NATO expansion and released financial aid in the amount of 60 million dollars - but for the Czech Republic, Hungary and Poland. Slovakia was not mentioned in this bill." KOVÁČ, M.: Pamäti. [Memoirs] op. cit., p. 320.

[91] Reasons for non-inviting the SR to join the NATO were presented by the US Ambassador R. Johnson. He emphasized that he could not notice anything proving unambiguously that the investigation of events with definitely political background is seriously proceeded. e.g the abduction of the President's son. Another democracy shortcoming was in his view non-adoption of the act on the use of minorities languages. Affiliation to a political party has become a widely applied requirement for civil service. He emphasized that non-invitation of the SR is not a result of conspiracy and secret agreements. „The fact that Slovakia was not able to secure the NATO membership is a result of political decisions made not in Washington or Brussels, but in Bratislava." ČURDA, J., ZATLKAJ, P.: Cesta Slovenska do NATO, [Slovak Road to the NATO] op. cit. p. 58.
„Vznikla nová koalícia" (3. 7. 1997). „Načo sú okrúhle stoly?" (4. 7. 1997). "V Madride sme obišli naprázdno" (7. 7. 1997, 8. 7. 1997). ["New Coalition Established" (3. 7. 1997). "Reasons for Round Tables?" (4. 7. 1997). "In Madrid We Left Empty Handed (7. 7. 1997, 8. 7. 1997)] KRONIKA SLOVENSKA [The Chronicle of Slovakia] 2. Bratislava 2001, p. 563, 564

[92] Štyri piliere programu (Program vlády M. Dzurindu. Predložený do NRSR dňa 19. nov. 1998) [Four Pillars of the Programme (The Programme of the M. Dzurinda Government, submitted to the NC of SR on the 19th of November, 1998] KRONIKA SLOVENSKA [The Chronicle of Slovakia] 2. Bratislava 2001, p. 574.

[93] The pre-requisites were prepared for the government to decide: on sending military forces out from the territory of Slovakia, in case of performing the obligations arising from international treaties of common defence against attack for the time no longer than 60 days; such decision should be communicated to the NC SR without delay (longer mission had to be decided by the parliament); b) on sending the military forces out of the territory of the SR for the purposes of humanitarian aid, military exercise or peace observation missions, on the consent to the presence of foreign forces in the territory of Slovakia for humanitarian aid purposes, military exercises or peace observation missions, on consent to crossing the territory of the SR by foreign armed forces. ČURDA, J., ZATLKAJ, P.: Cesta Slovenska do NATO, [Slovak Road to the NATO] op. cit. p. 85.

[94] The NC SR approved the governmental constitutional bill „On the security of the state in the time of war, the state of war, state of emergency and state of distress", on May 16, 2002 it approved the amendment to the Act on military service and on May 23, 2002 the bill „On defence" and the bill on „Armed forces of the Slovak Republic". ČURDA, J., ZATLKAJ, P.: Cesta Slovenska do NATO, [Slovak Road to the NATO] op. cit. p. 138.

After the election to the NC SR in 2002 the House of Representative of the US Congress passed the resolution expressing support of the SR to join the NATO while appreciating the progress achieved by the SR in the sphere of democratic reforms. More favourable terms for the SR integration into the NATO were given also by a more conciliatory attitude of the Russian Federation, unable to develop an efficient pressure to stop expansion of the NATO.[95] In the course of the year 2002 the Board of the Russian Federation and the NATO was created as a common coordination body. This was the substantial change of the situation enabling to arrive at conclusions that the fact that the SR was joining the Alliance was not aimed against the RF and thus no complications in their mutual relations occurred.[96]

The invitation of the SR to join the NATO was presented to the SR during the Prague Summit (Nov. 21-22, 2002). On April 10, 2003, the NC SR approved the accession of the SR to the North Atlantic Treaty.[97] Five days later, President R. Schuster signed the protocol on the accession. Therefore, the constitutional and legal steps of the SR were completed and the relevant act in law of the SR was carried out constituting the application for admission to the North Atlantic Alliance. The SR thus gave its application a relevant legal form and legal level of a deed on accession of the SR to the NATO. Legally relevant application for admission to the NATO had to be now accepted in the form of ratification by all nineteen NATO member countries in consistency with their domestic law. After ratifying this document by all NATO member states the deed on the SR accession to the North Atlantic Treaty was deposited in the Ministry of Foreign Affairs of the USA which deposits all Alliance treaties and agreements. The Slovak Republic thus became an equal party to the North Atlantic Treaty in respect of international law, and therefore a NATO member, too.

The National Council of the SR as the only legislative and constitutional body of the SR and the SR President as the head of the state acted during the accession process and signing of the protocol on the SR accession to the NATO in compliance with the Constitution of the SR, its par. 3, Art. 7: "The Slovak Republic may, with the goal to preserve peace, security and democratic order, under the terms and conditions set by an international treaty, become a member of an organization of a mutual collective security." This provision was adopted as the third amendment to the SR Constitution by the constitutional Act No.90/2001 Z. z. which came into effect on Jan 1, 2002.

3.2 Accession to the European Union and sovereignty of the Slovak Republic

Concurrently with the negotiations on joining the international alliance by the SR, the organization of mutual collective security, the negotiations on the accession of the SR to the European Community and the EU, later unified unto the European Union were held, too. In 1995, the EU Association Agreement (signed in 1993) became effective for the SR, rendering the SR an associate member of the EU. Unlike the NATO, which is an international organization, the EU was undergoing a change at that time from an economic integration body, from an international organization of sovereign states into an organization comprising a group of states that - upon their accession -- delegate part of their powers and of the exercise of their sovereignty onto this organization, i.e. the European Union.

The EU Association Agreement for the SR the obligation of the associated state was emphasized, similarly like in negotiating with other applicants, to observe human rights. The agreement contained so-called suspensive clause enabling to suspend the association agreement in case of infringement of human rights by a given state. In the period between Nov. 1994 and Nov. 1998 the Slovak Republic experienced several international interventions of this sort. These were altogether three demarches, diplomatic notes containing protests and complaint for failure to observe human rights rules in the SR. The first was dated Nov. 11, 1994, as a note of ambassadors of FRG and France in the SR where the EU expressed its concern about the post-election development in Slovakia. The second one from the EU countries was supported also by the USA demarche, expressing in addition to the concerns about political situation in Slovakia also those about the "mysterious" abduction of the President's son. The European Parliament passed two resolutions on Slovakia, one (July 1, 1997) expressing disagreement to praising the regime of the wartime "Slovak state" in the textbook of M.S. Ďurica calling to withdraw it from schools, the second one (Oct. 22, 1997) demanded returning of F. Gaulider to parliament and support of human and minority rights. The third EU demarche expressed concern arising from the steps of the government in taking over presidential powers (Prime Minister V. Mečiar as a deputizing President revoked the already ordered referendum on the SR joining the NATO and the direct election of president and further he declared amnesty in relation to the frustrated referendum in May 1997 and the abduction of M. Kováč Jr…"and by the fact he withdrew 28 ambassadors from abroad in an unprecedented manner")[98].

---

[95] In respect to the efforts of the new Slovak government to join the NATO the newly appointed Russian Ambassador in the SR A. Aksenjonok said that the Russian Federation does not question the right of sovereign states to join such alliances and associations they want to belong to and for which they individually decide. However, such an attitude does not change its prevailing negative attitude to the NATO extending eastwards." ČURDA, J., ZATLKAJ, P.: Cesta Slovenska do NATO, [Slovak Road to the NATO] op. cit., p. 68.

[96] The NATO member states and Russia adopted a declaration creating a common coordination body on May 28, 2002. The Russian President V. Putin declared for the daily Wall Street Journal that if the mechanisms of a common decision taking are created in resolving key issues, the attitude of the Russian Federation to the NATO expansion may change. Cf. ČURDA, J., ZATLKAJ, P.: Cesta Slovenska do NATO, [Slovak Road to the NATO] op. cit., p. 98 and footnote Nr. 193.

[97] Cf. Slovenské národné rady a cesta k parlamentarizmu. [Slovak National Councils and the Road to the Parliamentary System] (PEKNÍK, M.A. kol.) Veda, Vydavateľstvo SAV. Bratislava 2008, p. 306, reproduction of the decision of the National Council of SR on this Agreement from the 10th of April, 2003.

[98] The dates of the EU demarches according to: Dejiny Slovenska. Dátumy, udalosti, osobnosti. [History of Slovakia. Dates, Events, Personalities] Slovart, Bratislava 2007, p. 713, 716, 727.

The overall situation and performing the terms for the admission to the EU changed after the rise of the M. Dzurinda government. In January 1999, the joint SR - EU parliament committee called the European Council to take a flexible approach in re-considering the application of the SR for the admission to the EU and to rule to proceed with the negotiations with the regard to the ongoing reforms in Slovakia. In one and half a year (Oct. 4, 2000) the European Parliament approved the resolution on Slovakia, appreciating the progress achieved in the economic sphere and in adopting the necessary rules of law. Two years later, after the changes carried out, the adoption of the constitutional amendment (90/2001) regulating the transfer of exercise of the SR acts on the EU, the European Union recommended on Oct. 25, 2002, the SR and other nine candidate states[99] to accede to the European Union. The Slovak Republic succeeded in the three-year negotiation process to catch these states up in negotiating and in being placed among the candidates acceding to the EU.[100]

The accession terms were contained in so-called Copenhagen criteria of 1993 relating to the countries of Central and East Europe. They concerned building up of stable institutions guaranteeing democracy, rule of law in the state, human rights and respecting protection of minorities, existence of an efficient marker economy as well as the ability to face competition pressures and market processes within the Union. The third term was the ability of the associated country to take over the obligations arising from the membership (so-called acquis communautaire), including the support of the political, economic and monetary union.[101] The SR legislation was studied and assessed in respect and comparison to the EU acquis. The entire legislation was divided into 31 chapters. The legislation of the state applying for accession to the EU had to be harmonized with the EU legislation (acquis communautaire).

Consistent with legal theory and practice the SR accession to the European Union was a consenting manifestation of will of two parties, the admitting party, the European Union, and the acceding party, the Slovak Republic. It has the legal form of an agreement, a treaty. The admitting party and the party proposing the agreement was the European Union. The European Parliament approved the accession of the SR to the EU on April 9, 2003[102]. The Slovak Republic accepted this proposal of the EU, approved by the European Parliament by its resolution No. 365 on July 1, 2003, by which it expressed its consent to the accession of the Slovak Republic to the EU.[103] The common accord of the will of both the European Parliament and the NC SR was achieved by a consenting manifestation of their wills. Under Art. 86, l. d) by expressing the consent to the EU Association Treaty the NC SR granted consent to its ratification, carried out by the SR President under Art. 101, par. 1, l. a) of the Constitution of the SR.

Upon ratification of the Accession Treaty to the EU, its publication in the Collection of Laws SR the SR transferred the execution of a part of its rights upon the European Union under Art. 7, par. 2 of the Constitution of the SR. The transfer of the exercise of a part of the rights involves the powers or the sovereignty of the SR. Another act concerning the powers and sovereignty of the SR was the decision of the NC SR, adopted along with the consent to the accession, that "The EU Accession Agreement is an international treaty under Art. 7 par. 5 of the Constitution of the SR which prevail over the acts of law." In the third order the effect of the third sentence, par. 2 Art. 7 of the SR Constitution follows, according to which "legally binding acts of the European Communities and the European Union prevail over the acts of law of the Slovak Republic."

By the accession to the EU consistent with the SR Constitution the content and extent of its exclusive competences, powers and sovereignty has changed. The EU Accession Agreement of the SR prevails over the laws of the Slovak Republic and so do also the binding acts of the European Union.

According to the Art. 7, par. 2 Constitution of the SR no restriction of the sovereignty of the SR occurred upon ratification of the EU Accession Agreement, but it was a "transfer of the exercise of rights" on the EU that occurred. In legal theory such situation is depicted as a fragmentation, or sharing of sovereignty. Under another concept sovereignty of state is obsolete in the 21st century in the era of post-modernism, or it is fragmented, pluralized or functional. An acceptable conclusion is that the concept of sovereignty need not be rejected, but it should be re-defined and preserved.[104]

As for our topic and the Constitution of the SR, the assessment can be made in relation to the legal events described by the Constitution and the hierarchy of rules of law. Upon ratification of the EU Accession Agreement not the sovereignty of the SR or the legislative powers were transferred on the EU, but the exercise of rights. Accession Agreement as an international treaty prevails over the rules of law of the SR, and so do the binding acts of the EU. However, it does not concern the SR legislation as a whole. For the Constitution as the supreme law

[99] These were the following states: the Czech Republic, Estonia, Cyprus, Latvia, Lithuania, Hungary, Malta, Poland, Slovenia.

[100] The negotiations on the accession of the CR, Poland, Hungary, Estonia, Slovenia and Cyprus were launched based on the decision of the EC on Dec. 1997. The candidate states prepared their respective documents under the name National programme for the EU membership preparation. The programmes involved the problems named by the EU and contained short term and medium term tasks (2000-2002) harmonized with the legislative plan of the respective government. Cf. KROUPA, J.: Vstup České republiky do Evropské unie. In: Slovensko v procese európskej integrácie. [The Entrance of the Czech Republic into the European Union. In: Slovakia in the Process of European Integration] PF UK Bratislava 2003, p. 69-70.

[101] Cf. KLÍMA, K. a kol.: Evropské právo. [European Law] Aleš Čeněk, s. r. o. Plzeň 2011, p. 78. L

[102] 521 out of 567 EP present members voted for accession of the SR into the EU, 21 were against and 25 abstained. The EP approved the accession of ten new members to the EU on that day. Every country's accession was voted on separately. Cf. Dejiny slovenska. Dátumy, udalosti, osobnosti. [History of Slovakia, Dates, Events, Personalities] Slovart Bratislava 2007, p. 750.

[103] Cf. repr. of the resolution of the NC SR confirming the consent to the EU Accession Treaty July 1, 2003. In: Slovenské národné rady a cesta k parlamentarizmu. [Slovak National Councils and the Road to the Parliamentary System] Pekník, M.A. kol. Veda. Bratislava 2008. p. 307

[104] BARÁNY, E.: Funkcionálna suverenita. In: Teoreticko-právne súvislosti vstupu suverénneho štátu do Európskej únie. [Functional Sovereignty. In: Theoretical Legal Context of the Entrance of Sovereign State into the European Union.] Ústav štátu a práva SAV. [Institute of state and law SAS] SAP Bratislava 2001. p. 11, 12.

of the SR it applies that the treaty priority and the EU binding acts do not apply to it. The Constitution of the SR continues to be the source of the original sovereignty and legislation of the Slovak Republic.

Conclusion

The two decades of history of the Constitution of the Slovak Republic were marked by ten constitutional amendments to the supreme law. The changes concentrated to the years 1998 - 2001. They were related to the three constitutional acts, the first one of 1999, enabling the parliament Chairman deputizing for President to accept resignation of the government after general elections, to appoint a new government in case the SR did not have a president elected for that time. In 1999 it was a constitutional act on direct presidential election by the citizens, with some changes involving his powers, bringing a dominating position towards the government, the second executive body. The third constitutional change in 1991 was the grand European amendment to the SR Constitution creating legal provisions for the accession of the SR into the international organization of mutual collective security, the NATO, and further, for transferring the exercise of a part of the rights on the European Union. The constitutional history in the SR is marked by two different decades: the first one in which the supreme law of the SR was a constitutional charter establishing the independent and sovereign Slovak Republic, its accession to the international community, but also a period of struggles, collisions and confrontations for preserving and enforcement of its provisions in politics, practice, the struggle for constitutionality, the Slovak constitutionalism; in the second decade it became a constitution of a sovereign state the law of which naturally comprises general rules of international law, international treaties, present a basis for ratifying international treaties on human rights and freedoms that prevail over law. Today, it is a constitution of the Slovak community, that part of it which prepared and adopted its original wording, but also that part which supported its grand European amendment and eventually allowed the contemporary SR Constitution to be both the Slovak and European constitution.

The attempts, trends, hints of some Slovak political representatives in 1990- 1994 not to recognize an uninterrupted legal existence of the CSR wishing to enforce, to push into the constitutional political reality and ideology in Slovakia the attributes of a legal existence of the Slovak fascist statehood, were rejected by the Slovak democratic public and decisively and sharply refused by the representatives of the states that created the principles, rules and institutes of the post-war international law (the USA, the Russian Federation, the Great Britain) including the representatives of the unified Germany. These were attempts of the representatives of the CDM and the MDS of the time. They would have resulted into throwing the SR into the state of a fossil relict of the pretended creation of small states by the Nazi empire of Germany and A. Hitler. Legitimacy of evolving the Slovak statehood from the Slovak National Uprising, a moral and legal continuity with it was in effect in the conditions of the Soviet block by 1989 and was strengthened in the legal environment of the European Union and the North Atlantic Alliance. The Slovak Republic thus could link up to its consociation with anti-Hitler coalition, with the United Nations from the era of the Slovak National Uprising. The Slovak Republic as an international entity is a moral and legal continuity with the Slovak, national and anti-fascist statehood. In this legal environment, in the European Union and the North Atlantic Treaty Organization it also acquired resolving of its status of not a mere state of citizens excluding national state self-determination, but a state of the Slovak nation which is at the same time a state of national minorities and ethnic groups living in it. The continual identity of its frontiers was confirmed and guaranteed as a state territory of the Slovak Republic and a member state of the European Union and the NATO.

In unity of continuity and discontinuity in the development process of Slovakia in democratic Europe the process of dialectically grasped continuity manifested and occurred which in discontinuity rejected the obsolete elements, relations and institutes, took over the established and the time-proven ones and by negation of their negation (thesis and anti-thesis) it achieved a new state, a synthesis of historical development and a new quality of the Slovak national statehood.

Die Kameral- und die sog. politischen Wissenschaften und ihre Begründung von österreichischen Wirtschafts- und Verwaltungsreformen in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der böhmischen Länder*

(Cameralism, so called Political Sciences, and the Rationale behind the Austrian Economic and Administrative Reforms in the Second Half of 18th Century Focusing on the Czech Lands)

*Ilona Bažantová***

Abstract

The purpose of the paper is to define cameralism and political sciences in the context of the second half of the 18th century in the Habsburg Monarchy considering in particular the lands of the Bohemian Crown, to characterise enlightened absolutism and to describe the ideational background and the formation of the scientific basis at the universities of Vienna and Prague. The paper shows that the basic thesis of cameralism that the welfare of the state depends on good and complete legislation, precise compliance with laws and educated civil service in combination with the enlightened philosophy formed the foundation of the modern codification efforts, the formation of tertiary education in economics and administration, legislative regulation necessary for economic welfare of the state, populationism and agricultural reforms. The political sciences, reflecting in terms of content and form the enlightened absolutism, became the theoretical foundation of the reforms of Austrian monarchs Maria Theresa and Joseph II.

The paper introduces in more detail the professor and Hofrat, Joseph Sonnenfels (1733–1817) from Vienna, Joseph Ignatz Butschek (1741–1821) from the Prague University, and some of their economic ideas which reflected in the reforms and measures of Maria Theresa and Joseph II. The paper focuses on agriculture and the proposals for dividing land into lots, the so called Raabschen System, and the formation of Grain contributory fund.

Keywords: *cameralism; political sciences; austrian economic; Joseph Sonnenfels; Joseph Ignatz Butschek.*

Dieser Beitrag konzentriert sich zu Beginn auf die Erklärung des Begriffes „Kameralwissenschaften" im zeitgenössischen Kontext der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in der Habsburgermonarchie unter besonderer Berücksichtigung der Länder der böhmischen Krone, dann auf die Beschreibung der Ideengrundlagen und der Schaffung der wissenschaftlichen Universitätsbasis, auf deren Grundlage die sog. politischen Wissenschaften aus der Kameralistik geworden sind. Die politischen Wissenschaften verankerten die öffentlich-rechtlichen, bzw. die volkswirtschaftlichen Disziplinen, deren Studium und Kenntnisse zum untrennbaren Bestandteil der Bildung von künftigen Staatsbediensteten an den juristischen Fakultäten wurden: Das Recht und die legislativen Normen wurden zur Grundform der Verwaltungs- und volkswirtschaftlichen Leitung des Staates. Ferner werden die Hauptvertreter der Kameral- und politischen Wissenschaften des letzten Drittels des 18. Jahrhunderts und des Beginns des 19. Jahrhunderts in der Habsburgermonarchie und einige ihre ökonomischen Anschauungen, welche ihre Widerspiegelung in den theresianischen und josephinischen Reformen und Maßnahmen gefunden haben, kurz vorgestellt.

1. Charakteristik der Grundbegriffe

Zuerst sind die zwei theoretischen Grundbegriffe „Merkantilismus" und „Kameralwissenschaften" zu analysieren. In vielen Fällen im mitteleuropäischen Raum und auch im renommierten Schrifttum [1] werden beide Begriffe synonym benutzt, was nach der Autorin dieses Beitrags aus der Sicht des ökonomischen Denkens und ökonomischer Theorien [2] in der Habsburgermonarchie nicht geeignet ist, weil jeder Begriff gedanklich und teilweise auch inhaltlich unterschiedlich ist; darüber hinaus ist

* Der Artikel entstand mit Unterstützung des Forschungsvorhabens der Karls-Universität zu Prag Progres Q04.

** Doc. JUDr. PhDr. Ilona Bažantová, CSc., Lehrstuhl für Volkswirtschaftslehre, Juristische Fakultät, Karls-Universität zu Prag, Tschechische Republik.

[1] Zum Beispiel Albion W. SMALL, *The Cameralist. Pioneers of German Social Polity,* [1909], Kitchener, Batoche Books, 2001, S. 7-8, S. 10 widerspricht der Gliederung von W. Roscher (in *Geschichte der Nationalökonomik in Deutschland*. München, Verlag R. Oldenbourg 1874) und die Autoren wie Becher, Schröder, Hörnigk und die ganze Periode seit der Hälfte des 16. Jahrhunderts bis Ende des 18. Jahrhunderts in deutschsprachigen Ländern werden von ihm als Kameralismus bezeichnet. Ebenso Keith TRIBE, *Cameralism and the Science of Government*, The Journal of Modern History, 1984, vol. 56, no. 2, S. 263 führt Becher und Schröder als Begründer der Kameralwissenschaften an.
Andere Meinung: Luise SOMMER, *Die Österreichischen Kameralisten in Dogmengeschichtlicher Darstellung*, Teil I., Wien 1920, auf der Seite 48 ff. unterscheidet (und unterschiedlich charakterisiert) die Gruppe der Autoren unter Leopold I. (Becher, Hörnigk, Schröder) und unter Maria Theresia (Justi, Sonnenfels). Ebenso Gustav von SCHMOLLER, *The mercantile system and its historical significance,* New York 1896, Seite 84 erwähnt J. J. Becher als einen merkantilistischen Autor. Auch Arnošt KLÍMA, *Manufakturní období v Čechách*. Prag 1955 zählt auf den Seiten 102-116 Morgenthaler, Malivský, Becher und Hörnigk zu den Merkantilisten, auch bezeichnet er die Regierungsetappe Leopolds I. als merkantilistisch und auf der Seite 295 ff. ordnet er die Autoren in der Regierungszeit Maria Theresias und später Josephs II. wie Justi oder A. Raab zu den Kameralisten.

[2] Robert HOLMAN (Hg.), *Dějiny ekonomického myšlení*. Prag 1999, S. 10-27; Ilona BAŽANTOVÁ, *Merkantilismus v habsburské monarchii s důrazem na české země*. Politická ekonomie, 2001, Jg. 49, Nr. 3, S. 415-435.

auch mit einem Zeitunterschied von bis zu 80 Jahren zu rechnen, wie unten noch angezeigt wird.

Die oben angeführten Unterschiede der Definitionen bei einigen Autoren sind auf mehrere Faktoren zurück zu führen. Das Wort „Cammera" stellte die Grundlage der Wortverbindung dar, welche sowohl die königliche Kammer (Behörde) die Steuer, Erträge aus den Regalen, Zölle und sonstige Finanzerträge des Staates verwaltete, als auch den allgemeinen Ausdruck für die Staatsfinanzen oder die Art der Buchhaltung usw. bezeichnete. Aber auch die merkantilistischen Autoren benutzten diese Bezeichnung in ihren Schriften,[3] sodass sie bei oberflächlicher Sicht auf ihr Werk im historischen Diskurs als „Kameralisten" bezeichnet wurden, obwohl ihre Ansichten aus der Sicht der ökonomischen Theorie merkantilistisch sind. Eine weitere Verzerrung des Begriffs konnte auch folgendermaßen entstanden sein: Einen untrennbaren Bestandteil der Kameral- und politischen Wissenschaften seit der Hälfte des 18. Jahrhunderts stellten die Verwaltungsvorschriften (zeitgenössisch bezeichnet als „Polizey" oder „Policey") dar. Diese Verwaltungsvorschriften wurden auf dem Gebiet des römisch-deutschen Reiches schon seit dem 16. Jahrhundert erlassen.[4] Also sofern hier die „Policey" seit dem 16. Jahrhundert gewesen ist, konnte die Vereinfachung rückwärts entstanden sein, die ganze Zeitperiode des 16. und 17. Jahrhunderts als „kameral" ohne Rücksicht auf ihr ökonomisches Wesen zu bezeichnen. Einen bestimmten Einfluss konnte auch die Tatsache gehabt haben, dass das institutionelle Umfeld der Kameralwissenschaften in einigen deutschen Staaten um etwas früher als in Wien entstanden ist, also schon am Ende der zwanziger Jahre des 18. Jahrhunderts: Der erste Lehrstuhl für „Oeconomie, Policey- und Cammeral-Sachen" wurde von Friedrich Wilhelm 1727 an der Universität Halle gegründet.[5] In der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts gehörte zu den bedeutendsten deutschen Vertretern der Kameralwissenschaft Justus Chr. Dithmar (1677-1737), Professor in Frankfurt an der Oder, mit seinem Werk *„Einleitung in die Oeconomische Policey und Cameralwissenschaften"* (1745).

1.1 Merkantilprojekte

Die Zeit seit den vierziger Jahren des 17. Jahrhunderts bis zu den ersten Jahrzehnten des 18. Jahrhunderts in der Habsburgermonarchie ist ein *merkantilistisches* Zeitalter. In der Habsburgermonarchie ist die praktische Wirtschaftspolitik des Kaisers Leopold I. (1657-1705) maßgebend, welcher die merkantilistische Politik für eine staatliche Wirtschaftsdoktrin erklärte. Es handelte sich um partielle uneinheitliche (unsystematische) volkswirtschaftliche Anschauungen ohne institutionelles Umfeld;[6] sie konzentrierten sich auf die Forschung der Entstehung der Quellen des Reichtums und auf ihre Unterstützung. Das Wesen des Reichtums bestand im Eigentum der Edelmetalle (vollwertigen Geldes) und die Primärquelle stellte der Außenhandel dar, welcher als eine *„Win-Lose-Strategie"* angesehen wurde (derjenige siegt, wer über einen Überschuss des Exportes über den Import der Ware verfügt; wer importiert, der hat einen Verlust).[7] Die Herrscher mussten anfangs überzeugt werden in die ökonomische Realität einzutreten und diese zu beeinflussen oder zumindest die Gewinn bringende Geschäftstätigkeit zu genehmigen. Sofern eine Begründung erschien, ging sie von der Gewalttheorie aus, bloß ein reicher Herrscher könne militärisch stark sein, seine Macht beibehalten und zentralisieren. Die Herrscher, genauso der Adel und die Bürger, bemühten sich einen Geschäftsgewinn durch die Gründung von „Exportmanufakturen" und den nachfolgenden Außenhandel zu erwirtschaften. Die Landwirtschaft wurde nicht benachteiligt, sondern als eine Rohstoffbasis für industrielle (Manufaktur-)Entwicklung genommen. Der Schwerpunkt auf die Einwohnerzahl wurde „technizistisch" aus der Sicht einer hinreichenden Anzahl von Arbeitern in Manufakturen und ohne einen Humanitätskontext verstanden (Gesetze gegen Landstreicher und Bettler sollten die ungenutzte Arbeitskraft aktivieren).[8] Die Merkantilisten im österreichischen Staatsgebilde waren gegen die Aufhebung von Zünften (sie wollten nur die sog. Zunftmissstände abschaffen)[9] und über die Abschaffung oder Milderung der Leibeigenschaft konnten keine Diskussionen geführt werden.

Zu den typischen Verkündern des Merkantilismus gehörten die Unternehmen betreibenden Adeligen oder Bürger[10] (z. B: P. H. Morgenthaler oder F. Š. Malivský in böhmischen Ländern) und die höheren Beamten (J. K. Bořek in Böhmen; J. J. Becher, W. von Schröder oder P. W. Hörnigk in Wien). Fast alle haben auf die französischen, englischen und niederländischen Erfolge der Wirtschaftspolitik aufmerksam gemacht und haben sich auf ausländische merkantilistische Autoren berufen. Der Merkantilismus in der Habsburgermonarchie unterschied sich in wesentlichen Merkmalen nicht vom westeuropäischen Merkantilismus,[11] wenn auch er keine so erfolgreichen oder dauerhaften Ergebnisse brachte.[12]

---

[3] Zum Beispiel Merkantilist Wilhelm von SCHRÖDER (1640–1689) im Gutachten *„Wie die Commercien befestigt, ersprießlich erweitert und in specie zu dero kayserlichen Cameralnutzen eingerichtet werden möchten"* von 1674 oder in seinem bekanntesten Werk von 1686 *„Fürstliche Schatz- und Rent- Cammer"*.

[4] Petr KREUZ, *Zemské policejní předpisy v Českém království ve druhé polovině 15. a na počátku 16. století,* in Martin ŠANDERA – Zdeněk BERAN (Hgg)., *Poděbradská éra v zemích České koruny,* Prag 2016, S. 111.

[5] Dušan HENDRYCH (Hg.), *Správní věda – teorie veřejné správy*, Prag 2014, S. 20-22.

[6] Die von Becher vorgeschlagenen *Collegien* (s. Johann Joachim BECHER, *Politischer Discurs.* Frankfurt 1673, Reprint Tübingen, Eberhard-Karls-Universität, S. 47 ff.) als Zentren der Staatsverwaltung blieben unberücksichtigt, nur 1766 wurde auf Anlass Bechers und nach Vorbild Frankreichs ein Kommerzkollegium gegründet, jedoch ohne bedeutenden Einfluss auf Bildung der österreichischen merkantilistischen Politik.

[7] Vgl. A. KLÍMA, ebenda, S. 114 ff. mit Zitationen aus Werken Hörnigks und Bechers.

[8] Ebenda, S. 109 ff.

[9] Valentin URFUS, *K cechovní politice v Čechách na přelomu 17. a 18. století a k jejím ideovým zdrojům.* Právněhistorické studie VI., 1960, S. 39-65.

[10] Siehe z. B. Valentin URFUS, *Pražští merkantilisté po třicetileté válce a na počátku 18 století.* Pražský sborník historický 1989, Nr. 32, S. 71-82.

[11] G. SCHMOLLER, ebenda, S. 56 ff.

[12] Vgl. I. BAŽANTOVÁ, Merkantilismus, S. 420-423, 429-432.

1.2 Kameralwissenschaften

Ab der Hälfte des 18. Jahrhunderts entwickelte sich eine abweichende Konzeption in der Habsburgermonarchie, sog. Konzeption der Kameralwissenschaften, welche später die Bezeichnung *„politische Wissenschaften"* erhielten. Der Titel „Kameralismus" und die Idee der Universitätslehrstühle der Kameralwissenschaften übernahmen in die Habsburgermonarchie aus Schweden und aus den deutschen Staaten.

Der Kameralismus der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts war eine staatsrechtliche, wirtschafts- und öffentlich-rechtliche Doktrin. Im österreichischen Staatsgebilde entwickelte er sich institutionell an höheren Schulen und Universitäten im System der sog. politischen Wissenschaften, welche aus der Polizeiwissenschaft, der Handlungswissenschaft und der Finanzwissenschaft bestanden, mit eigener Methodologie, welche von dem Naturrecht, dem Verstand, der Aufklärung und dem aufgeklärten Absolutismus ausging, was einen der Hauptunterschiede zu der vorherigen (merkantilistischen) Periode darstellt. Die Herrscher mussten nicht lange überzeugt werden das neue Denken zu „genehmigen", sondern in den meisten Fällen standen sie an der Spitze und zusammen mit ihren Beratern waren sie auch diejenigen, die das institutionelle Umfeld der Universitäten geschafft haben, wo ihre Beamten die politischen Wissenschaften obligatorisch absolvieren und eine Staatsprüfung ablegen mussten.

Als die reichhaltigste Quelle des Reichtums eines Landes wurden nicht mehr die Edelmetalle, sondern die Landwirtschaft und die aus der Sicht der menschlichen Arbeit anspruchsvolle Herstellung in Manufakturen gesehen; sie ermöglichten es, die heimische Bevölkerung zu beschäftigen (und zu ernähren) und die heimischen Rohstoffe auszunutzen. Neu war auch, dass das Recht auf Privateigentum anerkannt wurde. Der Kameralismus unterschied sich weiter vom entwickelten Merkantilismus nicht nur aufgrund des Zeitpunkts, sondern auch durch die grundsätzliche Verflechtung von physiokratischen Elementen mit Schwerpunkt auf staatliche Landwirtschaftsreformen und den aufklärerisch begriffenen Populationismus (wichtig war nicht nur die Anzahl der ökonomisch aktiven Bevölkerung, sondern auch aus naturrechtlicher Sicht wurde die persönliche Integrität des einzelnen Menschen und seine Humanisierung berücksichtigt). Das Gewicht wurde auf die Entfaltung und Regulierung des heimischen Marktes und die Erlangung einer Vollbeschäftigung gelegt; der Außenhandel hatte nur eine Ergänzungsfunktion und wurde für beide Vertragsparteien des Kontrakts als nutzbringend betrachtet. Das Hauptziel bestand in einem dicht bevölkerten, funktionierenden absolutistischen Staat, welchem alljährliche hohe Erträge aus Steuern und Verwaltungsgebühren zustehen. Das Recht wurde zum Hauptinstrument und die wirtschaftlichen Probleme wurden durch Einführung der „guten Staatsverwaltung" gelöst.

2. Aufgeklärter Absolutismus und Reformen

Die Regierung Maria Theresias erwarb zum Ende der fünfziger Jahre des 18. Jahrhunderts allmählich einen Charakter des aufgeklärten Absolutismus, der unter Joseph II. (1780-1790) seinen Höhepunkt erreichte und unter Leopold II (1790-1792) abnahm. Der aufgeklärte Absolutismus, welcher sich in den ökonomisch wenig entwickelten feudalen Ländern in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts formierte, stellte einen Sondertyp der absoluten Monarchie dar. In der Habsburgermonarchie wurde der aufgeklärte Absolutismus zur wichtigen Etappe in der Entwicklung des Rechts und der Theorie der Staatsverwaltung. Die Theorie des Naturrechts hatte endgültig gesiegt und die Ideen der Aufklärung wurden zum Bestandteil der politischen Theorie und Rechtstheorie, wobei die entscheidende Rolle bei der Staatsführung dem Recht zugeschrieben wurde.[13] Auch die praktische Wirtschafts- und Gesetzgebungstätigkeit des Staates wurde durch den aufgeklärten Absolutismus determiniert: Die Rolle des aufgeklärten Herrschers hatte in Kameralwissenschaften eine grundlegende Stellung.

Nach den österreichischen und tschechischen Aufklärern sollte eine absolute Monarchie mit dem Herrscher als „erstem Diener des Staates" die Grundaufgabe des Staates, die Wohlfahrtspflege, am besten erfüllen. Das Recht und die legislativen Normen wurden zur Grundform der Tätigkeit und der Führung des Staates.

Der aufgeklärte Absolutismus in der Habsburgermonarchie gestaltete sich unter dem Einfluss von Ch. L. Montesquieu, F. M. Voltaire und J. J. Rousseau, deren Werke in der Habsburgermonarchie bekannt waren. Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag John Lockes war grundsätzlich unannehmbar, im Gegenteil waren David Hume und seine staatswissenschaftliche Konzeption für die österreichischen Aufklärer akzeptabel, weil er alle Versionen der Theorie des Gesellschaftsvertrags Lockes ablehnte. Es wurde auch die Quantitätstheorie des Geldes David Humes angenommen.[14] Die sich auf dem Gebiet der Habsburgermonarchie entwickelnde Aufklärung lehnte zum Unterschied von der Aufklärung in Westeuropa ausdrücklich die republikanische Staatsverfassung, von der Lehre über die Souveränität des Volkes, über sein Recht den Herrscher zu kontrollieren und sich gegen ihn zu erheben (sog. Lehre vom Gesellschaftsvertrag) ab; genauso lehnte sie offiziell die Theorie der Gewaltenteilung (in gesetzgebende, vollziehende und richterliche) ab.[15]

Zur Hälfte des 18. Jahrhunderts war der wirtschaftliche und gesellschaftswissenschaftliche Kontrast zwischen dem entwickelten Westeuropa und der ökonomisch leistungsschwachen und militärisch schwachen mitteleuropäischen Habsburgermonarchie offensichtlich. Der Kampf Maria Theresias um die österreichische Erbfolge und die österreichischen Kriegsmisserfolge der vierziger Jahre des 18. Jahrhunderts gaben u.a. einen

[13] Valentin URFUS, *Historické základy novodobého práva soukromého,* 2. Auflage, Prag 2001, S. 102-107.

[14] In Böhmen wurde sie auch vom Fürst Karl E. Fürstenberg (1729-1787) propagiert, welcher kaiserlicher Kämmerer und Geheimrat war und in den Jahren 1771-1782 das Amt des obersten Burggrafen des Königreichs Böhmens vertrat. Zum Geldkonzept dieser Zeitperiode s. Ilona BAŽANTOVÁ, *O kameralistiky do vzniku moderní peněžní teorie,* in František VENCOVSKÝ – Karel PŮLPÁN (Hgg.), *Dějiny měnových teorií na českém území,* Prag 2005, S. 31-34.

[15] Vgl. zum Beispiel Pavel BĚLINA, *Teoretické kořeny a státní praxe osvícenského absolutismu v habsburské monarchii,* Český časopis historický, Jg. 29, 1981, Nr. 6, S. 879-905; Jiří KLABOUCH, *Osvícenské právní nauky v českých zemích*, Prag 1958; František STELLNER, *Absolutismus osvícenský*. In: Karel SCHELLE, Jaromír TAUCHEN (Hgg.), *Encyklopedie českých právních dějin*. I. sv, Plzeň 2015, S. 183-185.

Impuls zur inneren politischen Reorganisation der Staatsverwaltung, welche nach französischem und preußischem Vorbild zentralisiert, vom Einfluss des Adels und der Ständevereinigungen und -organe entbunden und durch das fachlich gebildete Berufsbeamtentum effektiviert werden sollte.

Für die weitere wirtschaftliche Entwicklung war eine umfangreiche, von Maria Theresia im Jahre 1748 durchgeführte Reform der Staatsverwaltung von grundsätzlicher Bedeutung. Diese Reform war noch nicht von der Aufklärungstheorie der Gewaltenteilung beeinflusst. Der Autor der Reform, Graf Friedrich W. von Haugwitz (1702-1765), ging von preußischen Erfahrungen und französischen Vorbildern aus. Dies ist schon bei einer der ersten Änderungen sichtbar: er änderte die Art des Einzugs von Steuern: Statt der Stände begannen neue Sonderinstitutionen – Landesdeputationen und -Kammern mit dem Steuereinzug aufgrund der Einführung des theresianischen Katasters, das Verzeichnis des Rustikallandes aus dem Jahre 1748 und später auch das Verzeichniss des Dominikallandes aus dem Jahre 1757. In den Ländern der böhmischen Krone und den österreichischen Ländern wurden mit 1. Mai 1749 die selbstständigen Hofkanzleien aufgehoben und für beide Staatsgebiete gemeinsame Behörden eingeführt: Sie gingen von der Verstaatlichung und Zentralisierung der Verwaltung und von der Zusammenstellung von politischen und Finanzangelegenheiten und Verselbstständigung der Gerichtsagenda und der Vereinheitlichung der Justiz aus. Im Jahre 1762 gründete Maria Theresia das „Directorium in Publicis et Cameralibus“,[16] also Direktorium für öffentliche und Verwaltungssachen; es stellte die oberste zentralisierte Finanz- und Staatsverwaltung für die ganze Monarchie mit Sitz in Wien dar. Weiters gründete sie die „Oberste Justizstelle“. Dem Direktorium unterstanden die Gubernien (Kreisbehörden) und die Verwaltung wurde ausschließlich von geschulten Staatsbediensteten und nicht mehr vom Adel ausgeführt.[17] Zu weiteren Wirtschaftsreformen dieser Zeitperiode gehörten u.a. das Patent über die Pflichtauferlegung zur Instandsetzung der Kommerzstraßen (1756), die Erlassung des gemeinsamen Zolltarifs für böhmische und österreichische Länder (1755), die Einführung des einheitlichen Systems von Maßen und Gewichten (1754) oder die Einführung der Guldenwährung (1750). Weitere Reformen wurden schon von der Aufklärungstheorie beeinflusst.

Die Reformen des habsburgischen aufgeklärten Absolutismus legten das Gewicht auf die Bürokratisierung und Zentralisierung,[18] auf die Einschränkung der Macht der Stände und der Kirche und auf die Sprachvereinheitlichung (die allgemeine Unterrichtssprache war nicht mehr Latein, sondern Deutsch). Die Reformen betrafen nicht das feudale Wesen des Staates selbst, sie hoben die rückständigen feudalen Institutionen auf, sie befreiten das Schulwesen und den Bildungsektor überhaupt vom Monopol der Kirche, sie gestalteten die modernen wirtschaftlichen Marktbeziehungen mit[19] und legten den Grundstock der modernen auf das materielle Leben der Gesellschaft orientierte Wissenschaft und Kultur. Die josephinischen Reformen gingen von den Anlässen aus, die theoretisch von den Gründern der aufklärerischen Staatswissenschaft schon im theresianischen Zeitalter formuliert wurden. Durch die Aufklärung wurden das Toleranzpatent und Patent zur Aufhebung der Leibeigenschaft (1781), Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (1786) und Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung (1787) inspiriert. Die Steuer- und Urbarialreform Josephs II. von 1785 wurde auch durch die physiokratischen Anschauungen beeinflusst (bei neuer Regelung der Grundsteuer, welche sowohl das Rustikal-, als auch das Dominikalland nach einem neuen Kataster gleichmäßig belastete); auf Zwang des Adels wurde sie jedoch von Leopold II. wieder aufgehoben.

Nicht alle Aufklärer waren Anhänger der Kameralwissenschaften mit Schwerpunkt auf Rechts- und Volkswirtschaftsreformen. In Prag wirkten z.B. zwei, untereinander zerstrittene, Gruppen der Aufklärer. Zu der ersten Gruppe gehörten die Aufklärer um Karl Heinrich Seibt (1735-1806), Professor der Ästhetik und der praktischen (Moral)Philosophie an der Prager Karls-Ferdinand-Universität. Seibt ging von der individualistischen Auffassung der Glückseligkeit und Wohlhabenheit der Bürger aus und behauptete, dass das größte Vermögen des Staates in ausgebildeten, fleißigen und fähigen Bürgern bestehe (s. z. B. das Werk von 1771 *„Von dem Einflusse der Erziehung auf die Glückseligkeit des Staats“)*. Das Ziel der staatlichen Politik sollte daher nicht die Kameralistik, sondern die Erziehung, Bildung und Volksaufklärung sein, welche das einheitliche „Reichsvolk“ im Geiste der habsburgischen Aufklärung erziehen wird.[20]

Die andere Gruppe der böhmischen Aufklärer stand unter der Schirmherrschaft der Autorität des Hofrates Joseph von Sonnenfels (s. unten) und dazu gehörte auch der Universitätslehrer der politischen und Kameralwissenschaften Joseph Ignatz Butschek. Es handelte sich um die Vereinigung Prager Aufklärer mit dem Naturwissenschaftler und Juristen Ignaz A. von Born (1742-1791) an der Spitze. Sie forderten religiöse Toleranz, Einschränkung des Einflusses der katholischen Kirche in Staatsfragen sowie die Humanisierung des Strafrechts und

[16] Im Jahre 1762 wurde dieses Amt als „Directorium in Publicio-Politicis et Cameralibus“ bezeichnet. Dazu s. Karolína ADAMOVÁ – Ladislav SOUKUP, *Prameny k dějinám práva v Českých zemích*, Plzeň 2004, S. 146-148.

[17] Jaroslav PROKEŠ, *Boj o Haugvicovo „Directorium in publicis et cameralibus“ r. 1761*. Věstník Král. České společnosti nauk, Jg. 1926, Prag 1927, S. 1-71.

[18] Damit endete faktisch auch das selbständige nationale tschechische Recht (seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bezeichnet als „tschechisches historisches Staatsrecht“).

[19] Einen großen Einfluss auf vermögensrechtliche und vertragliche Wirtschaftsbeziehungen hatten die ersten Kodifikationsarbeiten des bürgerlichen Rechts, s. zum Beispiel Karel MALÝ, *Základní tendence právního vývoje,* in Josef PETRÁŇ, Josef (Hg.), *Počátky českého národního obrození 1770–1791*. Prag 1990, S. 103-107; Vilém KNOLL – Petra SMRŽOVÁ – Alena ZBORNÍKOVÁ, *Vybrané mezníky českých právních dějin,* Plzeň 2002, S. 86-98. Die Regierung beschränkte die Zunftsprivilegien und begann die Grundsätze zu vertreten, welche eine raschere Entwicklung der unternehmerischen Manufakturtätigkeiten ermöglichte (zum Beispiel die Befreiung von Steuern und anderen Pflichte, Darlehensgewährung) – dazu s. A. KLÍMA, *Manufakturní období*, S. 279-283. 1763 wurde eine gemeinsame böhmisch-österreichische Wechselordnung erlassen und aufgrund des Patents von 1761 wurde die erste Wertpapierbörse in Wien gegründet.

[20] Vgl. zum Beispiel Jiří KLABOUCH, *Osvícenské právní nauky v českých zemích*, Prag1958; J. PETRÁŇ (Hg.), *Počátky českého národního obrození,* S. 147.

der Justiz. Im Jahre 1771 gründete Born den „Gelehrten Klub", aus welchem in den Jahren 1773-1774 die „Böhmische Gelehrte Privatgesellschaft"entstanden ist. Die Gesellschaft wurde von Born zusammen mit dem Politiker und dem militärischen Experten František Josef Kinský (1739-1805) geleitet, weitere Mitglieder waren der Historiker Gelasius Dobner (1719-1790), Karel R. Ungar (1744-1807, Priester, Bibliothekar und Rektor der Prager Universität), Nikolaus Voigt (1733-1787, Priester, Slawist und Numismatiker), Historiker Martin Pelcl (1734-1801), etwas später wurde Josef Dobrovský (1753-1829, Priester, Historiker und Begründer der tschechischen Philologie) zum bedeutenden Mitglied. Außer der naturwissenschaftlichen und philologischen Forschung widmeten sich die Mitglieder der Gesellschaft dem staatsrechtlich orientierten Studium der Geschichte des Königreichs Böhmen und betonten die nationale und Landestradition.[21]

3. Kameral- und politische Wissenschaften als juristische Fächer an den Hochschulen

Die Reformen des Schulwesens,[22] der Kirche, des Rechts und der Staatsverwaltung waren den Zielen der Wirtschaftspolitik untergeordnet. In der Staatsverwaltung reichte bloßer Erfahrungsschatz nicht mehr aus; das deklarierte Ziel bestand vielmals in der Erziehung von praktisch ausgebildeten Beamten-Bürokraten, welche im Sinne der Reform wirken sollten. Es wurden zwei Ritterakademien gegründet: das Wiener *Theresianum* (1747) und die Savoyer *Ritterakademie* (1748). In der Praxis bedeutete dies eine Abkehr vom jesuitischen Bildungssystem mit lateinischer Sprache.

An der Theresianischen Ritterakademie in Wien ließ Maria Theresia den Lehrstuhl für Kameralistik im Jahr 1750 errichten. Der Kameralismus begann sich als wissenschaftliche Disziplin mit institutionellem Umfeld zu entwickeln. Es wurde eine vom Staat bezahlte Person ernannt, welche für Entfaltung und Verbreitung der Kenntnisse, für Konzipierung von Lehrbehelfen und Lehrbüchern dgl. verantwortlich war. Der Lehrstuhl für Kameralistik sollte von dem anerkannten Juristen und Aufklärer Johann Heinrich von Justi (1705-1771) geführt werden.[23] Bald darauf, im Jahre 1753, begab er sich jedoch in den Dienst des preußischen Königs und war an der Universität in Göttingen tätig. Trotzdem beeinflusste Justi durch seine Werke die Entwicklung der Kameralwissenschaften in der ganzen Habsburgermonarchie und wurde als Begründer der Kameralwissenschaften anerkannt. In seinem zweibändigen Werk *„Staatswirtschaft oder Systematische Abhandlung aller ökonomischen oder Cameralwissenschaften"* aus dem Jahr 1755 veröffentlichte er den Unterrichtsplan der Staatswissenschaften einschließlich ihrer Gliederung, der Verteilung und der Methoden des Unterrichts. Zu seinen weiteren Werken gehörten *„Grundsätze der Polizeiwissenschaft"* (1756), *„Vollständige Abhandlung von den Manufakturen und Fabriken, I., II."* (1758, 1761), *„Der Grundriß einer guten Regierung"* (1759*), „Die Natur und das Wesen der Staaten, als die Grundwissenschaft der Staatskunst, der Polizey, und alter Regierungswissenschaften, des-gleichen als die Quelle aller Gesetze"* (1760) und *„System des Finanzwesens"* (1766).

Ein weiterer Aufklärer und Reformator des Ausbildungssystems war der persönliche Arzt von Maria Theresia, Gerard van Swieten (1700-1772). Die Reform der juristischen Fakultäten in den Jahren 1751-1754 legte endgültig die neue naturrechtliche Basis der Rechtsauslegung fest. Van Swieten stand auch bei den Reformen, welche die Notwendigkeit einer juristischen Ausbildung für die Ausübung von staatlichen Gerichtsfunktionen, für Beisitzer der Appellationsgerichte, Syndikusse, Prokuratoren der königlichen Städte dgl. einführten (Reskripte vom 20. Oktober 1752 und 21. November 1752).

Der Unterricht der Kameralistik an der Theresianischen Ritterakademie in Wien erfüllte jedoch nicht die ursprünglichen Vorstellungen, weshalb die Errichtung eines Lehrstuhles für politische und Kameralwissenschaften an der Juristischen Fakultät der Wiener Universität von Maria Theresia im Jahre 1763 beschlossen wurde. In dieser Zeit wurde die Bezeichnung *„politische Wissenschaften"* etabliert. Es handelte sich um keine Politologie in heutigem Sinn des Wortes, denn das zeitgenössische Wort „politisch" war ein Synonym für allgemeine theoretische gesellschaftliche Disziplinen (s. den in England und Schottland in letztem Drittel des 18. Jahrhunderts benutzten Begriff „klassische politische Ökonomie", die sich aus der sog. Moralphilosophie absonderte).

Mit der Leitung des Lehrstuhls für politische und Kameralwissenschaften wurde im Jahr 1763 der Wiener Jurist, Aufklärer und Ratgeber Maria Theresia, Joseph von Sonnenfels (1733-1817) beauftragt, welcher in seinem Gebiet als Koryphäe in Österreich zählte. Seine Antrittsrede lautete *„Von der Unzulänglichkeit der alleinigen Erfahrung in den Geschäften der Staatswirthschaft"* und verkündete folgendes: Bevor sich jemand dem praktischen Staatsdienst mit Erfolg widmen könne, müsse er sich vorher damit vertraut machen, was auf verschiedenen Gebieten der Wissenschaften geleistet wurde.[24]

Schon im Jahre 1765 verfasste er sein ökonomisches Hauptwerk *„Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz – Zu dem Leit-*

[21] In den Jahren 1771-1772 gab Born beim Frankfurter Verlag Wolfganga Gerle eine wissenschaftliche Zeitschrift *Prager Gelehrte Nachrichten* heraus, s. PETRÁŇ (Hg.), *Počátky českého národního obrození,* S. 147, 291. 1784, wurden die Satzung erlassen und die Gesellschaft trat unter der Bezeichnung *„Böhmische Gesellschaft der Wissenschaften"* auf. 1790 bewilligte Kaiser Leopold II. dem Verein, sich in „Königliche *böhmische Gesellschaft der Wissenschaften"* umbenennen, wenn auch der Verein weiterhin eine Privatgesellschaft ohne staatliche Schirmherrschaft blieb. Diese Bezeichnung behielt die Gesellschaft bis die Einstellung ihrer Tätigkeit im Jahre 1952.

[22] Der Staat begann mit Eingriffen in das Schulwesen mit der Absicht, im Geiste der von ihm ausgearbeiteten Grundsätzen auszubilden und zu erziehen. Die allgemeine Schulordnung (Inkrafttreten 1775) verankerte die Einführung einer allgemeinen Schulpflicht für Kinder zwischen sechs bis zwölf Jahren und die Errichtung eines breiten Netzes von allgemeinen Schulen, welche allen zugänglich und unentgeltlich waren. Die Schulreformen systematisierten die Schuleinrichtungen neu. Seit der Hälfte des 18. Jahrhundert entstand eine Reihe von Fachschulen – Bergakademie, Handelsakademie, technische Betriebsschulen mit Schwerpunkt auf praktische Vorbereitung. Seit 1760 oblag die Ausbildung einer Studienkommission mit Gerard van Swieten an der Spitze.

[23] Das Geburtsjahr ist wahrscheinlich. Näher über das Leben und das Werk vgl. zum Beispiel A. SMALL, ebenda, S. 239-405.

[24] Siehe Josef GRUBER, *Josef Sonnenfels, K stému výročí jeho úmrtí,* Obzor národohospodářský, Jg. XXII, 1917, S. 225.

faden des politischen Studiums". Es erschien insgesamt in acht Auflagen und bis 1846/1847 gehörte es zu vorgeschriebenen Lehrbüchern der politischen Wissenschaften an Universitäten und sonstigen höheren Schulen in der ganzen Monarchie. In diesem Buch gliederte Sonnenfels die politischen Wissenschaften – und zugleich auch den Unterricht – methodologisch in drei Teile: Polizeiwissenschaft, was eine zeitgenössische Bezeichnung für die staatlichen Verwaltungswissenschaften im weiteren Sinne war,[25] Handlungswissenschaften und Finanzwissenschaften; seit 1781 gehörte zu den politischen Wissenschaften auch die Statistik.

Neben den von J. H. Justi gelegten Grundlagen hatte auch der Aufklärer und Professor des Rechts an der Wiener Universität Karl von Martini (1724 oder 1726-1800) einen unbestrittenen Verdienst an der Entwicklung der Kameralwissenschaften. Sowohl mit seinen Lehrbüchern aus dem Bereich des Naturrechts und des allgemeinen Staatsrechts, als auch im Rahmen der Arbeiten an der Kodifikation des Strafrechts und des damals vorbereitenden allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs trug er zur Entwicklung des Privatrechts bei, das für die Entfaltung der modernen Gesellschaft notwendig war.

Politische Wissenschaften, deren Inhalt und Form dem aufgeklärten Absolutismus entsprachen, wurden zur theoretischen Grundlage der Reformen. Die Schüler von Sonnenfels wurden während der nächsten Jahren zu Professoren der politischen Wissenschaften an anderen Universitäten in der Habsburgermonarchie; es wurde sogar über „die Schule Sonnenfelds" gesprochen. Als erster Lehrstuhl außerhalb Wiens wurde der Lehrstuhl an der Universität in Prag errichtet, wo der Unterricht von Joseph Ignatz Butschek (1741-1821) geführt wurde (s. weiter), in Olmütz (später in Brünn) war Leopold Ludwig Schulz von Strassnitzki (1743-1814) tätig. Nach Schulz wirkte in den Jahren 1788 bis 1815 ein weiterer Schüler Sonnenfelds und späterer Assistent Christoph von Passy (1763-1837) in Brünn, in Troppau war es Karl Geist, Ignatz de Luca (1746-1799) in Linz und Innsbruck; zu weiteren Schülern gehörten z. B. Franz Joseph Bob, Anton Dobokai und Franz Giurkowitz.

Die Reformen aus den Jahren 1766 und 1770 führten eine obligatorische juristische Ausbildung für alle Typen des Verwaltungs- und Justizdienstes ein. Bedeutend waren auch die Hofdekrete vom 29. November 1770 und vom 19. Oktober 1771, dass alle, die eine Karriere als Herrschaftsbeamte anstrebten politische Wissenschaften absolvieren mussten. Seit 1784 wurden politische Wissenschaften an allen juristischen Fakultäten der Habsburgermonarchie zum Bestandteil von Rigorosen. Das alles erhöhte die Stellung von politischen Wissenschaften als Universitätsfaches und seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts wurde die entstehende ökonomische (volkswirtschaftliche) Wissenschaft aus der staatsrechtlichen, makroökonomischen, Regulierungs- und Finanzsicht aufgefasst und entwickelt. Eine sehr lange Zeit wurde sie als theoretische Disziplin[26] bloß an den juristischen Fakultäten unterrichtet.[27]

3.1 Unterricht der politischen Wissenschaften an Wiener Universität und Joseph von Sonnenfels

Der schon mehrmals erwähnte Joseph von Sonnenfels[28] (1733-1817) wurde in Nikolsburg in Mähren als Sohn des jüdischen Gelehrten und ehemaligen Berliner Rabbiners Lipmann Perlin geboren, welcher nach Nikolsburg übersiedelte, 1735 mit seinen drei Söhnen zum Katholizismus konvertierte und den Namen Wiener annahm. Im Jahre 1746 wurde sein Vater von Marie Theresia zum Freiherrn von Sonnenfels geadelt. Der junge Sonnenfels besuchte 1741-1743 das piaristische Gymnasium in Nikolsburg in Südmähren, dann studierte er Philosophie und Hebraistik in Wien und einige Zeit lang half er seinem Vater als Dolmetscher der hebräischen Sprache. Fünf Jahre diente er beim Militär als Dolmetscher, neben Hebräisch und Latein beherrschte er u.a. auch die französische, italienische und tschechische Sprache. 1755 begann er an Wiener Universität Jus zu studieren und nach dem Abschluss desselben wurde er Rechtsassistent beim Rechtsanwalt und Diplomaten Graf von Hartig. Dank seiner einflussreichen Freunden wurde er 1763 zum Professoren der Wiener Universität und zum Leiter des neu errichteten Lehrstuhls für politische Wissenschaften an der Juristischen Fakultät berufen.

Sonnenfels beeinflusste die Justiz und das Strafrecht mit seinem Werk *„Über die Abschaffung der Tortur"* (Zürich 1775) und setzte sich um Aufhebung des peinlichen Rechts in Österreich ein. Mit Unterbrechungen war er von 1765 bis 1775 Herausgeber des Wochenblattes *„Der Mann ohne Vorurteil"*[29] und Autor und Herausgeber des moralischen Wochenblattes für Frauen *„Theresie und Eleonore"* (1767, 1773, 1784). 1779 wurde er aktiver Hofrat der Österreichischen Hofkanzlei und bekleidete die Funktion des Direktors der Illuminationsanstalt für öffentliche Beleuchtung in Wien. Zweimal wurde er zum Rektor der Wiener Universität gewählt und 1811 wurde er zum Präsidenten der Wiener Akademie der bildenden Künste ernannt. Er hatte sich um eine Reform des österreichischen Theaters vor allem durch seine Urheberschaft des Werkes *„Briefe über die Wienerische Schaubühne"* verdient gemacht und wird auch als Reformator der

[25] Die Staatsverwaltung, welche sich auf innere Sicherheit einschließlich der Gerichtsagenda konzentrierte. Erst in den achtziger Jahren entstand eine Polizeibehörde in Wien und in den Landeshauptstädten Polizeidirektionen, welchen die Aufsicht über sonstige Verwaltungsinstitutionen, die Berichterstattung über die Lage im Land und die Erhaltung der öffentlichen inneren Ordnung oblagen. Siehe J. PETRÁŇ (Hg.), *Počátky českého národního obrození*, S. 109.

[26] Für allgemeine (Makro)ökonomische Wissenschaft wurde bis die Hälfte des 19. Jahrhunderts der Begriff „politische Wissenschaften" oder „politische Wirtschaft" benutzt. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde es in den böhmischen Ländern unter dem Einfluss der deutschen historischen Rechtsschule und ihres Vorgängers F. List mit der Benutzung der Bezeichnung „Theorie der Volkswirtschaft" oder „Nationalökonomie" begonnen.

[27] Der dominanten Stellung der juristischen Fakultäten im Unterricht der theoretischen Ökonomie wurde in böhmischen Ländern nach 1948 ein Ende bereitet.

[28] Der Lebenslauf siehe zum Beispiel J. GRUBER, *Josef Sonnenfels*, S. 224-227; Hildegard KREMERS, *Einleitung*, *Joseph von Sonnenfels: Aufklärung als Sozialpolitik: ausgewählte Schriften aus den Jahren 1764 –1798*, Wien 1994, S. 9-34; A. SMALL, ebenda, S. 406-490; Zdeňka STOKLÁSKOVÁ, *Vysoký státní úředník a reformátor. Příklad Josepha von Sonnenfelse*, in: Jiří MALÍŘ (Hg.), *Člověk na Moravě ve druhé polovině 18. století*, Brno 2008.

[29] Magdalena MATZNELLER, *Polizey und Publikation: Joseph von Sonnenfels und Der Mann ohne Vorurtheil,* Cornova, Jg. 3, 2013, Nr. 1, S. 29-37.

deutschen Sprache angeführt. Seine gesammelten Schriften aus mehreren Bereichen der Wissenschaft zählten zehn Bände und in den böhmischen Ländern fanden sie den größten Zuspruch in der Umgebung Brünns, wie die im zweiten Band angeführte Liste der Abonnenten zeigt.

Sein Hauptwerk im Bereich der Ökonomie aus dem Jahre 1765 umfasste drei Bände: *„Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz"*. Nach Bráf[30] war Sonnenfels nicht besonders originell – er stützte sich u.a. auf Justi, Montesquieu, Forbonnaise oder Melon. Zu weiteren Werken Sonnenfelds mit volkswirtschaftlichen Thematik gehören *„Abhandlung von der Theuerung in großen Städten und Mittel, ihr abzuhelfen"* (1769), ferner *„Von der Verwandlung der Domänen in Bauerngüter"* (1773) und *„Leitfaden in den Handlungswißenschaften"* (1776).

Die von J. H. G. Justi aufgeteilten Kameralwissenschaften in System der Staats- und politischen Wissenschaften wurden von Sonnenfels in das Unterrichtssystem aufgearbeitet und weiter aufgeteilt. Genauso wie Justi sah auch Sonnenfels das Ziel der Wirtschaftspolitik des Staates in der Entwicklung des Austausches und des Wachstums des Reichtums. Das Instrument zur Erreichung dieses Zieles sollte der Anstieg der Inlandsproduktion sein. Dazu sollte auch die „Polizey" dienen. Die Polizeiwissenschaft wurde von ihm als Zusammenspiel von allem definiert, was die Kraft und das Vermögen des Staates aufrechterhält und vermehrt und auch die Existenz des Menschen im Staat unterstützt. Er betonte nicht nur den Export, sondern er hielt auch vor allem die Entwicklung des Innenmarktes für wichtig. Nach Bráf[31] stellte Sonnenfels den ausgeprägtesten Vertreter der sog. Populationsrichtung dieser Lehre dar, was u. a. aus seiner Lehre über die Bilanz des Außenhandels ersichtlich ist. Er unterschied die aufgrund des Geldwertes des Exportüberschusses gemessenen „Rechnungsbilanz" von der „Nutzungsbilanz", welche die Ernährung der größten Menschenanzahl sicherstellen konnte. Seine ganze volkswirtschaftliche Lehre drehte sich um die Grundidee, dass „der Grundsatz der reichhaltigsten Bevölkerung gemeinsamer Führungsgrundsatz aller Staatswissenschaften sei."[32] Für die erste und grundsätzliche Voraussetzung der Macht und des Aufschwungs des Staates hielt Sonnenfels die Erhöhung der Bevölkerungsanzahl (nicht nur aufgrund der höheren Anzahl von Soldaten und Steuerzahlern, sondern auch aufgrund der größeren Anzahl von Arbeitskräften und höheren heimischen Warenverbrauchs). Zur Erfüllung dieses Zieles wollte er nicht nur ein ordentliches und mildes Recht oder eine sich nicht ändernde Steuer, sondern auch Aufhebung sämtlicher Ehehindernisse, weiters die Errichtung von Waisenanstalten und Stiftungen für die Aussteuer von armen Bräuten (die Geldmittel dazu wollte er aus dem Nachlassvermögen von ledigen Personen, aus Geldbußen und auch aus Steuern, welche auf Ehen von sich dem Alter unverhältnismäßig unterscheidenden Personen gelegt wurden, lukrieren), mildere Versteuerung der Verheirateten gegenüber den Ledigen und absolute Gleichberechtigung der ehelichen und unehelichen Kindern. Die Grundvoraussetzung sollte die Bewegungsfreiheit sein und die Leibeigenschaft bezeichnete er als Schandfleck und Schmähung der Menschheit.[33]

Er sprach sich gegen das Verbot der Auswanderung aus, weil niemand unter Gewaltanwendung auf dem Wohnort gehalten werden solle, denn in solchem Falle wäre seine Heimat zum Kerker geworden und dazu könne sich der Staat nicht hergeben.

Die steigende Anzahl der Bevölkerung rief jedoch die Gefahr einer Nahrungsmittelknappheit hervor, weswegen er seine Aufmerksamkeit vor allem auf die Landwirtschaft richtete, deren Entwicklung mit agrotechnischen Eingriffen, mit Anbau von neuen Produkten und mit Schutzpolitik zu Gunsten des Bauernstandes erlangt werden sollte. Statt großer ausgedehnter Grundstücke forderte er kleinere landwirtschaftliche Komplexe, damit eine höhere Leistungsfähigkeit erreicht werden konnte. Er lehnte jedoch eine Bodenreform ab, welche in der Ablösung oder unfreiwilliger Aufteilung von großen Grundstücken bestünde, sowie die Zuteilung des nichtbebauten Staatsbodens (sog. innere Kolonisation) an ausgediente Soldaten oder freigelassene Sträflinge. Die landwirtschaftliche Arbeit wurde seiner Ansicht nach bisher unterschätzt und so appellierte an adelige Bodeneigentümer, dass sie statt eines genusssüchtigen Lebens in den Städten lieber selber wirtschaften sollten. In den Werken Sonnenfelds scheinen auch Dezentralisierungstendenzen auf: In den Verurteilungen überfüllter Städte, in seinen Vorschlägen, dass der Hof keinen ständigen Sitz haben, sondern über ganzes Land reisen sollte damit dort Geld ausgegeben würde, dass höhere Schulen auch in ländlichen Gebieten und nicht nur in Städten wären, dass die Adelige eine bestimmte Anzahl von Monaten auf ihren Landsitzen und nicht in Wien verbringen würden usw. Diese Vorschläge waren durch das Missverhältnis im Geldumlauf und die ungleichmäßige Entwicklung einzelner Gebiete motiviert. Er sprach sich jedoch gegen das Verbot der Geldausfuhr und gegen die Reduktion der Zinsen aus Staatsanleihen aus und empfahl er die Einschränkung von Staatsausgaben und die Wirtschaftlichkeit.

3.2 Unterricht der politischen Wissenschaften an der Universität in Prag und Joseph Ignatz Butschek

Die Situation in Prag war der in Wien ähnlich. 1752 war das Studium an der Prager Philosophischen Fakultät durch einen Erlass Maria Theresias in ein zweijähriges Studium eingeführt, welches jedermann zu absolvieren hatte, bevor er an der Juristischen oder Theologischen Fakultät studieren begann. Im Rahmen der „Universitätsvorbereitung" wurde auf Lateinisch „praktische Philosophie" unterrichtet, welche Ethik, Politik, Naturrecht und ökonomische staatsrechtliche Realien umfasste. Diesen Block trug Joseph von Jurain (1726-1812) nach dem 1755 in Wien herausgegebenen Buch *„Ethica et ius naturae"* von Franz Xaver Roys vor.[34] Jurain war kein Lehrer der Karl-Ferdinand-Universität, sondern er gehörte zu dem Jesuitenkollegium

[30] Albín BRÁF, *Politické vědy v Čechách na sklonku věku osmnáctého a v první polovici devatenáctého,* in *Albín Bráf; Život a dílo. II. svazek*. Prag 1923, S. 7.
[31] Ebenda.
[32] Ebenda.
[33] J. GRUBER, *Josef Sonnenfels,* S. 226.
[34] Ivana ČORNEJOVÁ, *Dějiny Univerzity Karlovy. Díl II. 1622–1802*. Prag 1996, S. 110.

in St. Clement in Prag. Selbst gab er das Werk *„Lucubrationes ethico-politicae in ius naturae“* (Prag 1759) heraus.

1766 wurde der Lehrstuhl für politische Wissenschaften an der Philosophischen Fakultät der Prager Universität neu errichtet und Joseph Ignatz Butschek (1741-1821) an dessen Spitze eingesetzt. Er stammte aus Freiberg in Mähren, studierte in Olmütz Philosophie und nahm, angesichts seiner Sprachkenntnisse am siebenjährigen Krieg (1756-1763) teil, bevor er unter Leitung Sonnenfels an der Wiener Universität studierte. Mit nicht einmal 30 Jahren erhielt er auf Sonnenfels Empfehlung eine Professur an der Prager Universität und schon 1766 hielt er Vorträge in dem neu errichteten Fachbereich „politische Wissenschaften“ an der Philosophischen Fakultät der Prager Universität.[35] Während die vorherigen Lehrstühle (Professuren) bis 1763 von dem Kollegium Clementinum besetzt und von der Gesellschaft Jesu (den Jesuiten) honoriert wurden und die Professoren aus den Reihen der Jesuiten ausgewählt wurden, war der Lehrstuhl der politischen Wissenschaften laienhaft. Er wurde von der Regierung Maria Theresias gegründet, welche die Professoren auch ernannte und honorierte. Der Unterricht wurde in deutscher und nicht in lateinischer Sprache abgehalten, was eine positive Tendenz zur gegebenen Zeit war.

1774 entstand an der Prager Fakultät der Lehrstuhl für Statistik durch Umwandlung des vorherigen Lehrstuhls für Geschichte, Geographie und Heraldik. In dieser Zeit war die Statistik nicht nur eine historische Hilfswissenschaft, sondern wurde zur Wissenschaft über den gegenwärtigen Stand des Staates, sein Gebiet auch nach physikalischer Seite, die Bevölkerung und die Beziehungen zum Ausland. Die Statistik als Disziplin nutzte damals fast keine Mathematik, numerische Angaben wurden nur unsystematisch benutzt; es überwog die verbale wirtschaftliche und geographische Beschreibung der zeitgenössischen Realität.[36] Die Statistik wurde sehr oft in enger Anknüpfung an politische Wissenschaften (manchmal auch von den selben oder supplierenden Lehrern) vorgetragen und genauso wie in Wien gehörte sie in die Gruppe der Staatswissenschaften und des Naturrechts.

Der Fachbereich der politischen Wissenschaften als unteilbarer Block der „Polizei-, Handels- und Kameralwissenschaften“ wurde 1784 zusammen mit Butschek der Prager Juristischen Fakultät zugeteilt, wo er im vierten Jahrgang unterrichtet wurde (jedes Fach im Block einsemestrig). Das Lehramt an der Juristischen Fakultät wurde von Butschek bis 1807 bekleidet; er wirkte hier also 40 Jahre bis zu seinem 66. Lebensjahr. 1810 wurde er zum „Ritter von Heraltitz“ geadelt. Er starb am 26. März 1821 in Prag. Genauso wie Sonnenfels gehörte auch Butschek den sog. Populationisten an, nach welchen das Grundziel der staatlichen Wirtschaftspolitik im Wachstum der Bevölkerungszahl bestehen sollte. Butschek, wie auch andere Aufklärer, orientierte sich in seinem Werk zuerst auf das Strafrecht. Es wird überliefert, dass er 1765 das Werk von C. Beccaria *„Dei delitti e delle pene“* („Von den Verbrechen und von den Strafen“) ins Deutsche übersetzte.[37] Nach Bráf ist eine weitere Urheberschaft des anonymen Aufsatzes *„Briefe zweener Böhmen über einige die Staatsverfaßung ihres Vaterlandes betreffende Gegenstände“* (1777) wahrscheinlich. Es handelt sich um die einzige Publikation, die von Bráf positiv bewertet wird. Butschek ist weiter als Autor des Buches *„Grundris der Forstwißenschaft“* (1778) angeführt. Eine weitere Publikation, auf welche frühere Quellen aufmerksam machten und welche bis in die Gegenwart leider nicht überliefert ist, trägt den Titel *„Geschichte und Betrachtungen über das böhmische alte und neue Finanzwesen“*.[38]

Butscheks Werk *„Versuch über die Absichten der Landesregierung bey Leitung der Landwirthschaft nebst angehörigen Lehrsätzen aus der Polizey-, Handlungs- und Finanzwißenschaft“* wurde als Bestandteil der Doktoratsverteidigung seines Schülers Ignatz Swietetzky von Czernczicz am 12. Mai 1768 herausgegeben; ohne den mehrseitigen, der Herrscherin Maria Theresia gewidmeten Einleitungsteil erschien dieses Werk fast in unveränderter Fassung unter dem Titel *„Abhandlung von der Polizey überhaupt und wie die eigentlichen Polizeygeschäfte von gerichtlichen und anderen öffentlichen Verrichtungen unterschieden sind“* erneut. Im Geiste Montesquieus enthält es Lob für die Landwirte und plädiert für die Freiheit des Bauernstandes, gegen die Unterdrückung von dem Beamtentum und für die Aufteilung von Großgrundbesitzen in Erbpachtbauernhöfe und die Kolonisation des ungenützten Bodens. Die Idee der Bodenaufteilung wurde damals in Europa öfters aufgebracht und auch an mehreren Orten durchgeführt. Es wurde angenommen, dass es auf solche Art und Weise gelingen würde, den Missbrauch des landwirtschaftlichen Bodens für andere unproduktive Zwecke (z. B. für Jagdreviere) zu verhindern. Von der Zersplitterung des Bodens, d. h. vom Zerfall der Großgrundbesitze und der landwirtschaftlichen Großproduktion, versprach sich Butschek eine Hebung der Landwirtschaft als wichtiges Gebietes, was auch der allgemeinen Ansicht der Kameralisten entsprach.

Seine *„Abhandlung“* weicht von den Grenzen der Kameralwissenschaften nicht so sehr ab, wie die Theorien von Sonnenfels und Justi. Der zweite Teil des Buches enthält die nummerierten kurzgefassten Thesen betreffend die Polizei-, Handels- und Finanzproblematik. Diese Thesen mussten die Studenten auswendig lernen und bei der Prüfung darüber diskutieren.

Überall im Buch ist der Einfluss von französischen Aufklärern und Denkern, vor allem Physiokraten sichtbar. Es enthält jedoch auch Ideen, welche von Adam Smith zu dieser Zeit präziser formuliert wurden; die Verweise auf Smith findet man jedoch nirgendwo. Nach Butschek sollte sich z. B. das Streben des Staates mehr auf Abschaffung von Hindernissen, als auf die Schaffung positiver Ansätze konzentrieren. Nach seiner Ansicht gehörten zu diesen Hindernissen: Monopole, ausschließliche Gesellschaften, Bewilligung von Vorteilen infolge der Steuerbefreiung, Manufakturen auf Rechnung des Landesherrn, Ausschließlichkeit von den Ständen oder die zu hoch versteuerte Produktion. Alle diese Hindernisse sollten nachteilige Folgen für Manufakturbetriebe haben.

[35] Siehe I. ČORNEJOVÁ (Hg.), ebenda, S. 112 ff.
[36] I. ČORNEJOVÁ (Hg.), ebenda, S. 160-161; Jan HAVRÁNEK (Hg.), *Dějiny Univerzity Karlovy. Díl III. 1802–1918*. Praha 1997, S. 42.
[37] A. BRÁF, ebenda, S. 8; Zeitgenössische Übersetzungen ins Englische und Französische führen Lorenzo BENADUSI, Paolo L. BERNARDINI (Hg.), *Homosexuality in Italian Literature, Society, and Culture, 1789–1919*. Newcastle 2017, S. 105 an.
[38] A. BRÁF, ebenda, S. 8-10.

Das Staatswohl hing nach Butschek erst von guter und vollständiger Gesetzgebung und dann von genauer Erfüllung der Gesetze ab. Die erste Aufgabe fällt in die Zuständigkeit der Legislative, die zweite in die der „Polizey". Die Definition des Begriffes „Polizey", welchem heute eine andere Bedeutung zugeschrieben wird, ist nach Butschek folgende: *„Die Polizey, oder die Kunst, die einmal ordentlich verabfassten Gesetze hinlänglich handzuhaben und in Vollziehung zu bringen, oder auch, welches auf das Nämliche hinaus läuft, jene öffentlichen Angelegenheiten, bei welchen durch bloße Gesetzgebung wenig, oder gar nichts auszurichten ist, auf eine dem gemeinschaftlichen Besten zusagende Art zu verwalten."*[39] Der Begriff „Polizey" war also damals breiter als heute und es handelte sich um die vollziehende (öffentlich-rechtliche) Gewalt im weiteren Sinne; von der richterlichen Gewalt wich sie durch die Art der Leitung ab. Der Begriff umfasste z. B. die Aufsicht über das Gewerbe, gute Sitten, Preise, Qualität der Lebensmittel, Landstreicher, Bettler und die Arbeitsscheuen.

Der zweite Teil des Buches Butscheks mit nichtnummerierten Seiten gewährt eine gute Vorstellung über seine Anschauungen. Es handelt sich um „Sätze aus den sämtlichen politischen Wissenschaften", worunter öffentliche Verwaltung, Ökonomie und Finanzwissenschaft verstanden sind.

Auswahl der Thesen aus der Handelswissenschaft:

„2. Ein blühender Zustand der Landwirtschaft ist die ergiebigste Quelle des Nationalreichtums. Sie ist damals blühend, wenn erstens: alles Erdreich genützet; zweitens: wenn alles Erdreich auf die vorteilhafteste Art, in Beziehung auf den Anbau benutzet wird und wenn drittens: alles Erdreich so benutzet wird, wie es das Verhältnis der übrigen damit verbundenen oder davon abhangenden Beschäftigungen erfordert.

6. Diejenigen Manufakturen verdienen die erste Aufmerksamkeit des Staates, wozu der Nationalstoff entweder wirklich vorhanden ist, oder doch mit leichter Mühe erzielet werden kann; denn die Manufakturen, welche fremden Stoff verarbeiten, werden sich nur so lang erhalten, so lang sie den fremden Stoff unter behaglichen Bedingnissen von auswärts erhalten können.

7. Die Eigenschaften, welche den Manufakturen einen guten Absatz versichern können, sind: erstens der wohlfeile Preis, zweitens: Güte, drittens: Schönheit, viertens: Mannigfaltigkeit; und dieses gilt sowohl auf in- als auch auf ausländischen Handelsplätzen.

10. Das Verbot der Ausfuhr vom rohem Stoffe kann selten ohne Nachteil der Landwirtschaft und in Folge der Zeit auch der Manufakturen geschehen; es sei denn, dass der rohe Stoff nicht ein Hauptzweck der Erzieglung wäre, oder dass ihn ein Land ausschließend besäße.

11. Bei genauer Betrachtung der Mauthe ergiebt sich, dass sie nicht als ein Finanzgegenstand, sondern viel mehr als eine mit dem Kommerzwesen nur gar zu genau verbundene Angelegenheit zu betrachten sind und dass ein Land, in Rücksicht auf das Kommerzwesen am vorteilhaftesten daran wäre, wenn es bei ordentlicher Regulierung derselben gar keine Einkünfte von den Mauthen bezöge.

14. Die Verbote, eine der Nationalware ähnliche fremde einzuführen, sind entweder überflüssig, oder selbst wegen des zu besorgenden Schleichhandels und unterbrechenden Wetteifers von Seiten einheimischen Manufakturanten und sodann übermäßiger Theuerung, nachteilig. Außerdem geben sie gemeiniglich zur wechselseitigen Nationalrache Anlass und zerstören in Folge der Zeit die Handlungsfreiheit und die damit verbundenen wechselseitigen Vorteile. Die hohen Mauthe statt der Verbote haben größtenteils einen ähnlichen Erfolg."

Aus der Finanzwissenschaft:

„1. Die Finanzwissenschaft enthält den Umfang der Grundsätze, welche lehren, wie die Staatseinkünfte behoben werden müssen oder, wie der Anteil des Nutzens, welchen der Regent an dem allgemeinen Überflusse hat zu bestimmen, zu beheben und wieder zu verteilen sei. Die Staatseinkünfte müssen in Anbetracht des ganzen Staats und dessen öffentlichen Bedürfnissen zureichend und in Anbetracht des Beisteuernden mäßig sein. Aus diesem Grundsatze lassen sich bei weiterer Zergliederung alle Eigenschaften eines wohl verwalteten Finanzwesens ableiten."[40]

4. Kameralisten und Reformen der Landwirtschaft

Für die Kameralistik herrschten im Bereich der Ökonomie die größten Hindernisse in der Landwirtschaft, und zwar in der Form der Leibeigenschaft, später des Frondienstes. Die Landwirtschaft wurde von den Kameralisten in der Hierarchie des Wirtschaftslebens am höchsten geschätzt. Nach ihrer Ansicht bildet sie die Grundlage für die Entwicklung sonstiger Bereiche der Volkswirtschaft und stellt eine Voraussetzung der Bevölkerungsentwicklung dar. Sie gewährt die Rohstoffe für die Manufakturen, der handwerklichen Produktion und Lebensmittel für die Bevölkerung. Die Entwicklung und der Anstieg der landwirtschaftlichen Produktion sollten durch agrotechnische Eingriffe, den Anbau neuer Früchte, die Aufklärungsaktionen und die Unterstützung von Bildungsaktivitäten erreicht werden. Die Grundlage für die Leistungsfähigkeit stellten die Vorschläge auf Parzellierung großer Landwirtschaftskomplexe dar. Die Ansichten über dieses Problem formulierte Johann Peter Süßmilch (1707-1767) schon 1741 in seinem Buch *„Die göttliche Ordnung in den Veränderungen des menschlichen Geschlechts aus der Geburt, dem Tode und der Fortpflanzung desselben"*. Zu den Kameralisten mit einer ausgeprägten Autorität in dieser Problematik gehörten G. W. Justi, J. Sonnenfels *(„Von der Verwandlung der Domänen in Bauerngüter", 1773*) oder in böhmischen Ländern J. I. Butschek.

Die Parzellierung von Grundstücken wurde bis zur Hälfte des 19. Jahrhunderts als Lösung betrachtet. Sie wurde als Verstärkung der persönlichen Freiheit von Landwirten und der Sicherheit des Ackerbodenbesitzes gesehen. Zu der Parzellierung gehörte nach der Mehrheit der Kameralisten vor allem auch die Aufteilung von Adelsdomänen. Die Aufteilung sollte den Frondienst in Geld- oder Naturalleistungen umgestalten und die Sicherheit des Bodenbesitzes verstärken. Der Boden sollte den Untertanen in langfristige Miete zugewiesen werden. Die Folge wäre die Erhöhung der persönlichen Freiheit und der Sicherheit des Eigentums der landwirtschaftlichen Bevölkerung. Von der Aufteilung großer Landwirtschaftskomplexe wurde die Erhöhung der Anzahl der landwirtschaftlichen Bevölkerung

[39] Joseph Ignatz BUTCHEK, *Abhandlung von der Polizey überhaupt und wie die eigentlichen Polizeygeschäfte von gerichtlichen und anderen öffentlichen Verrichtungen unterschieden sind*. Prag 1778, S. 33.

[40] J. I. BUTCHEK, *Abhandlung*.

erwartet. Die Aufteilung sollte einen Anlass zum Anstieg der landwirtschaftlichen Produktion geben und damit günstige Bedingungen auch für Erhöhung des zahlenmäßigen Standes der nichtlandwirtschaftlichen Bevölkerung schaffen.

Nach Butschek sollten auch größere Grundstücke von Bauern zum Aufteilungsgegenstand werden. Diese sollten sich in kleine Häuslerwirtschaften in der Größe von 3 bis 5 Joch Boden (d.h. etwa 0,75 bis 0,85 ha) unterteilen. Ein Beispiel war für ihn die Domänenaufteilung in Mecklenburg und in Holstein in Deutschland. Butschek hat die landwirtschaftlichen Höfe der Bauern mit einem Ausmaß von 60 Joch Boden und Häuslerwirtschaften über 3 bis 5 Joch Boden verglichen. Während von einem Hof mit einer Größe von 60 Joch Boden durchschnittlich sechs Menschen lebten, konnten sich nach der Parzellierung in Grundstücke von der Größe von etwa 3 bis 5 Joch Boden durchschnittlich 48 Menschen ernähren. Gleichzeitig würden auch etwa Steuern im Wert 250 Gulden abgeführt werden, während sonst nur etwa Steuern im Wert von 30 Gulden abgeführt worden wären. Die böhmischen Länder könnten nicht wie bisher eine Million, sondern bis zu fünf Millionen Einwohner ernähren.

Butschek suchte nach Lösungen, damit ungenützter Boden ökonomisch genutzt werden könne und damit die Beschäftigung in der Landwirtschaft und die Auslastung des Bodenfonds erhöht werden können. Seine Vorschläge umfassten die Bodenerforschung, kartographische Bearbeitung und fachmännische Ausbildung der Landwirte. Er schlug Methoden vor, wie der Staat den Markt mit landwirtschaftlichen Produkten in der Form der Errichtung von Getreidelagern regulieren sollte (Joseph II. erklärte dies als Pflicht). Der Anstieg der Beschäftigung in der Manufakturproduktion, im Handel und im Bereich der Gewerbe erforderte eine Unterstützung einer weiteren Verarbeitung und Veredelung der Rohstoffe, Materialen bis in das Niveau der Endproduktion. Diese Prozesse waren mit der Schaffung neuer Arbeitsplätze verbunden. Die traditionelle Ansicht beruhte auf der Vorstellung, dass die Entwicklung der Verarbeitungsproduktion in der Form der Manufakturproduktion die Ausfuhr von Fertigerzeugnissen und die Verarbeitung der im Inland gewinnenden Rohstoffe ermöglicht. Das Endziel sollte dann in der Unterstützung der Ausfuhr und in ihrer Überhöhung der Einfuhr zum Zwecke des Geldzuflusses in die Ökonomik bestehen.

Eine andere Ansicht als Butschek über die optimale Größe der Landwirtschaften vertrat der Professor der Naturwissenschaften in Prag, Franz Carl Zauschner in seinem polemischen Buch *„Praktische Untersuchung ob es dem Staate vortheilhafter wäre, wenn man die Domänen oder andere herrschftlichen und Bauergüter bes. im König. Böhmen zertheilen möchte"* von 1770.[41] Aufgrund der agrotechnischen Argumenten bewies er, dass die von Butschek vorgeschlagene kleine Größe die Familie des Häuslers nicht ernähren könne, weil er sich keine Vorräte für Missernten schaffen könne und weil ein solches Ausmaß keine gute Basis für die Besteuerung darstelle. Die Größe, die eine gewisse Anzahl von Leuten ernähren kann, hängt nach Zauschner von der Lage und Ertragsfähigkeit des Grundstücks ab, was Butschek überhaupt nicht in Betracht zog. Die vorgeschlagene Aufteilung würde zwar zum Anstieg der Anzahl von Häuslern führen, jedoch in ihren Folgen auch zur Senkung der Produktion und des Steuerertrages und damit auch zur Abschwächung der Staatsmacht.[42] Johann Mehler (1739-1809), welcher sich 1776 um Ernennung für den neu errichteten Fachbereich „landwirtschaftliche Lehre" an der Prager Philosophischen Fakultät gegen Butschek ohne Erfolg bewarb, gab später in Prag mehrere Abhandlungen mit landwirtschafts-wirtschaftlicher und landwirtschafts-technologischer Thematik heraus, wie z. B. *„Abhandlung über eine kleine Landwirthschaft oder Beantwortung verschiedener zergliederter wirthschaftlicher Fragen"* (1793) oder *„Die Landwirthschaft des Königreiches Böhmen nach Grundsätzen und Erfahrungen abgehandelt I. – IV."* (1795–1798).

Im Geiste der Populationskameraltheorie erschienen verschiedene Vorschläge zur Unterstützung oder direkten Durchführung von landwirtschaftlichen Reformen. Zum Beispiel wurde 1775 in Ost- und Nordostböhmen mit der Verwirklichung der Agrarreform, der sog. Raabisation angefangen, welche nach seinem Schöpfer, dem Hofrat Franz Anton Raab (1722-1783) benannt wurde. Das Ziel dieser Reform bestand in der Erhöhung der landwirtschaftlichen Produktion und im Bevölkerungsanstieg durch Gründung von Dörfern. Das Wesen der Reform stellte die Parzellierung des Dominikallandes des aufgelösten Jesuitenordens und seine Aufteilung unter den Landwirten, sowie die Umwandlung der Frondienstpflichten in bezahlten Dienst dar. 1777 beschrieb und begründete Raab seine Pläne in dem Buch *„Unterricht über die Verwandlung der k.k. böhmischen Domänen in Bauerngüter"*. In Mähren wurde die Raabisation vom Direktor der Staatsdomänen Anton V. Kaschnitz durchgeführt.

Zu dieser Zeit entstanden die Getreidespeicher. Ihre Grundlage bestand in den Kontributions-Getreidefonds in Form von Naturalien, als die Obrigkeit nach der ursprünglichen Absicht Josephs II. die Pflicht hatte, im Falle einer Missernte ihren Untertanen (also den Bauern) Saatgut aus ihren Vorräten zur Verfügung zu stellen. Dies wurde auf vielerlei Art und Weise und in den meisten Fällen zu Lasten der Untertanen durchgeführt, sodass das Patent Josephs II. vom 9. Juni 1788 verordnete, dass jeder mit Ackerboden verfügende Untertan drei Jahre lang zu Gunsten des Gemeindegetreidespeichers aus vier Getreidearten (Weizen, Roggen, Gerste und Hafer) ein Drittel aus der zum Saat bedürftigen Menge von jeder Getreideart abgibt. Auf diese Art und Weise entstanden die zur einjährigen Saat notwendigen Getreidevorräte auf einzelnen Herrschaftsgütern. Nach dem Patent wurden die Getreideanleihen den Beteiligten, d. h. denjenigen, welche das Getreide in die Getreidespeicher abführten, gewährt. Die Schuldner hatten die um den Zins erhöhte Anleihe wieder in Getreide zurückzuzahlen. Weil die Getreidevorräte über den Verbrauch angestiegen sind, wurde es später erlaubt, einen Teil der Vorräte zu verwerten und den Zins in Geld zu entrichten. So entstanden die Geldkontributionsgetreidefonds. Die Beteiligung an Kontributionsfonds und die von diesen gewährten Anleihen hafteten auf dem Bauernhof, wurden mit diesem übertragen und in die Grundbücher eingetragen. Die Fonds waren selbständige juristische Personen öffentlich-rechtlichen

[41] A. BRÁF, ebenda, S. 9-10.
[42] Ebenda, S. 10.

Charakters; das in den Getreidespeicher abgeführte Getreide hatte einen Charakter der öffentlichen Abgabe und die Beteiligten konnten weder eine Auszahlung ihres Vermögens fordern, noch austreten. Die Fonds standen unter Aufsicht der Kreisämter. Nach 1848 wurden die Fonds zur Grundlage für die Entstehung der Wirtschaftskassen und Bezirkswirtschaftskassen.[43]

Fazit

Die Grundthese der Kameralwissenschaften, dass das Staatwohl von guter und vollständiger Gesetzgebung, von genauer Durchführung der Gesetze und vom fachlich gebildeten Berufsbeamtentum zusammen mit aufklärerischen Philosophie abhänge, legte die Grundlagen für moderne Kodifikationsbestrebungen, die Entstehung des Systems der ökonomischen Hochschulausbildung, die für wirtschaftliche Hebung des Staates notwendigen legislativen Änderungen, den Populationismus und die Reformen der Landwirtschaft. In diesem Beitrag wurde die Etappe der Entstehung und Entwicklung der Kameral- und politischen Wissenschaften sowohl inhaltlich, als auch zeitlich und in Bezug auf bedeutende Persönlichkeiten abgegrenzt. Politische Wissenschaften, deren Inhalt und Form dem aufklärerischen Absolutismus entsprachen, wurden zur Grundlage der Reformen Maria Theresias und vor allem Josephs II.

Die Zeit der fünfziger und sechziger Jahre des 18. Jahrhunderts war charakteristisch durch erste Reformen der Staatsverwaltung, Errichtung von „Lehrstühlen" der Kameralistik und politischer Wissenschaften an den Universitäten in der ganzen Monarchie und den Anfang der Kodifikationsbestrebungen. Zu den Gründungspersönlichkeiten, Schöpfer der Konzeption und Autoren der Lehrbücher gehörten J. H. G. Justi und J. Sonnenfels. Weitere Vertreter waren der Jurist und Professor der Wiener Universität K. A. Martini und der persönliche Arzt Maria Theresias, G. van Swieten. Der weitere Verlauf von den siebziger Jahren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts wird durch die Entwicklung der Kameralwissenschaften zusammen mit grundlegenden Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtsreformen, durch Wirkung J. Sonnenfels in Wien, J. I. Butscheks in Böhmen und weiterer Schüler Sonnenfelds in der ganzen Habsburgermonarchie charakterisiert.

[43] Ilona BAŽANTOVÁ, *Družstevní a svépomocné koncepce v českém ekonomickém myšlení: Vývoj názorů a pokusů o praktickou realizaci do roku 1948.* Prag 2002, S. 67, 175.

Die Präterintentionalität in der ungarischen Strafrechtswissenschaft und in der Kodifikation vor 1848*

(Liability for Crimes with Unintended Result in Hungarian Criminal Jurisprudence and Codification Before 1848)

*Szilvia Bató***

Abstract

The study presents opinions on the liability for crime with unintended results formed before 1848 in Hungarian criminal jurisprudence and codification. It analyses the four tendencies (dolus indirectus, culpa dolo determianata, aggravation, transient category) of German criminal law, which was used as a model in the literature of Hungarian criminal law published from the middle of the 18th century to 1848 (manuals, studies), as well as in textbook manuscripts and bills. The transient category does not occur among these, and aggravation can only be found in one bill (1843). The wide-spreading of Feuerbach's theory started with a textbook manuscript in 1813, and it has become known and at least partly accepted by every author since 1820.

Keywords: *dolus; culpa; dolus indirectus; culpa dolo determinate; Hungarian criminal law before 1848; crime with unintended result (praeter intentionem crime).*

Vorbemerkungen

Ein Einwohner des Dorfes Csaba (Komitat Békés, heute Békéscsaba in Südostungarn), András Brezovszky (alias Bajusz) tötete Joseph Matis (aus Württemberg) in einem Raufhandel ohne tödliches Mittel (nullo lethifero instrumenti). Der Angeklagte wurde durch das Komitatsgericht (sedria) nicht wegen Mordes verurteilt. Die Richter bewerteten die Tathandlung im Jahr 1795 als eine fahrlässige Tötung (homicidium culposum), da der Angeklagte keinen Tötungsvorsatz hatte. Etwa 30 Jahre später verurteilte dasselbe Komitatsgericht einen Adeligen, Mihály Szabó wegen fahrlässiger Tötung, weil er im Streit ohne Mordvorsatz einmal auf den Kopf von János Meleg schlug. Die Strafe war in beiden Fällen schwerer als bei einer gewöhnlichen fahrlässigen Tötung, dennoch milder als bei Mord.[1]

Diese Rechtsfälle gehören zu einem wichtigen Teilproblem der Verantwortlichkeit: wie das Rechtssystem auf die Straftaten reagiert, deren Begehung einen weiteren, schwereren Erfolg nach sich zieht. Dieser Beitrag stellt die verschiedenen dogmatischen Lösungen vor, die den zeitgenössischen ungarischen Richtern zur Verfügung standen. Diese Aussage ist für einen Strafrechtsexperten sehr überraschend und absurd, da der Richter immer die Regel des Strafgesetzbuchs anwendet. Der Richter hat in den Strafsachen keine Möglichkeit aus verschiedenen dogmatischen Modellen zu „wählen", da das Legalitätsprinzip (nullum crimen sine lege) herrscht. Doch war dies in Ungarn ganz anders.

Das Rechtsquellensystem des ungarischen Strafrechts hatte bis zum 1. September 1880 eine besondere Eigenschaft: Es fehlte an einer einheitlichen gesetzlichen Regelung. Abgesehen von kurzen Perioden (1787–1790[2] und 1852–1860[3]), war das Gewohnheitsrecht die herrschende Rechtsquelle. Die Kodifikationsversuche (1791–1795;[4] 1827–1830;[5] 1841–1844[6]) blieben bis zum Gesetzartikel Nr. V aus dem Jahre 1878 (sog.

* This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences: „A szokásjog működési mechanizmusai és a büntetőjogi modernizáció: a vegyes bűnösség a 19. század első felében [Die Funktionsmechanismen des Gewohnheitsrechts und die Modernisierung des Strafrechts: Präterintenionalität in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts] (2012-2015, Universität Szeged)".

** Szilvia Bató, PhD, Szeged, Ungarn.

1 Ungarisches Nationalarchiv, Komitat Békés Archiv, Békés Vármegye Törvényszékének iratai, Büntető perek [Schriften des Komitatsgerichts von Békés, Strafprozesse] 1715-1847, BML IV.A.10.c/6. 1795/38; 1795/40; 1795/50; 1795/58; BML IV.A.10.c/8. 1820/95; 1821/5; 1821/23; 1824/74; 1824/113; BATÓ, Szilvia, *Tudomány – oktatás – praxis: a bűnösség megítélése a kodifikálatlan büntetőjog korában [Wissenschaft – Unterricht – Praxis: Die Beurteilung der Verantwortlichkeit in der Zeit des nicht kodifizierten Strafrechts]*, in: A jogtudomány helye, szerepe és haszna. Tudománymódszertani és tudományelméleti írások. Hrsg.: BÓDIG, Mátyás – ZŐDI, Zsolt, Budapest, 2016, S. 197-218.

2 HAJDU, Lajos, *Das Strafgesetzbuch Josephs II in Ungarn,* Annales Univ. Sci. Budapest, Sectio Iuridica 1973, S. 29-48; RÜPING, Hinrich – JEROUSCHEK, Günter, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte,* München, 2002, S. 83-84.

3 KOVÁCS, Kálmán, *Zur Geschichte des ungarischen Strafrechts und Strafprozessrechts 1000-1918,* Budapest, 1982, S. 35.

4 HAJDU, Lajos, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet [Der erste ungarische Strafkodexentwurf (vom J. 1795)]*, Budapest, 1971; BALOGH, Elemér, *Die ungarische Strafrechtskodifikation im 19. Jahrhundert,* Berlin, 2010, S. 9-11, 30-38, 49-144.

5 BALOGH 2010, S. 6-9, 11-12, 44-45, 145-204.

6 FAYER, László, *Az 1843-iki büntetőjogi javaslatok anyaggyűjteménye [Materialsammlung der Gesetzvorlagen im Jahre 1843]*, Band I-IV. (Budapest, 1896-1902) Reprint, Budapest, 2004; KOVÁCS 1982, S. 28; BALOGH 2010, S. 12-18, 45-46, 205-305.

Csemegi-Kodex)[7] erfolglos.[8] Wegen dieser eigenartigen Rechtsentwicklung lassen sich die grundlegenden Merkmale des ungarischen Strafrechts nur aus der Gerichtspraxis ermitteln.

Aufgrund eines fehlenden kodifizierten Strafgesetzbuchs entwickelte sich die strafrechtliche Fachliteratur erst relativ spät, die ersten Werke wurden Mitte des 18. Jahrhunderts verfasst (István Huszty 1710?–1778?; Gábor Gochetz???–???; Mátyás Bodó 1690–???).[9] Nach einem Stillstand publizierten Pál Szlemenics (1783–1856), Sámuel Fabriczy (1791–1858), Mátyás Vuchetich (1767–1824), István Szokolay (1822–1904) und Adolf Kassay (1828–1903) die Handbücher,[10] regelmäßige Publikationen (Zeitschriften und Monographien) erschienen erst in den 30er Jahren des 19. Jahrhunderts. Bei der früheren Gruppe herrschte noch eine prozessuale Auffassung, sodass die Autoren die wichtigsten allgemeinen Begriffe des materiellen Rechts in den strafverfahrensrechtlichen Kapiteln ihrer Werke definierten. Ein selbständiger Teil für die allgemeinen Bestimmungen des materiellen Strafrechts ist erst bei Szlemenics zu finden.[11] Bodó, Vuchetich und Szokolay haben die zeitgemäße moderne deutsche, italienische, französische und sogar englische Fachliteratur erwähnt und angewendet, demgegenüber haben sich Gochetz und Kassay nicht mit den Ergebnissen der zeitgenössischen Strafrechtswissenschaft beschäftigt.[12] Der bis dahin noch relativ wenig entwickelten ungarischen strafrechtlichen Fachliteratur kam damit eine andere Aufgabe zu, als der damaligen deutschen und österreichischen. Bis zum Inkrafttreten des ersten Strafgesetzbuchs (1880) kommentierten die Handbücher nicht das geltende Strafrecht, sondern ersetzten vielmehr die fehlenden kodifizierten Gesetze. Die Verfasser versuchten die modernen strafrechtlichen Prinzipien und die zeitgenössischen rechtsstaatlichen Erfordernisse mit der ungarischen Realität in Einklang zu bringen.[13]

Neben der publizierten Fachliteratur existierten verschiedene Manuskripte in der Juristenausbildung, die sehr wichtige Quellen für die Rezeption der modernen Lehre der Strafrechtswissenschaft sind. Bisher sind zwei Vorlesungsmaterialien von Sándor Kövy (1763–1829), ein Vorlesungsmaterial von Vuchetich (1813) und eine nicht vollständige Handschrift von János Henfner (1799–1856) bekannt.[14]

1. Die Verantwortlichkeit in den ungarischen schriftlichen Rechtsquellen

Die ungarischen Richter hatten keine Möglichkeit ein ausgereiftes dogmatisches System der Verantwortlichkeit anzuwenden, da sich keine Konzeption und konsequente Terminologie in den alten ungarischen Gesetzen beobachten lässt. Die Gesetze verwendeten oftmals keine Schuldform, der Gesetzgeber bestimmte bloß sog. einfache Dispositionen. In den Gesetzestexten sind die folgenden Ausdrücke bekannt: voluntarius, malitiose und delibaratus, doch kamen nicht dolus und culpa vor.[15] Für die nicht vorsätzlichen Tötungen benutzte der Gesetzgeber den Ausdruck casu oder casualiter.[16] Das Tripartitum

[7] KOVÁCS 1982, S. 37-50; KIRÁLY, Tibor, *Das Strafgesetzbuch von 1878. Der Csemegi-Kodex*, in: Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX–XX. Jahrhundert, Hrsg.: MÁTHÉ, Gábor – OGRIS, Werner, Budapest, 1996, S. 221-236; MEZEY, Barna, *Strafrechtskodifikation in Ungarn im Jahre 1878*, in: Strafrechtsgeschichte an der Grenze des nächsten Jahrtausends, Hrsg.: MEZEY, Barna, Budapest, 2003, S. 151-177.

[8] Zusammenfassend BATÓ, Szilvia, *Anmerkungen zur ungarischen Strafrechtsdogmatik vor 1880 aus den Aspekten eines Tat- und Täterstrafrechts*, in: Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts, Hrsg.: SINN, Arndt – GROPP, Walter – NAGY, Ferenc, Schriften des Zentrums für europäische und internationale Strafrechtsstudien (ZEIS) 1, Osnabrück, 2011, S. 89-98 (BATÓ 2011 A).

[9] HUSZTY, István, *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum III*, Budae, 1745; GOCHETZ, Gábor, *Systema praxis criminalis […]*, Budae, 1746; BODÓ, Mátyás, *Jurisprudentia criminalis secundum praxim et constitutiones Hungaricas in partes duas divisa*, Posonii, 1751.

[10] SZLEMENICS, Pál, *Elementa juris criminalis hungarici*, Posonii, 1817; SZLEMENICS, Pál, *Elementa juris criminalis hunagrici*, Posonii, 1827; SZLEMENICS, Pál, *Elementa juris hungarici judicarii criminalis*, Posonii, 1833; SZLEMENICS, Pál, *Fenyítő törvényszéki magyar törvény [Ungarisches Strafgerichtsgesetz]*, Buda, 1836; SZLEMENICS, Pál: *Fenyítő törvényszéki magyar törvény [Ungarisches Strafgerichtsgesetz]*, Pest, 1847; [FABRICZY, Sámuel], *Elementa juris criminalis hungarici*, Leutschoviae, 1819; VUCHETICH, Mátyás, *Institutiones iuris criminalis Hungarici in usum Academiarum Regni Hungariae*, Budae, 1819; SZOKOLAY, István, *Büntető jogtan […] [Strafrechtslehre]*, Pest, 1848; KASSAY, Adolf, *Büntető magyar jogtan [Ungarische Strafrechtslehre]*, Pest, 1848.

[11] BÉLI, Gábor, *Strafrechtspraxis und Strafrechtswissenschaft in Ungarn im 18. Jh*, in: Strafrechtsgeschichte an der Grenze des nächsten Jahrtausendes, Hrsg.: MEZEY, Barna, Budapest, 2003, S. 114; SZLEMENICS 1817; BATÓ 2011 A, S. 92.

[12] BATÓ, Szilvia, *Mert az Ördög velem volt. Élet elleni bűncselekmények a 19. század első felében [„…weil der Teufel mit mir war…" Straftaten gegen das Leben in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts]*, Budapest, 2012, S. 53.

[13] BATÓ, Szilvia, *Rechtssicherheit im ungarischen Strafrecht vor 1880*, in: Freiheit, Sicherheit, Strafrecht. Beiträge eines Humboldt-Kollegs, Hrsg.: KARSAI, Krisztina – NAGY, Ferenc – SZOMORA, Zsolt, Schriften des Zentrums für europäische und internationale Strafrechtsstudien (ZEIS) 2, Osnabrück, 2011, S. 42-43.

[14] [KÖVY, Sándor], *Observationes Generales Historico-Juridico Politicae (Handschrift)*, 1814, ELTE-EK B26 (KÖVY 1814 A); KÖVY, [Sándor], *Conspectus juris criminalis philosophici. Descr. p. P. B., S. (Handschrift)*, 1814, ELTE-EK B26 (KÖVY 1814 B); VUCHETICH, Mátyás, *Praelectiones ex iure criminali, habitae in r. scient. univers. Hungaica Pestini 1813, (Handschrift)* ELTE-EK B111; HENFNER, János, *Büntetőjog [Strafrecht] (Handschrift)*, 1849, ELTE-EK B114; BATÓ 2012, S. 42-43, BATÓ, Szilvia, *Egy magánjogász büntetőjogi felelősségi koncepciója – Kövy Sándor ismeretlen kéziratos előadásjegyzete [Die strafrechtliche Verantwortlichkeitskonzeption eines Privatrechtsexperten – Das Vorlesungsmaterial von Sándor Kövy]*, in: Értékteremtés és értékközvetítés. Válogatás a Bolyai Ösztöndíj 15 éves évfordulója alkalmából tartott ünnepélyes tudományos ülés előadásaiból. Szeged, 2013. november 11. Hrsg.: SZIGETI, Gyula Péter. [Budapest], 2015, S. 115-129.

[15] Z.B. seit Heiliger Stephan (1000-1038) II. 46. bis zur GA Nr. 11 von 1723: *Magyar Törvénytár 1000-1526. évi törvényczikkek [Corpus Juris Hungarici 1000-1526]*, Hrsg.: MÁRKUS, Dezső, Budapest, 1899, S. 40-41; *Magyar Törvénytár 1657-1740. évi törvényczikkek [Corpus Juris Hungarici 1657-1740]*, Hrsg.: MÁRKUS, Dezső, Budapest, 1900, S. 574-577; VUCHETICH, Mátyás, *Consceptus legum criminalium apud hungaros ab exordio regni eorum in Pannonia usque ad hodiernum diem conditarum*, Cassoviae, 1805, S. 7, 112-113; BALOGH 2010, S. 36.

[16] Heiliger Stephan II. 13; GA Nr. 51 von 1486; GA Nr. 82 von 1492: *Magyar törvénytár (1000-1526)* 1899, S. 26-27, 446-447, 534-535; VUCHETICH 1805, S. 7, 43-44, 53-54; BALOGH 2010, S. 36.

erwähnte als Fachterminologie dolus, voluntarius, deliberatie, malitiose im Zusammenhang mit dem Mord, doch wurde dieser Sprachgebrauch nicht rechtsdogmatisch analysiert.[17]

Der Josephinismus schaffte eine neue Situation: Ein modernes Strafgesetzbuch, das die grundlegende Regel der Verantwortlichkeit bestimmte, war in Ungarn etwa drei Jahre lang (1787-1790) in Kraft. In der Josephina sind als böser Vorsatz dolus directus[18] und dolus indirectus[19] geregelt, aber die Vorsatzgrade sind unbekannt. Der zweite Teil des josephinischen Strafgesetzbuchs sanktionierte die fahrlässigen Straftaten, aber der Gesetzgeber definierte die Fahrlässigkeit nicht.[20] Diese dogmatische Kenntnis geriet in der Rechtsprechung mit dem Kodex in Vergessenheit.

2. Zurechnung – Begriffe und Klassifikation

Die Terminologie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit war im geprüften Zeitalter natürlich nicht statisch: Zur Wende des 18-19. Jahrhunderts benutzten die Autoren imputatio (Zurechenbarkeit) als zusammenfassenden Begriff. Der Ausdruck „Schuld" setzte sich in der Strafrechtswissenschaft gegen Ende des 19. Jahrhunderts durch.[21] Die Entwicklung der ungarischen Fachterminologie war wegen der lateinischen Amtssprache ein bisschen komplizierter: Die Autoren und der Verfasser der Entwürfe übersetzten die lateinischen Ausdrücke in das Ungarische (z.B. imputatio – beszámítás, dolus – szántszándék, álnokság, gonoszság, culpa – nem szántszándékos, hiba, gondatlanság, vétkesség, vigyázatlanság)[22] und parallel gebrauchten die Juristen in der Gerichtspraxis eine bisher unbekannte Terminologie.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit (Schuld) hat zwei Grundkategorien: Vorsatz (dolus) und Fahrlässigkeit (culpa). Diese Begriffe, über die viele Konzeptionen aus diesem Zeitalter existierten, wurden durch die Experten vielfältig definiert. Doch gab es zwei dauerhafte Referenzpunkte: Wille und Bewusstsein des Täters. Die Strafrechtler und die Gesetzgeber klassifizierten die Schuldkategorien nach diesen Elementen. Sie trennten die Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsgrade nach quantitativen Kriterien (z.B. Intensität oder Wahrscheinlichkeit), und Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsarten nach qualitativen Kriterien (z.B. Wille und Bewusstsein des Täters). Die Klassifikation bekam bei den Straftaten gegen das Leben und die körperliche Integrität eine besondere Bedeutung, da die wichtigsten und die häufigsten Probleme bei dieser Straftatgruppe vorkamen.

2.1 Vorsatz (dolus)

Da das Grundmodell der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Vorsatz war, sind die präzisen Definitionen nicht nur in der Fachliteratur, sondern auch in der Gesetzgebung sehr früh erschienen. Mit der Konzeption von Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833) kam die Präsumtion des Vorsatzes zurück. Diese Auffassung generierte aber eine heftige wissenschaftliche Debatte und neue Regelungen in der Kodifikation: Praesumptio doli war in den bayrischen (1813) und oldenburgischen (1814) Strafgesetzbüchern anerkannt,[23] wurde aber von den anderen deutschen Kodifikationsprodukten verworfen.[24]

Bezüglich der Abgrenzung des Vorsatzes gemäß quantitativen Kriterien differenzierten die Strafrechtswissenschaftler unter vorbedachtem Vorsatz (deliberatus, praemeditatus), einfachem Vorsatz (dolus simplex) und Straftat im Affekt (impetus, dolus repentinus).[25] Parallel existierte eine andre quantitative Klassifikation (Gaetano Filangieri 1752-1788) nach den Motiven des Täters die Straftat zu begehen: dolus maioris/medius/minimus.[26] Nach der dritten Auffassung existiert sogar näherer

---

[17] Z.B. WERBŐCZY, István, *Nemes Magyarország szokásjogának hármaskönyve [Tripartitum Opus Juris Consuetudinarii inclyti Regni Hungariae*], Hrsg.: MÁRKUS, Dezső, Budapest, 1897, S. 64, 192, 306, 308, 310, 322, 348, 366, 384: P. I. Tit. 9, Tit. 110. § 3; P. II. Tit. 43. § 5, Tit. 44. § 3, Tit. 46, Tit. 54. § 7, Tit. 74. § 8, Tit. 83. § 5; P. III. Tit. 5. § 4.

[18] *Gesetze und Verfassungen im Justiz-Sache. Jhg. 1786-1787*, Wien, 1817 (*Josephina* 1817), S. 9. 2. ; SONNLEITHNER, Franz, *Anmerkungen zum neuen Josephinischen Kriminalgesetz*, Wien, 1787, S. 6-7; LÖFFLER, Alexander, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung I*, Leipzig, 1895, S. 186; MOOS, Reinhard, *Der Verbrechensbegriff in Oesterreich im 18. und 19. Jahrhundert. Sinn- und Strukturwandel*, Bonn, 1968, S. 174, 176.

[19] *Josephina* 1817, S. 9. § 3; SONNLEITHNER 1787, S. 7-9; LÖFFLER 1895, S. 186; MOOS 1968, S. 176.

[20] *Josephina* 1817, S. 9, 44. § 4, § 2; SONNLEITHNER 1787, S. 10; MOOS 1968, S. 174, 177-178.

[21] VORMBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin, 2009, S. 87.

[22] Z.B. OTTLIK, Dániel, *A tisztbeli irás módjának saját szavai […] [Amtliches Wörterbuch]*, Pest, 1806, S. 33; *Hivatalos műszótár [Amtliches Wörterbuch]*, Bécs, 1845, S. 18, 20, 24, 25.

[23] FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, S. 52-54; HÄBERLIN, Carl Friedrich, *Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern I*, Leipzig, 1845, S. 38; *I. Bayerisches Strafgesetzbuch vom 6. Mai 1813.* in: Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher I, Hrsg.: STENGLEIN, Melchior, München, 1858 (*Sammlung I*), (STENGLEIN 1858 A, I), S. 36; *II. Strafgesetzbuch für die Herzoglich-Oldenburgischen Lande vom 10. September 1814*, in: *Sammlung I*, (STENGLEIN 1858 A, II), S. 31; GESSLER, Theodor, *Ueber den Begriff und die Arten des Dolus*, Tübingen, 1860, S. 55, 59; HIPPEL, Robert, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil III, Hrsg.: BIRKMEYER, Karl et al., Berlin, 1908, S. 477; GRÜNHUT, Max, *Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, Hamburg, 1922, S. 208; SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1995, S. 265.

[24] *Zusammenstellung der drei Entwürfe des Preußischen Strafgesetzbuchs*, Hrsg.: KAMPTZ, [Karl], Berlin, 1844, S. 11; HÄBERLIN 1845, S. 38; *VI. Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. August 1840*. in: Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher II. Hrsg.: STENGLEIN, Melchior, München, 1858 (*Sammlung II*), (STENGLEIN 1858 B, VI), S. 29; HIPPEL 1908, S. 464.

[25] MAREZOLL, Theodor, *Das Gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Gesetzgebungen*, Leipzig, 1841, S. 72; BERNER, Albert Friedrich, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843, S. 182-183; HÄBERLIN 1845, S. 33-34; KÖSTLIN, Christian Reinhold, *System des deutschen Strafrechts. Erste Abtheilung, Allgemeiner Theil*, Tübingen, 1855, S. 187; HIPPEL 1908, S. 400.

[26] FILANGIERI, Cajetan, *System der Gesetzgebung III. Dritte unveränderte wohlfeirele Ausgabe*, Ansbach, 1808, S. 251-252; SEELMANN, Kurt, *Gaetano Filangieri*, Rechtsgeschichtliche Vorträge 18, Budapest, 2003, S. 4, 12-14.

und weiterer Vorsatz,[27] und einigen Autoren waren gegen diese Aufteilungsmöglichkeit.[28]

Die Klassifizierung des Vorsatzes nach qualitativen Kriterien war ein zusammengesetzter und komplizierter Problemkreis vor der Mitte des 19. Jahrhunderts. Deshalb dürfen hier nur die wichtigsten und für die ungarische Rechtswissenschaft interessantesten Variationen erwähnt werden. Neben dem direkten Vorsatz erschien der sog. dolus indirectus in der Mitte des 17. Jahrhunderts (Benedikt Carpzov 1595-1666). Diese Kategorie umfasste die Fälle, in denen ein schwererer Erfolg eingetreten ist, als vom Täter angenommen (praeter intentionem). Hier handelt sich um die eventuelle Inkaufnahme des nicht beabsichtigten Erfolgs (bedingter Vorsatz) und die heutigen sog. erfolgsqualifizierten Delikte.[29] Das Begriffspaar dolus determinatus/indeterminatus bekam in der Konzeption von Feuerbach eine Bedeutung.[30] Die Letzte umfasste den heutzutage anerkannten bedingten Vorsatz (dolus eventualis),[31] sogar den dolus alternativus.[32] Das Begriffspaar dolus generalis und dolus specialis war nach der Gesinnung einiger Experte mit dolus determinatus und mit direktem Vorsatz identisch.[33] Seit den 40er Jahren des 19. Jahrhunderts trat die Strafrechtswissenschaft gegen die minuziöse Klassifikation der Vorsatzarten auf, deshalb bekamen die folgende Begriffe außer bei den wissenschaftlichen Diskursen keine Bedeutung: dolus antecedens/subsequens,[34] dolus immediatus/mediatus (beim Auftragsmord oder bei der Anstiftung), dolus continuatus/interruptus, dolus conditionalis, dolus concomitans und dolus indifferens.[35]

2.2 Die Fahrlässigkeit (culpa)

Die Strafwürdigkeit der fahrlässigen Taten entwickelte sich relative spät, der wissenschaftliche Diskurs über diese Schuldform fand im ganzen 19. Jahrhundert statt.[36] Mit der Konzeption Feuerbachs erschienen zwei neue Paradigmen: einerseits die allgemeine Strafbarkeit der Fahrlässigkeit und andererseits die allgemeine Sorgfaltspflicht.[37] Das erste Element lehnte die Mehrheit der Strafrechtsexperten ab, und außer dem bayrischen (1813), oldenburgischen (1814) und hannoverschen (1840) Strafgesetzbuch regelten alle Kodizes die Strafbarkeit der im Besonderen Teil bezeichneten fahrlässigen Straftaten.[38] Das zweite genannte Prinzip war allgemein anerkannt.[39]

Bei den Graden der Fahrlässigkeit kannte die Wissenschaft zwei verschiedene Ansatzpunkte. Nach der Sorgfaltspflicht des Täters unterschieden die Experten des gemeinen Rechts (dem römischen Recht und Zivilrecht folgend) culpa lata, levis und levissima. Diese Aufteilung ist für die Strafrechtler sehr unbestimmt, deshalb darf sie nicht in der Kriminalgerichtsbarkeit verwendet werden.[40] Im bayrischen (1813) und hannoverschen (1840) Strafgesetzbuch verbreitete sich die Abgrenzung der

---

[27] KÖSTLIN 1855, S. 183.

[28] MAREZOLL 1841, S. 72.

[29] GÖNNER, Nikolaus Thaddeus, *Revision des Begriffs und der Eintheilungen des Dolus*, Landshut, 1810, S. 26, 28; MAREZOLL 1841, S. 74; TAFINGER, Wilhelm Gottlieb, *Ueber die Idee einer Criminalgesetzgebung in Beziehung auf die Wissenschaft sowohl als das practische Leben*, Tübingen, 1811, S. 102; SEMER, Moritz, *Betrachtungen über den sogenannten Dolus Indirectus*, Landshut, 1817, S. 10, 20; BERNER 1843, S. 254-255, 257-258; KÖSTLIN 1855, S. 184, 187, 192, 204; *III. Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Sachsen-Altenburg vom 3. Mai 1841. (Königlich sächsisches Criminalgesetzbuch vom 30. März 1838)*, in: *Sammlung I*, München, 1858 (STENGLEIN 1858 A, III), S. 39; GESSLER 1860, S. 20, 26-40; HEIMBACH, [Karl Wilhelm Ernst], *Zurechnung*. in: Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft XV, Hrsg.: WEISKE, Julius, Leipzig, 1861, S. 583; BRUCK, Felix Friedrich, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*, Breslau, 1885, S. 98; LÖFFLER 1895, S. 166, 168-170, 172, 178, 180-181, 183-188, 190, 214-215, 248; HOEGEL, Hugo: *Geschichte des österreichischen Strafrechtes I*, Wien, 1904, S. 68, 136-139, 143, 149; HIPPEL 1908, S. 456, 459-460, 468-469, 471, 473-474; MOOS 1968, S. 137-142, 176, 248, 251-252, 312; SCHMIDT 1995, S. 173-174; ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, München, 2006, S. 331-337; STENGER-LIEBEN, Detlev – SCHUSTER, Frank, *§ 18 Schwere Strafe bei besonderen Tatfolgen*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg.: ESER, Albin et al. München, 2014, S. 363-372.

[30] FEUERBACH 1801, S. 51; GÖNNER 1810, S. 28-30; *Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden*, Karlsruhe, 1839 (*Baden* 1839), S. 26; MAREZOLL 1841, S. 72; BERNER 1843, S. 185-187; HÄBERLIN 1845, S. 33-34; STENGLEIN 1858 A, I, S. 36; STENGLEIN 1858 A, II, S. 30; GESSLER 1860, S. 54, 59, 66-67, 78; LÖFFLER 1895, S. 214, 218, 243; HIPPEL 1908, S. 455, 459-461, 467, 469, 471, 474-476.

[31] GÖNNER 1810, S. 30; MAREZOLL 1841, S. 72, 74; BERNER 1843, S. 186-188; GESSLER 1860, S. 54, 67, 78; LÖFFLER 1895, S. 214; HIPPEL 1908, S. 455, 461, 467, 469, 471.

[32] GÖNNER 1810, S. 30; ABEGG, Julius Friedrich Heinrich, *Beiträge zur Kritik des Entwurfs zu einem Criminalgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom Jahre 1836*, Neustadt a. d. Orla, 1837, S. 26; *Baden* 1839, S. 26; MAREZOLL 1841, S. 72; BERNER 1843, S. 186; HÄBERLIN 1845, S. 34; GESSLER 1860, S. 67, 78; HIPPEL 1908, S. 461, 467, 469, 471, 474-476.

[33] BERNER 1843, S. 191; HÄBERLIN 1845, S. 34, 37; GESSLER 1860, S. 67; HIPPEL 1908, S. 461, 471.

[34] BERNER 1843, S. 223.

[35] FINKEY, Ferenc, *Dolus*. in: Magyar jogi lexikon III, Hrsg.: MÁRKUS, Dezső, Budapest, 1900, S. 70-72; ANGYAL, Pál, *A magyar büntetőjog tankönyve I [Lehrbuch des ungarischen Strafrechts I]*, Budapest, 1920, S. 333.

[36] LISZT, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900, S. 161.

[37] FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Betrachtungen über dolus und culpa, überhaupt und den dolus indirectus insbesondere*, in: Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde II, Hrsg.: ALMENDINGEN, Ludwig Harscher von – GROLMAN, Karl – FEUERBACH, Paul Johann Anselm, Göttingen, 1800 (FEUERBACH 1800 A), S. 243; FEUERBACH, Paul Johan Anselm, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts II*, Chemnitz, 1800, S, 47-65; FEUERBACH 1801, S. 47-54; GÖNNER 1810, S. 20; GESSLER 1860, S. 42; LÖFFLER 1895, S. 212-215, 217-218; HIPPEL 1908, S. 454-458; GRÜNHUT 1922, S. 102-103; MOOS 1968, S. 215-218, 250; SCHMIDT 1995, S. 265; NAUCKE, Wolfgang, *Feuerbachs Lehre von der Funktionsgültigkeit des gesetzliches Strafrechts*, in: Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, Hrsg.: HILGENDORF, Eric – WEITZEL, Jürgen, Berlin, 2007, S. 110.

[38] ABEGG 1837, S. 26; KAMPTZ 1844, S. 13; HÄBERLIN 1845, S. 38, 45; STENGLEIN 1858 A, III, S. 39; *V. Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig vom 10. Juli 1840*, in: *Sammlung I* (STENGLEIN 1858 A, V), S. 25; *VII. Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen vom 17. September 1841*, in: *Sammlung I* (STENGLEIN 1858 B, VII), S. 44-45; HIPPEL 1908, S. 470, 479.

[39] HIPPEL 1908, S. 457, 461, 465; LÖFFLER 1895, S. 213-214, 243, 248; GRÜNHUT 1922, S. 103; MOOS 1968, S. 218.

[40] FEUERBACH 1801, S. 50; BERNER 1843, S. 237, 239; HÄBERLIN 1845, S. 40-41; KÖSTLIN 1855, S. 183.

groben und geringeren Fahrlässigkeit, die für die Zeitgenossen doch zu kasuistisch war.[41]

Die Auffassungen über die qualitative Klassifikation der Fahrlässigkeit darf in drei Gruppen aufgeteilt werden. Die Autoren erwähnten die bewusste (luxuria)[42] und die unbewusste (negligentia)[43] Fahrlässigkeit, doch betrachteten einige Wissenschaftler luxuria mit dem eventuellen und indirekten Vorsatz zusammen als eine dritte Kategorie zwischen dolus und culpa.[44] Zu Beginn des 19. Jahrhunderts erschien eine aus vier Komponenten bestehende Auffassung.[45] Ein neues Paradigma bedeutet Feuerbachs Auffassung: Er bestimmte im Jahr 1800, dass der Täter „in dolo ist, in Beziehung auf die Rechtsverletzung, welche er bewirken will, er ist in culpa, in Beziehung auf die Rechtsverletzung, welche ohne seine Absicht erfolgt ist." Die neue Kategorie wurde als culpa dolo determinata (culpa dolo mixta) bekannt,[46] und die Fahrlässigkeit ohne vorsätzliches Element hat in der Fachliteratur die Bezeichnung der sog. culpa simplex erhalten.

2.3 Die Präterintentionalität

Bezüglich der Präteritentionalität erschienen im Laufe des 18-20. Jahrhunderts sechs verschiedene dogmatische Lösungen in der deutschen Strafrechtswissenschaft, die für die ungarische Strafrechtsentwicklung wichtig waren.

1. Die früherste Reaktion (Carpzov) war die Einordnung in den Vorsatz (dolus indirectus), diese Lösung herrschte bis zum Ende des 18. Jahrhunderts[47] und in der österreichischen Strafgesetzgebung im 19. Jahrhundert.[48]

2. Gegen die Konzeption dolus indirectus trat die Auffassung Feuerbachs auf, die diese Straftaten als fahrlässige Delikte (culpa dolo determinata) betrachtet.[49] Diese Lösung war bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts in der Strafrechtskodifikation verbreitet.[50]

3. Eine weitentwickelte Version der Theorie Feuerbachs ist die Auffassung, die diese Straftaten als Konkurrenz zwischen einem vorsätzlichen (z.B. Körperverletzung) und einem fahrlässigen (z.B. Tötung) Delikt betrachtete (siehe z.B. im hessischen Strafgesetzbuch von 1841).[51]

4. Eine selbständige Strömung bildet die Konzeption einiger Wissenschaftler: Die Luxuria wurde mit dem eventuellen Vorsatz und mit der Präterintentionalität als eine dritte Kategorie zwischen dolus und culpa zusammengefasst. Diese Mittelstufe verwarfen jedoch die Zeitgenossen, sie erschienen nicht in den Kodifikationsprodukten.[52]

5. Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 (und das darauf gebaute Reichsstrafgesetzbuch von 1871) wählte doch eine andere Lösung: ohne Schuldprinzip stellte es die objektive Verantwortlichkeit wegen des schwereren Erfolgs fest, aber die Strafe war geringer, als bei vorsätzlichen Verbrechen.[53] Das erste un-

---

41 MAREZOLL 1841, S. 73; HÄBERLIN 1845, S. 40-43; BRUCK 1885, S. 77; STENGLEIN 1858 A, I, S. 43-44; STENGLEIN 1858 A, II, S. 32-33; *IV. Strafgesetzbuch für das Königreich Würtemberg vom 1. März 1839*, in: *Sammlung I* (STENGLEIN 1858 A, IV), S. 34; STENGLEIN 1858 B, VI, S. 31-33; HIPPEL 1908, S. 458, 465, 479.

42 BERNER 1843, S. 241-242, 246-247, 249; KÖSTLIN 1855, S. 165, 182-183.

43 BERNER 1843, S. 248-249; KÖSTLIN 1855, S. 176.

44 KÖSTLIN 1855, S. 165, 182-183; BRUCK 1885, S. 16.

45 GESSLER 1860, S. 54.

46 FEUERBACH 1800 A, S. 243; FEUERBACH 1801, S. 52-53; GÖNNER 1810, S. 26-27; TAFINGER 1811, S. 103-104; SEMER 1817, S. 14; *Baden* 1839, S. 27; MAREZOLL 1841, S. 74; BERNER 1843, S. 258-259; KAMPTZ 1844, S. 8, 11-12; HÄBERLIN 1845, S. 36; THILO, Wilhelm, *Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden. Mit den Motiven der Regierung und den Resultaten der Ständeverhandlungen im Zusammenhange dargestellt I*, Karlsruhe, 1845, S. 134; KÖSTLIN 1855, S. 185-186, 189, 203-205, 207; STENGLEIN 1858 A, I, S. 36; STENGLEIN 1858 A, II, S. 31; STENGLEIN 1858 A, IV, S. 34; STENGLEIN 1858 A, V, S. 26; STENGLEIN 1858 B, VI, S. 30-31; STENGLEIN 1858 B, VII, S. 45, 61; GESSLER 1860, S. 55, 59, 66; HEIMBACH 1861, S. 583; BRUCK 1885, S. 98, 102; LÖFFLER 1895, S. 215, 217-218, 244, 247-248, 251-252, 254-256, 260-261; HIPPEL 1908, S. 456, 460, 462, 465, 467, 470-471, 476; GRÜNHUT 1922, S. 102-103; MOOS 1968, S. 250.

47 HEIMBACH 1861, S. 583; LÖFFLER 1895, S. 168, 166, 168-170, 172, 178, 180-181, 183-188, 190, 214-215, 248-249; HIPPEL 1908, S. 456, 459, 464, 468, 473; MOOS 1968, S. 137-142, 176, 248, 251-252, 312; SCHMIDT, 1995, S. 173-173.

48 HEIMBACH 1861, S. 584; LÖFFLER 1895, S. 183-187; HOEGEL 1904, S. 93, 137-139, 141-143, 149; HIPPEL 1908, S. 399, 401; MOOS 1968, S. 137, 141-142, 174, 176, 178, 188, 190, 248, 251-252, 261, 312.

49 FEUERBACH 1800 A, S. 243; FEUERBACH 1801, S. 52-53; TAFINGER 1811, S. 103-104; SEMER 1817, S. 14; MAREZOLL 1841, S. 74; BERNER 1843, S. 258; KÖSTLIN 1855, S. 203-205, 207; GESSLER 1860, S. 55, 59, 66; HEIMBACH 1861, S. 583; BRUCK 1885, S. 98, 102; LÖFFLER 1895, S. 215, 217-218, 248; HIPPEL 1908, S. 456; GRÜNHUT 1922, S. 102-103; MOOS 1968, S. 250.

50 *Baden* 1839, S. 27; MAREZOLL 1841, S. 74; BERNER 1843, S. 258-259; KAMPTZ 1844, S. 8, 11-12; HÄBERLIN 1845, S. 36; THILO 1845, S. 134; STENGLEIN 1858 A, I, S. 36; STENGLEIN 1858 A, II, S. 31; STENGLEIN 1858 A, IV, S. 34; STENGLEIN 1858 A, V, S. 26; STENGLEIN 1858 B, VI, S. 30-31; STENGLEIN 1858 B, VII, S. 45, 61; LÖFFLER 1895, S. 244, 247-248, 251-252, 254-256, 260-261; HIPPEL 1908, S. 456, 460, 462, 465, 467, 470-471, 476.

51 FEUERBACH 1801, S. 52-53; MAREZOLL 1841, S. 74; BERNER 1843, S. 254-258; KÖSTLIN 1855, S. 203; STENGLEIN 1858 B, VII, S. 45; HEIMBACH 1861, S. 583-584; BRUCK 1885, S. 98; LÖFFLER 1895, S. 247-248, 251-252; HIPPEL 1908, S. 456, 467, 470.

52 TAFINGER 1811, S. 256-257; MAREZOLL 1841, S. 74; KÖSTLIN 1855, S. 165, 182-187, 189; GESSLER 1860, S. 79-80; BRUCK 1885, S. 16, LÖFFLER 1895, S. 225, 228-229; FINKEY, Ferenc, *Culpa*, in: Magyar jogi lexikon II, Hrsg.: MÁRKUS, Dezső, Budapest, 1899, S. 723; FINKEY 1900, S. 70; TOKAJI, Géza, *A bűncselekménytan alapjai a magyar büntetőjogban [Die Grundlagen der Strafrechtslehre im ungarischen Strafrecht]*, Budapest, 1984, S. 237.

53 HEIMBACH 1861, S. 583-585; BRUCK 1885, S. 104; LÖFFLER 1895, S. 240, 250, 256-257, 262, 278; HIPPEL 1908, S. 485-486; VORMBAUM 2009, S. 82, 87-88.

garische Strafgesetzbuch von 1878 folgte diesem Modell, und diese Auffassung lebte auch in den 1950er Jahren.[54]

6. Gegenüber der objektiven Verantwortlichkeit wurde das Schuldprinzip – mit verschiedenen dogmatischen Lösungen – in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts anerkannt. Durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz von 4. 8. 1953 setzte sich das Schuldprinzip im deutschen Strafrecht bei erfolgsqualifizierten Delikten durch.[55] Seit den 1910er Jahren forderten in der ungarischen Strafrechtswissenschaft mehrere Experten die Ablehnung der objektiven Verantwortlichkeit, schließlich regelte das Gesetz Nr. V aus dem Jahre 1961 die Präterintentionalität. Diese Auffassung ist bisher herrschend.[56]

3. Die Präterintentionalität in der heimischen Fachliteratur

Die Rezeption von dolus indirectus in der ungarischen Strafrechtsliteratur lässt sich in der Mitte des 18. Jahrhunderts nachweisen. Weil es noch keinen selbständigen Allgemeinen Teil gab, beschäftigten sich die damaligen Autoren im Rahmen des Tatbestandes der Tötung mit dem Problemkreis der Verantwortlichkeit.

István Huszty (1745) unterschied schon zwischen direktem und indirektem Vorsatz bezüglich der Tötung, und illustrierte seine Auffassung mit vielen Fallbeispielen. Er ließ jedoch auch die traditionelle ungarische Aufteilung der vorsätzlichen Tötung nicht außer Acht, sodass er homicidium deliberatum/praemeditatum und die einfache Tötung (homicidium simplex) definierte. Die Konstruktion Husztys der Fahrlässigkeit war komplizierter: Die fahrlässige Tötung war eine Art der sog. „zufälligen" Tötung (homicidium casuale) neben der wirklichen zufälligen Tötung (homicidium fortuitum). Gemäß seiner Konstruktion wurde die Fahrlässigkeit nach zwei Ausgangspunkten differenziert: Huszty stellte die zwei Arten der fahrlässigen Tötung minuziös dar, und erwähnte parallel dazu das Begriffspaar culpa lata und levis, ohne Erklärung. Nach seiner Ansicht stammt die Fahrlässigkeit unvorhergesehen aus einer verbotenen Handlung des Täters, oder der Täter lässt bei einer legalen Tätigkeit die erforderliche Sorgfalt außer Acht. Er ordnete die Präterintentionalität teilweise als Fahrlässigkeit ein, sein Abgrenzungsaspekt war die Untauglichkeit des Mittels zur Tötung, z.B. der Täter schlug mit einem kleinen Stock.[57]

Der Tatbestand des Mordes (homicidium deliberatum) wurde von Gábor Gochetz (1746) sehr präzis definiert, wobei auch eine andere Form des Vorsatzes von ihm bestimmt wurde: Der Täter hatte lediglich einen Körperverletzungsvorsatz, aber seine Handlung zieht auch einen tödlichen Erfolg nach sich. Er erwähnte den dolus indirectus nicht ausdrücklich, trotzdem ist diese Bestimmung mit der Auffassung Carpzovs identisch. Gochetz differenziert die fahrlässigen Straftaten auch: Der Tod triff unvorhergesehen aus einer illegalen Tätigkeit des Täters ein, oder der Täter lässt bei einer nicht verbotenen Tätigkeit die erforderliche Sorgfalt außer Acht. Schlug der Täter nicht mit einer tödlichen Waffe und tötete er dadurch das Opfer, betrachtete Gochetz dies als eine fahrlässige Straftat.[58]

Die Auffassung von Mátyás Bodó (1751) war nicht identisch mit Husztys Lehre über die dolus und culpa. Nach seiner Konzeption wurden drei Grundkategorien (Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall) bestimmt, obwohl seine Klassifizierung nicht konsequent war. Nach ihm existierten zwei Arten des Vorsatzes: dolus directus und indirectus, und er unterschied zwischen zwei Graden des Vorsatzes nach den ungarischen Gesetztexten (homicidium deliberatum/simplex). Er wiederholte Husztys Beispiele, und er stellte die Eigenschaften des Vorsatzes (z.B. verwendete Waffe) ausführlich dar. Bodó hatte zwei Konzeptionen über die Fahrlässigkeit, die einander aber ausschlossen: Einerseits schrieb er, dass die Fahrlässigkeit eine Mischung aus Vorsatz und Zufall ist. Anderseits erwähnte Bodó Husztys Auffassung über die zufällige Tötung. Er folgte Husztys Meinung über die Arten der Fahrlässigkeit (unvorhergesehen aus einer verbotenen Handlung, Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt). Daneben beschrieb er die römischrechtlichen Definitionen von culpa lata/levis/levissima, doch er beschäftigte sich später nicht mit diesen Bestimmungen. Er nannte zwei Grade der Fahrlässigkeit culpa maioris und culpa minoris, dann stellte er seine Fallbeispiele dar. Die Präterintentionalität gehörte in seinem System teilweise zur Fahrlässigkeit.[59]

---

[54] BATTLAY, Imre, *A magyar büntetőtörvénykönyv a dolus és culpa tana szempontjából III [Das ungarische Strafgesetzbuch aus dem Gesichtspunkt der Lehre von dolus und culpa]*, Magyar Igazságügy 1879/12, S. 289; *A magyar büntetőtörvénykönyv a bűntettekről és a vétségekről (1878:5. tcz.) és teljes anyaggyűjteménye II [Das ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen und seine vollständige Materialsammlung]*, Hrsg.: LÖW, Tóbiás, Budapest, 1880, S. 556-559; FINKEY 1899, S. 726; FAYER, László, *A magyar büntetőjog kézikönyve I. Bevezető rész és általános tanok [Handbuch des ungarischen Strafrechts I. Einführung und Allgemeiner Teil]*, Budapest, 1905, S. 308-309; HIPPEL 1908, S. 407; DEGRÉ, Lajos, *A praeter intentionem minősítő körülmények kérdéséhez [Zur Frage der Präterintentionalität]*, in: Büntetőjogi dolgozatok Balogh Jenő születése ötvenedik évfordulója ünnepére. Hrsg.: ANGYAL, Pál, Pécs, 1916, S. 53, 57, 63, 70-72; ANGYAL 1920, S. 346; *A Magyar Népköztársaság Büntető Törvénykönyve [Das Strafgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik]*, Hrsg.: POPOVICS, Béla, Budapest, 1962. S. 68, 70; VISKI, László: *Bűnösségi problémák a közlekedési büntetőjogban [Die Probleme der Verantwortlichkeit im Verkehrsstrafrecht]*, Állam- és Jogtudomány 1962/1, S. 11-12; IFJ. BÓLYA, Lajos, *A vegyes bűnösségű bűncselekmények [Die erfolgsqualifizierten Delikte]*, Jogtudományi Közlöny 1964, S. 243, 245.

[55] BÓLYA 1964, S. 245; NAGY, Ferenc, *A vegyes bűnösségű bűncselekmények egyes dogmatikai problémáiról [Über einige Probleme der erfolgsqualifizierten Delikte]*, Acta Jur. et Pol. Szeged, Tomus LXVII. (2005) Fasc. 14. S. 8; ROXIN 2006, S. 337; VORMBAUM 2009, S. 232, 242.

[56] DEGRÉ 1916, S. 54-56, 59, 70-72; ANGYAL 1920, S. 346; VISKI 1962, S. 11-12; BÓLYA 1964, S. 243, 244, 246; POPOVICS 1962, S. 68, 70; *Az 1978. évi IV. törvény (BTK) előkészítése I [Die Vorbereitung des Gesetzes Nr. IV aus dem Jahre 1978 (StGB) I]*, Hrsg.: LÁSZLÓ, Jenő, Budapest, 1984, S. 404; NAGY 2005, S. 3, 5, 21; SZOMORA, Zsolt, *A büntetőjogi felelősség [Die strafrechtliche Verantwortlichkeit]*, in: Kommentár a Büntető Törvénykönyvről szóló 2012. évi C. törvényhez, Hrsg.: KARSAI, Krisztina, Budapest, 2013, S. 57; TOKAJI 1984, S. 237-240; BÉKÉS, Imre, *A gondatlanság a büntetőjogban [Die Fahrlässigkeit im Strafrecht]*, Budapest, 1974, S. 123; NAGY, Ferenc, *Anyagi büntetőjog. Általános rész I [Materielles Strafrecht. Allgemeiner Teil I],* Szeged, 2014, S. 190-191.

[57] HUSZTY, István, *Jurisprudentia practica seu commentarius novus jus Hungaricum III,* Agriae, 1794, S. 55-63, 65, 68-71.

[58] GOCHETZ 1746, S. 48-49.

[59] BODÓ 1751, S. 161-163, 165-168, 171-172, 174-176.

Nach einem langen Stillstand bedeutete der Auftritt von Mátyás Vuchetich eine Paradigmenveränderung in der Lehre der Verantwortlichkeit: Der Ausdruck culpa dolo determinata erschien erst im seinen Manuskript (1813). Die Begriffe dolus und culpa wurden durch ihn unter den Regeln des selbstständigen Allgemeinen Teils definiert. Daneben erklärte er das Begriffspaar dolus determinatus/indeterminatus, sodann beschäftigte er sich mit dem Zusammentreffen von dolus und culpa. Nach dem Beispiel von Vuchetich schlug Cajus Titius mit einem Stock mit tödlichem Erfolg. Nach Vuchetich bezeichneten die früheren Autoren diesen Fall als sog. dolus indirectus und ordneten ihn unter dem Vorsatz ein.[60] Vuchetich wiederholte dieses Standpunkt sechs Jahre später und zitierte Feuerbachs Lehrbuch in der gedruckten Version, und er erwähnte die Autoren, die für den dolus indirectus (z.B. Johann Samuel Friedrich Boehmer, 1704–1772, Ernst Ferdinand Klein, 1744–1810) und die dagegen waren (z.B. Josias Ludwig Ernst Püttmann, 1730–1796, Karl August Tittman 1775–1834).[61]

In seinem Lehrstoff definierte Sándor Kövy (1814) Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht. Er war mit der bloßen Erwähnung zufrieden, deshalb lässt sich seine Auffassung über die Präterintentionalität nicht erkennen.[62]

In seinem ersten Buch vertrat Pál Szlemenics die traditionelle Auffassung des dolus indirectus (1817), Feuerbach und seine neue dogmatischen Vorstellung erwähnt er nicht. Sein zweites bearbeitetes Handbuch (1827) brachte aber eine Paradigmenänderung mit sich, er polemisiert nämlich sehr aggressiv mit – dem zu diesem Zeitpunkt bereits verstorbenen – Vuchetich. Szlemenics verwendete weiterhin den Begriff des dolus indirectus, doch gab er dem mittelbaren Vorsatz einen veränderten engeren Inhalt, der dolus indirectus jedoch war hier bloß mit dem bedingten Vorsatz identisch. Unter dem Begriff der culpa erschien auch die culpa dolo determinata, die neben der culpa simplex die zweite Art der Fahrlässigkeit ist. Diese Konzeption lässt sich in der nächsten lateinischen Ausgabe 1833, und in der ungarischen Übersetzung 1836 und 1847 nachweisen.[63]

Sámuel Fabriczy (1819) stellte eine selbständige Konzeption über die Verantwortlichkeit auf, seine Auffassung ist im Allgemeinen Teil und im Besonderen Teil nicht identisch. Vorsätzlich ist eine Tathandlung nach ihm, wenn der Täter eine gesetzliche Regel verletzen will. Dementsprechend ist es Fahrlässigkeit, wenn der Täter die Verletzung des Gesetzes nicht bezweckt, aber die Gesetzverletzung vorhersehen kann. Begeht der Täter die bezweckte Straftat, handelt sich es um einen direkten Vorsatz. Den Fall, wenn außer der bezweckten Straftat (gegebenenfalls, des bezweckten Erfolgs) auch andere, nicht gewollte Erfolge eintreten, existiert nach Fabriczy dolus indirectus. Eine von einem betrunkenen Täter begangene Straftat betrachtete er als fahrlässiges Verbrechen, abgesehen von dem Fall, wenn die Absicht des Täters genau darin stand, eine Straftat in betrunkenem Zustand zu begehen. Er übernahm das System des Vorschlags von 1795 über je 3 Stufen beider Schuldarten an, aber wendete andere Terminologien an: culpa lata/levis/levissima und dolus minimus/medius/maximus. Im Besonderen Teil kam diese Klassifikation nicht vor, er schrieb nur über die Fahrlässigkeit. Hier beschäftigt er sich sehr ausführlich mit dolus directus und dolus indirectus, und er ordnete die Fälle der Präterintentionalität unter dem Vorsatz ein.[64]

Unter den wenigen rechtwissenschaftlichen Abhandlungen erschienen drei, die den Problemkreis von dolus und culpa behandelten, nämlich der erste ungarische strafrechtsdogmatische Beitrag von József Havas (1796-1878), eine Rezension Fabriczys über das ungarische Handbuch von Szlemenics und die Antwort Szlemenics's erwähnten die Schuldarten,[65] doch kam die Präterintentionalität nicht vor.

Die Terminologie von István Szokolay (1848) war wegen der Sprachveränderung nicht eindeutig, die früheren lateinischen Ausdrücke erschienen in verschiedenen ungarischen Übersetzungen. Er erwähnte auch die Diskussion über die Arten des Vorsatzes und den dolus indirectus. Szokolay akzeptierte Feuerbachs Auffassung über die culpa dolo determianata. In seinem Buch kam auch der dolus indirectus vor, aber er hatte kein fahrlässiges Element, deshalb war der mittelbare Vorsatz mit dem bedingten Vorsatz identisch. Szokolay betrachtete die culpa dolo determinata als eine Art der Fahrlässigkeit.[66]

Adolf Kassay (1848) lehnte den traditionellen Inhalt des dolus indirectus 1848 nicht ab, der mittelbare Vorsatz war auch ein erfolgsqualifiziertes Delikt. Parallel nahm er die culpa dolo determinata an, sie ist – mit einer überraschenden Übersetzung – die zweite Art der Fahrlässigkeit.[67]

Das Vorlesungsmaterial von János Henfner (1848) hatte eine archaische und inkonsequente Sprache, aber er akzeptierte eindeutig Feuerbachs Lehre über die culpa dolo determinata. Nach Henfner lehnten die neueren Strafrechtler – unter ihnen Feuerbach – die Identifikation der erfolgsqualifizierten Delikte mit dem früheren indirekten Vorsatz ab.[68]

[60] VUCHETICH 1813, S. 14B-16A, 23A.
[61] VUCHETICH 1819, S. 50, 73-85, 120-122.
[62] KÖVY 1814A, S. 4, 8, 11; KÖVY 1814B, S. 25.
[63] SZLEMENICS 1817, S. 50-51, 111, 114; SZLEMENICS 1827, S. 49-52, 120, 124-25, 127; SZLEMENICS 1833, S. 40, 49-52, 120, 124-125, 127; SZLEMENICS 1836, S. 43-44, 53-55, 57-58, 117, 120, 124-125; SZLEMENICS 1847, S. 39-40, 47-51, 100, 102-103, 106.
[64] FABRICZY 1819, S. 33-36, 68-69, 70.
[65] HAVAS, József, *Gondolatok a Büntörvény okfejéről (principiumáról), és annak gyakorlási hasznáról [Ideen über das Prinzip des Strafgesetzes, und über dessen praktische Benutzung]*, Tudományos Gyűjtemény 1831/2, S. 3-24; FABRICZY, Sámuel, *Fenyítő törvényszéki magyar törvény. Eredeti deák munkája után fejtegeté Szlemenics Pál, törvények doctora […] [Ungarisches Strafgerichtsgesetz von Pál Szlemenics]*, Figyelmező 1837/II/6, S. 84-85; SZLEMENICS, Pál, *Szlemenics Pál magyar fenyítő törvénye ügyében [Über Szlemenics's ungarisches Strafgerichtsgesetz]*, Figyelmező 1837/II/16, S. 238-239.
[66] SZOKOLAY 1848, S. 20, 46, 57-59, 64, 76-85, 199-204, 247-270.
[67] KASSAY 1848, S. 1-4, 30.
[68] HENFNER 1849, S. 6) 15-16, 7) 17-20, 8) 21-22, a) 3-4, a) 19.

4. Präterintentionalität in den ungarischen Kodifikationsprodukten

4.1 Entwurf von 1795

Die Regelung im Entwurf von 1795 über die Verantwortlichkeit basierte ein bisschen überraschend nicht auf der Josepina, sondern auf der Konzeption Filangieris. Im dritten Prinzip kamen die allgemeinen Kriterien des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit vor, und bei jedem Tatbestand (z.B. homicidium) waren je 3 Stufen der Schuldarten mit eigenen Strafen. Dieses System war sehr mechanisch,[69] so war es z.B. möglich, die strafrechtliche Verantwortung wegen fahrlässigen Diebstahls festzustellen. Die Terminologie des Vorsatzes war im Entwurf nicht konsequent, es lässt sich keine Unterschied zwischen den Ausdrücken (dolus, malitia, deliberatum, sciens, deliberato proposito, animus occidendi, directusque, & indirectus esse) beobachten.[70] Im dritten Prinzip bekam die Fahrlässigkeit bloß eine negative Definition: Das Erfolg der Handlung trifft ohne Wille des Täters ein.[71] Weil diese Bestimmung sehr breit gewesen wäre, waren bezüglich des Tatbestandes des Mordes zwei Regel sehr wichtig. Im § 1 deklarierte der Gesetzgeber, dass zufällige Tötung keine Straftat ist. Parallel definierte er den Zufall im Punkt l) des § 3 so: nicht verbotene Tätigkeit, rechtmäßige Zeit, Ort und Weise, gegen den Wille der Handelnden eintreffender tödlicher Erfolg.[72] Diese Elemente bestimmten den Begriff der Fahrlässigkeit, doch war die Terminologie auch vielfarbig: culpa, negligentia, culposa sua inscitia, incosiderantia, pertulantia. Im Kapitel LIV befinden sich noch eine Erklärung über die Fährlässigkeit und ein Tatbestand.[73] Bei drei Straftaten (Kinderaussetzung, Verschweigung der Schwangerschaft und Raubmord) ist die Präterintentionalität möglich, obwohl die Verfasser diese Straftaten als fahrlässige Handlungen bewerteten.[74]

4.2 Entwurf von 1830

Im nächsten Entwurf waren die Prinzipien und die Vorschriften für Strafzumessung bei jedem Tatbestand abgeschafft, aber Filangieris Konzeption kam im Prozessrecht bei der Regelung der Imputation vor.[75] Beim Begriff des Vorsatzes erfolgte eine Korrektion, so wurde der Text dem österreichischen Strafgesetzbuch von 1803 ähnlich, z.B. erschien der böse Vorsatz (in malevola intentione facto).[76] Parallel arbeitete die Kommission – teilweise nach österreichischem Muster – die Tatbestände um, so wurden die Regelung und die Fachterminologie inkonsequent: z.B. kam im Prozessrecht malitia vor, doch wendeten die Verfasser im materiellen Recht dolus an. Bei den Straftaten gegen das Leben erschien sogar der traditionelle ungarische qualifizierte Fall (homicidium praemeditatum).[77] Es war problematisch, dass die Verfasser die Erklärungen über die Fahrlässigkeit abgeschafft haben,[78] so wurde der Begriff zu breit. Der Problemkreis der Präterintentionalität kam bloß bei der Tötung im Raufhandel vor, die Verfasser lösten das Problem mit der Fiktion des Vorsatzes.[79]

4.3 Vorschlag von 1843

Das erste ungarische Kodifikationsprodukt ist der berühmte Vorschlag von 1843, der die ungarische Sprache verwendete. Er hatte erstmals einen selbständigen Allgemeinen Teil, der sich auch mit der Schuld beschäftigte. Die Verfasser des Vorschlags wählten einen anderen Weg, als die früheren Kommissionen: sie begründeten die Regelung zumeist mit der Konzeption Feuerbachs mit Korrektionen (z.B. ohne persumptio doli).[80] Im Allge-

---

[69] *Codex de delictis eorumque poenis pro tribunalibus Regni Hungariae, Partiumque eidem adnexarum per regnocolarem juridicam deputationem*, Pest, 1807 (*Codex* 1807), S. 4-5; FILANGIERI 1808, S. 251-252; HAJDU 1971, S. 165-166, 180-181, 201-202, 392-393; BALOGH, Elemér, *Die Dogmatik des Materiellen Strafrechts. (Entwicklungsgeschichtlicher Überblick mit besonderen Hinsicht auf den Gesetzvorschlag von 1843/44)*, in: Die Entwicklung der österreichische-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX-XX. Jahrhundert, Hrsg.: MÁTHÉ, Gábor – OGRIS, Werner, Budapest, 1996, S. 181-201, 189-190; BALOGH, Elemér, *A magyar büntetőtörvény-tervezetek szerkezeti fejlődése [Strukturenentwicklung der ungarischen Strafgesetzentwürfe]*, in: Tanulmányok Dr. Nagy László egyetemi tanár születésének 90. évfordulójára. Acta Jur. et Pol. Tomus LXIV. Hrsg.: TÓTH, Károly, Szeged, 2004, S. 30; BALOGH, Elemér, *Az anyagi büntetőjog egyes intézményei első kódextervezetinkben [Einige Institute des materiellen Strafrechts in den ersten ungarischen Kodexentwürfen]*, in: Tanulmányok Dr. Bessenyei Lajos egyetemi tanár 70. születésnapjára. Acta Jur. et Pol. Tomus LXIX. Hrsg.: SZABÓ, Imre, Szeged, 2007, S. 12-13; SEELMANN 2003, S. 4, 12-14; BATÓ 2012, S. 72-74; ausführlich mit weiterer Literatur: BATÓ, Szilvia, *A szándékon túli eredményért való felelősség az 1795. évi és az 1830. évi tervezetekben [Die Präterintentionalität in den Entwürfen von 1795 und von 1830]*, Jogelméleti Szemle 2016/3. http://jesz.ajk.elte.hu/2016_3.pdf (BATÓ 2016A).

[70] *Codex* 1807, S. 57-62, 64-65, 67: XIX. 1. §, 2. § a)-b), 3. § a), XIX. 3. § h), XIX. 3. § n), XXI. 4. §, XXII. 1. § a)-b), XXIII. 2. §, 3. § a)-b), 4. §, XXVII. 2.; HAJDU 1971, S. 462, 464, 466-469, 471.

[71] *Codex* 1807, S. 5; HAJDU 1971, S. 392.

[72] *Codex* 1807, S. 58: XIX. § 1, l) § 3; HAJDU 1971, S. 464.

[73] *Codex* 1807, S. 58, 63, 92-93; HAJDU 1971, S. 357-358, 464, 470, 508-510.

[74] *Codex* 1807, S. 60, 62, 65: XXIII. 4. §, XXI. 3. §, XXVII. 2.; HAJDU 1971, S. 466, 469, 472.

[75] BALOGH 2004, S. 32; BALOGH 2007, S. 10, 22-23; BALOGH 2010, S. 45.

[76] *IV. Codex de Delictis eorumque Poenis*, in: Opinio excelsae regnicolaris deputationis motivis suffulta, pro pertractandis in consequentiam articuli 67: 1790/1 elaboratis articulo 8. 1827. exmissae circa objecta ad deputationem juridicam relata, Pest, 1831 (*Opinio* 1831), S. 327; BALOGH 2007, S. 13-14; ausführlich mit weiterer Literatur: BATÓ 2016A.

[77] *Opinio* 1831, S. 348-350: XIII. 2. §, XIII. 16. §, 17. §, 20.; BATÓ 2012, S. 75-76.

[78] *Opinio* 1831, S. 327: VIII. 3.; BALOGH 2007, S. 13.

[79] *Opinio* 1831, S. 350: 16-18. §.

[80] *Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Königreich Ungarn und die damit verbundenen Theile. Durch eine Reichsdeputation in den Jahren 1841–1843. ausgearbeitet. Erster Theil. Von den Verbrechen und Strafen*, Leipzig, 1843 (*Entwurf* 1843), S. 11-12: § 38; SZALAY, László, *Büntető törvénykönyv III [Strafgesetzbuch III]*, in: SZALAY, László, Publicistai dolgozatok II, Pest, 1847, S. 90-93; SZALAY, László, *Büntető törvénykönyv IX [Strafgesetzbuch IX]*, in: SZALAY, László: Publicistai dolgozatok II, Pest, 1847, S. 120-124; ausführlich mit weiterer Literatur: BATÓ, Szilvia, *A szándékon túli eredményért való felelősség az 1843. évi büntetőjogi javaslatban [Die Präterintentionalität im Strafgesetzvorschlag von 1843]*, FORVM Acta Juridica et Politica 2015/1, (in Press).

meinen Teil kam direkter Vorsatz ohne Definition (§ 39) vor,[81] hier gab es keine andere Vorsatzart. Im Besonderen Teil, bei den Tatbeständen gegen das Leben gab es drei Grade: der vorbedachte Vorsatz (§ 108-109),[82] der Vorsatz und die Straftat im Affekt (§ 112).[83] Gemäß § 41 sind im Besonderen Teil nur bestimmte fahrlässige Straftaten strafbar.[84] Neben der Definition der Fahrlässigkeit schrieb die Kommission vor, nach welchen Kriterien der Richter gröbere oder geringere Fahrlässigkeit bestimmen soll (§ 42-43). In diesen Listen mischen sich die quantitativen und qualitativen Elemente, so kam auch der Typus der bewussten Fahrlässigkeit vor. Das unmittelbare Vorbild dieser Regelung war wahrscheinlich § 48 des hannoverschen Strafgesetzbuchs (1840).[85] Für die Präterintentionalität existierte parallel im Allgemeinen Teil die Konkurrenz (§ 44) und im Besonderen Teil culpa dolo determinata (§ 123).[86] Es darf festgestellt werden, dass diese Regelung nicht konsequent und praktikabel war. Die Debatte des Landtags konnte diese Probleme jedoch lösen, da die Abgeordneten kein Wort über die Schuld sprachen.

Fazit

Den ungarischen Strafrechtsexperten und Verfassern der Vorschläge standen vier verschiedene dogmatische Lösungen über die Präterintentionalität zur Verfügung: dolus indirectus, culpa dolo determinata, Konkurrenz und Mittelstufe zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.

1. Nach der Vorstellung der Verantwortlichkeitskonzeptionen der heimischen Rechtswissenschaft und Kodifikation können bezüglich des indirekten Vorsatzes acht Kategorien nachgewiesen werden.[87]

a) Der dolus indirectus kam in den Vorschlägen von 1795 und 1843 nicht vor, diese Kodifikationsprodukte beruhten auf anderen Konzeptionen, bei Kövy und Havas ist indirekter Vorsatz unbekannt.
b) Inhaltlich kannte Gochetz schon den dolus indirectus, expressis verbis kommt dieser Ausdruck aber nicht in seinem Buch vor. Daneben existierte die culpa, mithilfe der die Präterintentionalität auch beschreibbar worden war.
c) Eine andere Gruppe bildeten die Autoren, die sich mit dem dolus indirectus systematisch beschäftigten und beide Elemente anerkannten: bedingter Vorsatz und erfolgsqualifiziertes Delikt (Huszty, Bodó). Parallel dazu, ordneten sie die Präterintentionalität teilweise bei der Fahrlässigkeit ein.
d) In der ungarischen Strafrechtswissenschaft legten Szlemenics – in der ersten Ausgabe seines Handbuchs – und Fabriczy beide Aspekte des indirekten Vorsatzes (bedingter Vorsatz, Präterintentionalität) dar, und sie wendeten diese Auffassung sehr konsequent bei erfolgsqualifizierten Delikten an.
e) Der Vorschlag von 1830 enthielt den Ausdruck nicht, doch reagierte er mit der Fiktion des Vorsatzes auf die Präterintetntionalität.
f) Henfner beschrieb den indirekten Vorsatz, er hatte aber keinen Standpunkt dazu.
g) Die Strafrechtswissenschaftlern erkannten den dolus indirectus seit den 1820er Jahren als eine eventuelle Inkaufnahme des nicht beabsichtigten Erfolgs an, nach ihrer Meinung gehören aber die erfolgsqualifizierten Delikte zur Fahrlässigkeit: Szlemenics (1827, 1836, 1847), Szokolay, Kassay.
h) Vuchetich verwarf den indirekten Vorsatz, und führte die Konzeption der culpa dolo determinata für erfolgsqualifizierte Delikte nach Feuerbach ein.

2. Aus der Hinsicht des Akzeptierens der culpa dolo determinata lassen sich die Strafrechtsexperten und Kodifikationsprodukte vor 1848 in vier Gruppen aufteilen.[88]

a) Szlemenics (1817), Fabriczy und Havas erwähnten Feuerbachs Konzeption nicht wie der Vorschlag von 1830.
b) Ohne Vorbedingung akzeptierten Vuchetich und Henfner die culpa dolo determinata für die erfolgsqualifizierten Delikte, sogar Vuchetich lehnte den Begriff des dolus indirectus ab. Auf dieser Auffassung beruhte § 123 des Vorschlags von 1843.
c) Szokolay und Szlemenics nahmen die culpa dolo determinata an, aber der Begriff des dolus indirectus existierte weiterhin mit engerem Inhalt (bedingter Vorsatz).
d) Kassay merkte nicht das, dass zwei Kategorien (culpa dolo determinata und dolus indirectus) für die erfolgsqualifizierten Delikte unvorstellbar wären, deshalb war seine Konzeption inkonsequent.

3. Die Konkurrenz für die Präterintentionalität war bloß durch § 44 des Vorschlags von 1843 anerkannt.

4. Die Mittelstufe kam in der ungarischen Strafrechtswissenschaft und Kodifikationstätigkeit bis 1848 niemals vor.

---

[81] *Entwurf* 1843, S. 12; SCHWARZE, Ludwig F. O., *Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Königreich Ungarn und die damitverbundenen Theile. Durch eine Reichsdeputation in den Jahren 1841-1843. ausgearbeitet. Aus dem ungarischen Originaltexte übertragen. 2 Thle. Leipzig, Frohberger, 1843. 183 u. 138 S gr. 8. (geh. 1 2/3 Thlr.),* Kritische Jahrbücher für Deutsche Rechtswissenschaft 1843/14, S. 900, 909; BALOGH 1996, S. 197; BALOGH 2010, S. 14.

[82] *Entwurf* 1843, S. 36, in deutscher Version § 109-110; HEISSLER, Moriz, *Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Ungarn und die damit verbundenen Theile, durch eine Reichstags-Deputation in den Jahren 1841-1843 ausgearbeitet. Aus dem ungarischen Originaltexte übersetzt. Leipzig 1843, bei Adolph Frohberger*, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde 1844, III, S. 49; Ein österreichischer CRIMINALRICHTER, *Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für Ungarn II*, Oesterreichische Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft 1848, II (CRIMINALRICHTER 1848), S. 354-357; MITTERMAIER, Carl J. A., *Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung II*, Heidelberg, 1843, S. 224; BALOGH 2010, S. 16.

[83] *Entwurf* 1843, S. 37, in deutscher Version § 113; HEISSLER 1844, S. 49; CRIMINALRICHTER 1848, S. 354-357; MITTERMAIER 1843, S. 224; BALOGH 1996, S. 199; BALOGH 2010, S. 16.

[84] *Entwurf* 1843, S. 12; MITTEMAIER 1843, S. 222; SCHWARZE 1843, S. 900-902; HEISSLER 1844, S. 47; BALOGH 1996, S. 197; BALOGH 2010, S. 14.

[85] *Entwurf* 1843, S. 12-13; STENGLEIN 1858B, VI, S. 31-33.

[86] *Entwurf* 1843, S. 41, in deutscher Version § 124; HEISSLER 1844, S. 47; BALOGH 1996, S. 199; BALOGH 2010, S. 17.

[87] Zusammenfassend mit weiterer Literatur: BATÓ, Szilvia, *A dolus indirectus az 1848 előtti magyar büntetőjog-tudományban [Der dolus indirectus in der ungarischen Strafrechtswissenschaft vor 1848]*, FORVM Acta Juridica et Politica 2014/1, S. 5-31.

[88] Zusammenfassend mit weiterer Literatur: BATÓ, Szilvia, *Változatok culpára – szakirodalom és praxis a reformkorban [Variationen über culpa – Fachliteratur und Praxis im Reformzeitalter]*, in: Szokásjog és jogszokás I, Hrsg.: NAGY, Janka Teodóra, Jogi kultúrtörténeti, jogi néprajzi kiskönyvtár 2, Szekszárd, 2016, S. 38-59.

The Legal History of Gratitude Payments to Physicians in Hungary

Máté Julesz *

Abstract

In Hungary, Act XIV of 1891 on Medical Care for Industrial and Factory Employees made it compulsory for most blue-collar workers to be members of welfare funds (betegsegélyező pénztár). In Hungary, Act I of 1936 on Medical Activity, Sec. 39(1), stipulated that physicians were entitled to a fee when practising medicine privately. In the 1970 s and even for decades before and after, gratuities were paid in advance as an illegal but socially legitimate form of bribery. During the history of gratuities in Hungary, it has always been a crucial question whether to pay the gratuity to the physician in advance or only after treatment. The Code of Medical Ethics of the American Medical Association of 1847 was taken into consideration during the codification of the Hungarian Act on Health of 1972. This Code of Medical Ethics forbids physicians from accepting any payment from other physicians for medical services. However, in other cases, the Code permits the acceptance of payments for medical services as a remuneration for self-employed persons. According to the Corpus Hippocraticum, the physician is only allowed to accept money for medical services after treatment and the physician is not allowed to force the patient to pay. Gratuities for physicians in Hungary seem to be inherent to the low earnings among physicians, and the situation is similar for nurse practitioners.

Keywords: *gratitude payments; healthcare; Hungary; corruption; communist and postcommunist countries; putative complicity; transition from communism to free market economy.*

1. The immanence of gratuities in the Hungarian healthcare system

We know that medical operations in ancient Egypt were performed by a properly educated slave held by the physician and that the true role of the physician was to direct his slave and provide medical advice for the patient. The physical part of the work was done by the physician's slave, and the gratuity money was paid to the physician. In ancient Rome as well as in ancient Greek societies, medical care was considered as magic rather than as work done by a human. We know that Saint Luke the Evangelist was a physician and Jesus Christ's healing of the sick is also an integral part of the birth of Christianity. The power to heal was granted by God, and people regarded these healing events as miracles. In ancient times, physicians were not remunerated as they are today. They received offerings, they were revered, but they were not tipped for their treatment. There was no need to bias physicians because physicians did what they could do, and, ultimately, it was God who decided to save the patient's life or not. It was much more about religious belief than about science. Gratuity payments like those of today were unknown to patients in ancient times, though this was not the case in the Middle Ages. Physicians employed by European and Asian kings and queens had to prove their capacity to cure the members of the royal families. Mediaeval physicians gained surgical experience on the battlefield, e.g., Paracelsus in the early 16th century. In the Middle Ages, absent a healthcare system, physicians were employed by noble families, who did not mind paying a great deal of money for their family physicians' medical services. Those services were rather homeopathic, though the doctrine of homeopathy was only created by Samuel Hahnemann in 1796. In the 19th century, the science of medicine rapidly evolved and physicians were able to treat their patients with more successful outcomes than before. Religious belief was substituted in large part by a scientific approach, and highly skilled physicians were held in esteem by those who were able to pay for their services. There was no need for informal payments, since the best medical practitioners became rich legally, and some of them obtained a title of nobility. This was true not only in Hungary, but all over Europe. Baron Sándor Korányi (1866–1944), a Hungarian specialist in internal medicine, is a case in point like so many other physicians who were successful in their profession. Physicians tended to transfer their professional skills to their offspring, thus creating medical dynasties, and a similar tendency is still palpable. In the 19th century, all remunerations paid to physicians were legal and formal. The physician might have received a piece of art or some other gift in addition to the fee. When the patient was satisfied with the job done, they (or their husband or father) freely expressed their gratitude by offering more than previously promised. That was a true expression of gratefulness, and it was neither solicited by the physician nor taxed by the state. Today, physicians are legally obliged to pay tax on gratuity money or gifts, which is difficult for the tax authority to check, thus leaving room for

* Máté Julesz, PhD, research fellow, Institute for Forensic Medicine, University of Szeged, Hungary.

illegal accumulations of wealth among obstetricians, surgeons and similarly respected medical professionals, while physicians practising in low-paid areas of medicine live very modestly. There was a difference in means of livelihood between highly remunerated physicians and low-paid physicians in the 19th century as well as in the first half of the 20th century, though this difference did not originate from informal payments. The reason was that physicians treating poor people earned less than their colleagues who provided care for wealthy families.

In Hungary, Act XIV of 1891 on Medical Care for Industrial and Factory Employees made it compulsory for most blue-collar workers to be members of welfare funds (*betegsegélyező pénztár*), which offered 'free' medical care, pharmaceuticals, medical aids (such as glasses, crutches etc.), financial support for the sick and for women during and after pregnancy. 'Free' meant that the healthcare contribution was paid by the employer. The employer covered one third of the contribution and was authorised to cover the remaining two thirds through deductions from the employee's pay. In Western Europe, similar regulations came into force. Hungary followed the example of Western European industrial countries. Given that it was only physicians who could not find a better paid job that worked for the welfare funds, blue-collar workers started to pay them gratuities. The original aim of the legislator who made membership in welfare funds compulsory for blue-collar workers was to ease the difficult financial and healthcare situation of the less well-off, but the low-paid physicians associated with the welfare funds began to accept gratuities from the blue-collar workers for a higher level of healthcare service. At the beginning, it was not a prosperous career for a young physician to treat blue-collar workers for the small fee offered by the welfare funds; however, later, similar jobs were seen as appropriate for medical trainees, who, after gaining experience, became valuable physicians and found better-paid jobs. Those trainees earned their living by accepting money both from the welfare funds and from their blue-collar patients. If no money was offered, a gratuity could take the form of the services of a craftsman, e.g., a bricklayer or a repairman or a gratuity might be a precious gift.

In Hungary, gratuities for physicians are immanent in the healthcare system developed in the late 19th century and in the 20th century. Before that time, informal gratuity payments had no significance, since payments to Hungarian medical practitioners were settled before treatment. In the second half of the 19th century, the medical career was also open to children of the poor. It was a means of upward mobility for those with talent. This phenomenon was a forerunner of what we have seen in Hungarian society as of the early 1950 s. The situation was not the same, though many similarities could be noted. For instance, while the legal profession was not open to the poor in the 19th century, a medical career was already open to them.

In Hungary, Act I of 1936 on Medical Activity, Sec. 39(1), stipulated that physicians were entitled to a fee when practising medicine privately. Sec. 39(2) stipulated that the National Chamber of Physicians shall decide on the maximal fee. Sec. 39(4) stipulated that the physician had the right to treat the patient for free or for a lower fee. I believe that these legal norms led to the birth of gratuities for physicians, since patients normally paid a gratuity to the physician who treated them for free. Physicians usually started their career as unpaid trainees, and, after some years, they arrived at the level of paid trainee and unpaid assistant. Physicians either had a contract for service or an employment contract.[1] Those with a contract for service either earned a fee or only a gratuity payment. Those with an employment contract earned a fixed salary. Family physicians were contracted by the head of the family, and they earned a salary according to their contract. In 1870, an insurance company was established to cover the costs of medical care for workers. Act XXI of 1927 made it compulsory for workers to be insured in case of sickness or accident. Although created between the two world wars, social security only gained more attention after the Second World War. By 1959, 72% of the Hungarian population were part of the social security system.[2] Thus, the healthcare service lost its private character and gradually became a public service.

As Kornai observed in 2000, 'The rather pompous expression *paraszolvencia*, now a synonym for gratitude money current among Hungarian doctors, dates back to the period before the Second World War. However, *paraszolvencia* at that time had a different meaning from the one it acquired later. Senior doctors would put an appreciable proportion of the rather high fees they received from private practice into what was known as a petty-cash fund. This they distributed from time to time among the subordinate doctors and assistants working for them. It was a redistribution of fees from the private provision of healthcare. It differed from the gratitude money of the socialist and postsocialist periods in having no connection with free provision funded out of the public purse.'[3] The changes in the meaning of expressions may reveal important information on the legal history of the evolution of gratuity payments in Hungary. What was originally an ethical and legal form of quasi-equalisation of revenue among highly esteemed physicians and among beginners later changed connotative meaning and became a sort of euphemism in the language of corruption. In Hungary, the social contract between the communist state and the people concealed social norms that became unwritten legal norms. One of those norms was the right of medical practitioners to gratuities and the obligation of patients to pay for otherwise free medical services. In Hungary, this social contract was terminated in 1989; however, the new social contract reached by state and society also included the natural right of physicians to gratuities and the natural obligation of patients to pay them. In Hungary, this social contract, in effect during the transitional period after 1989, should be terminated and a new social contract, based on Western types of ethics, ought

[1] See also SZALMA, J., A munkaszerződés magán- és közjogi sajátosságai, különös tekintettel az európai és magyar jogfejlődésre. In: *Publicationes Universitatis Miskolciensis Series Juridica et Politica*, Vol. 21, No. 2, 2003, pp. 735–776.

[2] ÁDÁM, Gy., Az orvosi hálapénz kifejlődésének jogi előzményei. In: *Jogtudományi Közlöny*, Vol. 39, No. 10, 1984, pp. 547–556.

[3] KORNAI, J., Hidden in an envelope: Gratitude payments to medical doctors in Hungary. In: DAHRENDORF, R. et al. (ed.): *The paradoxes of unintended consequences*. CEU Press, Budapest, 2000, p. 199.

to be reached. This need is urgent; however, there seems to be no hope for a new social contract implying a higher level of ethics and a full secession from the postcommunist legal and ethical legacy.

In 1974, an article appeared in the weekly *Képes Újság* estimating that the gratuity for a birth was Ft500 (one seventh of the average monthly salary by that time, approximately €1.70 today).[4] In that period, gratuities for physicians were a customary right that, although illegal, no court or authority disputed. Neither physicians nor patients were sued for accepting or giving gratuities for medical services. This customary right of physicians to gratuities left the patient in the dilemma of whether to tip the medical doctor and the nurse practitioner or to risk malpractice that would later possibly never come to light. In the 1970 s and even decades before and since, gratuities were paid in advance as an illegal but socially legitimate bribe. During the history of gratuities in Hungary, it has always been a crucial question whether to pay them to the physician in advance or only after treatment. One can easily see that paying in advance has been in the best interests of the patient. Some physicians have expected a gratuity in advance, and those patients who have tended to pay gratuities have mostly been in favour of paying before treatment.

In 1986, Losonczi estimated that the total sum of gratuity money paid to physicians in Hungary *per annum* was Ft4 billion (i.e. approximately $ 85 million by that time).[5] As Galasi and Kertesi asserted in their article in the *Közgazdasági Szemle* (*Hungarian Review of Economics*) in 1991, gratuity payments to physicians in Hungary increased by 250% from 1972 to 1986.[6] As Balázs reported in the journal *Lege Artis Medicinae* in 2013, the total sum of gratuity money paid for healthcare services in Hungary was, by that time, approximately Ft50–100 billion *per annum* (i.e. $192–384 million).[7] In Hungary today, approximately Ft100,000 ($384) is paid as gratuity money for an average surgery. A renowned surgeon or obstetrician may earn millions of forints (thousands of dollars) per month in informal gratuity payments. This has been a latent form of financing in the healthcare sector in Hungary. Latent financing is also palpable when it is not the patient who pays the gratuity to the physician, but pharmaceutical companies that finance conference tourism for medical practitioners (a legal practice according to the Hungarian Act on Pharmaceutical Products). Many such companies support physicians who prescribe their patients their products. It is mainly medical practitioners who treat patients that enjoy this kind of gratuity payment. Those physicians who are not in a position to prescribe medicine to patients (e.g. those working in laboratories) do not receive similar payments, so physicians who are not in personal and direct contact with patients have a lower living standard than their colleagues.

The 1847 Code of Medical Ethics of the American Medical Association was taken into consideration during the codification of the Hungarian Act on Health of 1972. This Code of Medical Ethics forbids physicians from accepting any payment from other physicians for providing care. However, in other cases, the Code permits acceptance of payments for medical services as a remuneration for self-employed persons. This ethical norm has guided prosecutors since the 1970 s. Accepting gratuities was based on the ethical deliberation of the physicians, and they normally did not accept gratuity money from their colleagues. The reception of this ancient American ethical norm in Hungarian medical practice in the 1970 s seemed to be unique, considering that all this was happening during the cold war. Some global ethical norms can survive for centuries when those ethical norms are based on *jus naturale*. The ethical and legal contemplations behind the acceptance of gratuity money for healthcare services are still based on *jus naturale* rather than on *jus positivum*. I believe that, as long as gratuity money persists in the healthcare sector in Hungary, it is an equitable way to judge its acceptance according to *jus naturale*.

2. Gratuities in communist Hungary and Romania

The situation of gratuity payments to physicians in communist and postcommunist Hungary has been similar to that in Romania. During the Ceausescu era, cigarettes, coffee and wine were frequently offered to physicians as informal gifts in return for proper medical care. Western cigarettes and alcoholic beverages were equal to money. In Hungary, it was a custom to give fine wine or other alcoholic drinks in return for adequate medical care. In Romania, under Ceausescu, physicians were partly financed by the state, partly by patients. This meant that at least half of the physicians' salary originated from illegal sources. Unfortunately, this negative phenomenon is still present in the Romanian healthcare system, just like in Hungary. Nowadays, patients mostly give money to physicians because products of Western origin have lost their former value. As Chereches *et al.* observed in the *Transylvanian Review of Administrative Sciences* in 2011, 'The existence of informal payments in Central and Eastern European countries relates to the characteristics of the health systems in the communist period. For this category of countries, including Romania, the norm was a Semashko model of healthcare delivery. Access to healthcare services was free and all types of services were provided formally. However, due to financial shortages, hospitals and other healthcare facilities confronted the impossibility of providing quality services to the patients, in terms of time and patient satisfaction. In order to overcome this problem, patients found methods to shortcut the inadvertencies. The methods included paying money, giving gifts or approaching friends or relatives who happen to know people working in the healthcare system. By accessing these mechanisms, people gained access to higher quality services, skipped waiting lists, acquired extra/better drugs or benefited from better conditions during hos-

4 GERENCSÉR, J., *A borravaló, a hálapénz és a csúszópénz helyzetének vizsgálata a szállítás- és hírközlésben*. UTORG Munkagazdasági Főosztálya, Budapest, September 1976, Annex 3, p. 2.

5 LOSONCZI, Á., *A kiszolgáltatottság anatómiája az egészségügyben*. Magvető, Budapest, 1986, p. 179.

6 GALASI, P., and KERTESI, G., A hálapénz ökonómiája. In: *Közgazdasági Szemle*, Vol. 38, No. 3, 1991, pp. 260–288.

7 BALÁZS, P., Orvosi hálapénz: mi a megalkuvásunk titka? In: *Lege Artis Medicinae*, Vol. 23, No. 2, 2013, pp. 144–149.

pitalisation.'[8] As Stan pointed out in the *Journal of the Royal Anthropological Institute* in 2012, 'The increasing prominence of predation in healthcare informal exchanges is directly related to the neoliberal transformation of Romanian society. Indeed, predation is bred by the increasing competition, inequality, and insecurity on which this transformation is predicated. This is also perceived by many Romanians, who do not embrace the official view of predation as a feature of state bureaucracies. For them, the private sector is often an equally likely site of predatory practices. Many money-short Romanians experience the increased costs incurred by private consultations and tests as predation, while also resenting the use of free public services by wealthy private patients.'[9]

In Hungary, as György Ádám reported in the *Journal of Medicine and Philosophy* in 1989, 'Although granting and accepting gratuities are forbidden by law, the wages of doctors have been fixed since 1954, for so long that accepting gratuities has come to be considered part of the wages.'[10] In his article, Ádám expressed his hope that 'by transforming the provision of medical care, the giving and accepting of gratuities for doctors could be terminated, not only in law but also in the economy'.[11] Unfortunately, at the beginning of the 21st century, gratuities paid to physicians still seem unavoidable. This customary law is so rooted in the fabric of everyday healthcare provision in Hungary that there seems to be no hope in reducing it. According to judgment No. Bhar.III.6/2015/20 issued by the Supreme Court of Hungary in 2015, it is legal for physicians to accept gratuities *ex post*. The court declared that physicians informing the patient *ex ante* on how much gratuity is common are not committing any crime. This judgment reflects the legal presence of gratuities for physicians in the Hungarian healthcare system. Of course, physicians accepting gratuities *ex ante* are committing the crime of corruption. Information supplied *ex ante* to the patient about the sum of the gratuity expected by the physician constitutes putative complicity in corruption, meaning that the physician is therefore not held criminally liable. The same rules apply to gratuities accepted by nurse practitioners. According to Section II.15 of the Code of Ethics issued by the Medical Chamber of Hungary, physicians are not allowed to promote gratuity payments in any way, so physicians who are putatively complicit can be brought before the Medical Chamber. A similar problem arises in Greece. Greek researchers published an article in 2016 in the *European Journal of Health Economics* asserting that, according to the results of a survey, gratuities were paid to physicians in 32.4% of public hospital admissions. The authors report that informal gratuity payments are often made upon request prior to provision of services to facilitate access to care and to reduce waiting time, and, at a much lower percentage, *ex post* and out of a true feeling of gratitude.[12] According to the *Corpus Hippocraticum*, the physician is only allowed to accept money for his medical services after treatment and the physician is not allowed to force the patient to pay. The honour of the medical profession is more valuable than money.[13]

The history of gratuities for physicians in Hungary seems to be rooted in the low earnings of the physicians, and the situation is similar for nurse practitioners. It is not feasible to eradicate gratuities from the Hungarian healthcare system, and the Supreme Court of Hungary accepts this phenomenon when decriminalising the less dangerous way of accepting gratuities. At an earlier stage of the history of gratuities for physicians in Hungary, the criminal justice system and law enforcement did not deal with this form of corruption. In Hungary, the evolution of the rule of law after 1989 made it necessary to establish a legal framework for the practice of giving gratuities. The previously well-functioning *tacitus consensus* accepted by the criminal justice system and law enforcement was no longer sufficient for Hungary as it joined the Western and Central European legal culture. Since according to the Criminal Code of Hungary *stricto sensu*, all physicians and nurse practitioners accepting gratuities are to be brought before a criminal court and sentenced, the judicial system had to intervene and eliminate an impending economic disaster for society and healthcare in particular.

In Hungary today, when physicians and nurse practitioners are brought before a criminal court for having required gratuity money in advance, they generally receive probation and a fine as sanctions. Physicians and nurse practitioners convicted of corruption rarely serve a prison sentence. This is also current judicial practice in other EU member states; however, the preventive effect of those court decisions is low. The barristers for medical workers convicted of corruption usually expect a light punishment for defendants, so it is an easy and quite profitable task for the barristers to provide a defence. When gratuity money is solicited in advance and physicians and other medical workers form a network of corruption, punishments should be more serious than otherwise.

3. The Roma, refugees and the gratuity

As Puporka and Zádori reported in 1999, with physicians' gratuities having become integrated into Hungary's healthcare system, relatively poor Roma cannot access the level of care they need for recovery.[14] The problem of the Roma and gratuities has always been present in tandem with the majority nation's gratuity problem. Those who are not in a position to give gratuities to physicians and nurse practitioners may find that

[8] CHERECHES, R. et al., Informal payments in the health care system – research, media and policy. In: *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, No. 32E, 2011, p. 7.

[9] STAN, S., Neither commodities nor gifts: post-socialist informal exchanges in the Romanian healthcare system. In: *Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 18, No. 1, 2012, pp. 65–82.

[10] ÁDÁM, Gy., Gratuity for doctors and medical ethics. In: *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 14, No. 3, 1989, pp. 315–322.

[11] ÁDÁM, Gy., Gratuity for doctors and medical ethics. In: *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 14, No. 3, 1989, pp. 315–322.

[12] SOULIOTIS, K. et al., Informal payments in the Greek health sector amid the financial crisis: old habits die last… In: *European Journal of Health Economics*, Vol. 17, No. 2, 2016, pp. 159–170.

[13] JONES, W. H. S. (ed.), *Collected Works by Hippocrates*. Harvard University Press, Cambridge, USA, 1868.

[14] PUPORKA, L., and ZÁDORI, Zs., *The health status of Romas in Hungary*. World Bank Regional Office Hungary, NGO Studies No. 2, Budapest, 1999, p. 58.

the healthcare system does not function in their favour. This is unacceptable, and both legislation and the judicature tend to cancel or, at least, marginalise a similar gap in distributive justice. A similar outcome is expected for immigrating foreigners. Those who leave their homeland for a better future are usually less well-off. They cannot afford to purchase the best healthcare services. Their only refuge is to receive good treatment covered by social security. This appears to be utopian, so immigrating foreigners find themselves in a healthcare situation comparable to that of the Roma. The only difference is that the Roma are accustomed to this discrepancy, while refugees arrive in Hungary with great expectations.

The main difficulty arising from the customary culture of gratuities in the Hungarian healthcare system is that their existence causes an incongruence in Hungarian society. That is why legislators and legal practitioners make efforts to sustain only a slight incongruence. The absolute negation of gratuities would result in latent criminality, so it is better to make it legal for the better-off part of society to prompt their treating physicians to provide a higher standard of service. The duty of care necessitates an average level of healthcare provision. Purchasing a higher level is not against the law. This is the case in Hungarian medical law, as well as according to the Bolam test and the Bolitho test in English-Welsh medical law.

An interesting Turkish experience with Syrian refugee patients was described in a fresh article published in the *International Nursing Review*: 'We determined that the refugees who participated in the study experienced difficulties in communicating, meeting their personal needs and correctly following treatment instructions. They also had certain expectations from the hospital administration and nurses, and they felt gratitude for both nurses and the nation of Turkey.'[15] In 2008, a Spanish and an American researcher published an article on the health of immigrants in European countries in the *International Migration Review* with the following results: 'In Austria, Belgium, Denmark, France, Germany, Greece, Italy, the Netherlands, Spain, Sweden and Switzerland, migrants generally have worse health than the native population. In these countries, there is a little evidence of the healthy migrant at ages of 50 years and over. In general, it appears that growing numbers of immigrants portend more health problems in the population in the subsequent years.'[16]

4. Gratuity payments during the rule of the Hungarian communist party

Nowadays, more and more papers are appearing in Hungary that analyse the situation of gratuity payments. For example, in 2017, an article published in *Orvosi Hetilap* (Hungarian Medical Weekly) concluded that more than 50% of Hungarian family medicine trainees do not approve of accepting gratuity money.[17] Articles with a similar outcome have also been published in other Eastern European countries, though, with regard to the number of physicians heading west because of low pay, gratuity money is still a phenomenon in the Hungarian healthcare culture. Poland, the Baltic states, member states of the former Yugoslavia, as well as Romania and Bulgaria also have to face the postcommunist phenomenon of gratuity payments in the healthcare sector. The culture of tipping treating physicians has been kept alive in those countries after the fall of communism. Slovenia is an exception because Slovenian physicians' salaries were raised high enough to eliminate illegal tipping of physicians.[18]

The postcommunist survival of informal payments in the healthcare sector hampers development from a communist state to a free market economy in most former communist countries. As Habibov and Cheung noted in *Social Science and Medicine* in 2017, 'The countries of the former Soviet Union, especially those in the Caucasus and Central Asia, exhibit the highest scale of informal payments, followed by Southern Europe and then Eastern Europe. (…) Living in the countries of the former Soviet Union and in Mongolia is associated with the highest likelihood of informal payments, and this is followed by the countries of Southern Europe. In contrast, living in the countries of Eastern Europe is associated with the lowest likelihood of informal payments.'[19] It is good to see that Hungary is among those postcommunist countries which are less contaminated by gratuity payments in the healthcare sector than others; however, this also means that Hungary is not an exception to the postcommunist practice of gratuity payments. The corruption institutionalised during the Stalinist period and during the period after Stalin and before the fall of communism left behind the insurmountable customary law of gratuity payments and a legal system that made it practicable.

An analysis of communist countries before and around the time of the Soviet breakup in 1991 reflects how gratuity payments in the healthcare sector during the rule of the Soviet empire influenced the professional behaviour of physicians. A survey was conducted in 1991 in Estonia with the participation of one thousand physicians (20% of all practising Estonian physicians below the age of 65). It turned out that it was common practice for physicians to accept gifts, tips or preferential access to scarce consumer goods from their patients.[20] As Praspaliauskiene noted in the *Medical Anthropology Quarterly* on gratuity payments in communist Lithuania, 'In the mid-1970s, at the height of mature socialism, when it seemed that the rule of the USSR would last forever, Adomas was a teenager sitting

[15] SEVINC, S. et al., Difficulties encountered by hospitalized Syrian refugees and their expectations from nurses. In: *International Nursing Review*, Vol. 63, No. 3, 2016, pp. 406–414.
[16] SOLE-AURO, A., and CRIMMINS, E. M., Health of immigrants in European countries. In: *International Migration Review*, Vol. 42, No. 4, 2008, pp. 861–876.
[17] GYŐRFFY, Zs. et al., What do family medicine trainees think about gratitude payment? In: *Orvosi Hetilap*, Vol. 158, No. 26, 2017, pp. 1028–1035.
[18] *Study on Corruption in the Healthcare Sector*, Committee of the European Union, HOME/2011/ISEC/PR/047-A2, 2013, p. 303.
[19] HABIBOV, N., and CHEUNG, A., Revisiting informal payments in 29 transitional countries: The scale and socio-economic correlates. In: *Social Science and Medicine*, Vol. 178, 2017, pp. 28–37.
[20] BARR, D. A., The ethics of Soviet malpractice: Behaviours and attitudes of physicians in Soviet Estonia. In: *Journal of Medical Ethics*, Vol. 22, No. 1, 1996, pp. 33–40.

with his mother on a bus route that went from the town of Balbieriskis to Vilnius. There were three older men on the same bus and they were cursing greedy doctors and saying loudly that it was almost impossible to get good care without money.'[21]

While the Soviet army was posted in Eastern and Central European countries, Soviet soldiers and their families gained access to the local healthcare system. It was common for them to offer Russian caviar and other scarce consumer goods as an informal payment to treating physicians. Those Soviet soldiers were not in a position to pay, though officers with good informal relationships gained access to consumer goods that an average Soviet citizen could not purchase. Family members of former Soviet officers sometimes returned to Hungary in the 1990s to visit their former treating physicians because they did not trust in the Russian healthcare system and also because, after decades of a doctor–patient relationship in Hungary, they paid for Hungarian healthcare rather than start to build a doctor–patient relationship in Russia. Another reason was that the professional level of the Hungarian healthcare system was higher than that in Russia. In this postcommunist interval in the 1990s, family members of former Soviet officers formally paid the Hungarian state for healthcare and informally paid gratuity money to treating physicians. Since all this cost a great deal, this postcommunist phenomenon gradually disappeared.

A Russian researcher published an article in 2016 on the present practice of gratuity payments for healthcare services in Russia many years after the collapse of the Soviet Union. Zasimova found that, despite the constitutional right of every citizen to free medical care, informal gratuity payments still persist.[22]

Nowadays, in Hungary, it is common for nationals of neighbouring countries living just across the border to be treated by Hungarian physicians. These people can afford to pay for Hungarian healthcare services, as well as for prescribed drugs. They pay a great deal officially, and they also make informal payments to physicians, thus purchasing confidence in the treating physician and purchasing informal advantages, such as a prompt appointment with the physician. During the Soviet era, it was mainly Hungarians living in neighbouring countries who used to see physicians in Hungary. By that time, they mostly paid those physicians informally.

As Ensor reported in *Social Science and Medicine* in 2004, 'While 91% report paying for public care in Armenia, the proportion is only 60% in the Slovak Republic and 22% in Albania. The variation cannot entirely be explained by the level of average income alone. Poland is one of the wealthier countries in the group yet more than 78% report paying for healthcare.'[23] According to a survey conducted in Bulgaria in 1994, 42.9% of respondents paid for healthcare services that were officially free. The average gratuity payment for an operation was 83% of the mean monthly income.[24] In Central Asian postcommunist countries, e.g., Kyrgyzstan, Kazakhstan and Tajikistan, informal payments for officially free healthcare services can also be detected.[25] As Belli *et al.* noted in *Health Policy* in 2004, 'Informal out-of-pocket payments were most probably existing during the Soviet times, but with the economic and fiscal collapse of the early 1990s they became much more prevalent. (…) Moreover, it is estimated that almost half of the total revenue from out-of-pocket payments is informally paid. (…) Georgia is not an exception in the region. (…) For instance, private spending is estimated to be equal to 82% of total health expenditure in Azerbaijan, 80% in Moldova and 60% in the Kyrgyz Republic.'[26] As Fan argued in the *Kennedy Institute of Ethics Journal* in 2007, in China 'there has been a loss of the Confucian appreciation of the proper role of financial reward for good healthcare'. Fan also asserted that in China, 'misguided governmental policies have distorted the behaviour of physicians and hospitals'. According to Fan, 'the distorting policies include (1) setting very low salaries for physicians, (2) providing bonuses to physicians and profits to hospitals from the excessive prescription of drugs and the use of more expensive drugs and unnecessary expensive diagnostic procedures, and (3) prohibiting payments by patients to physicians for higher quality care'.[27] As Chen pointed out in the *Journal of Medicine and Philosophy* in 2007, 'In contemporary China, physicians tend to require more diagnostic work-ups and prescribe more expensive medications than are clearly medically indicated. These practices have been interpreted as defensive medicine in response to a rising threat of potential medical malpractice lawsuits.' Chen argues that 'these practice patterns are due as well, if not primarily, to the corruption of medical decision-making by physicians being motivated to earn supplementary income, given the constraints of an ill-structured governmental policy by the over-use of expensive diagnostic and therapeutic interventions'.[28] As Gaal *et al.* reported in the *Journal of Health Politics, Policy and Law* in 2006 on informal payments for healthcare in low- and middle-income countries, 'Emerging evidence suggests that the phenomenon is both diverse, including many variants from cash payments to in-kind contributions and from gift giving to informal charging, and widespread, reported from countries in at least three con-

[21] PRASPALIAUSKIENE, R., Enveloped lives: Practicing Health and Care in Lithuania. In: *Medical Anthropology Quarterly*, Vol. 30, No. 4, 2016, pp. 582–598.
[22] ZASIMOVA, L., The use of medical care and out-of-pocket payments in Russia. In: *Scandinavian Journal of Public Health*, Vol. 44, No. 5, 2016, pp. 440–445.
[23] ENSOR, T., Informal payments for health care in transition economies. In: *Social Science and Medicine*, Vol. 58, No. 2, 2004, pp. 237–246.
[24] DELCHEVA, E. et al., Under-the-counter payments for health care: Evidence from Bulgaria. In: *Health Policy*, Vol. 42, No. 2, 1997, pp. 89–100.
[25] FALKINGHAM, J., Poverty, out-of-pocket payments and access to health care: Evidence from Tajikistan. In: *Social Science and Medicine*, Vol. 58, No. 2, 2004, pp. 247–258.
[26] BELLI, P. et al., Out-of-pocket and informal payments in health sector: evidence from Georgia. In: *Health Policy*, Vol. 70, No. 1, 2004, pp. 109–123.
[27] FAN, R., Corrupt practices in Chinese medical care: The root in public policies and a call for Confucian-market approach. In: *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 17, No. 2, 2007, pp. 111–131.
[28] CHEN, X.-Y., Defensive medicine or economically motivated corruption? A Confucian reflection on physician care in China today. In: *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 32, No. 6, 2007, pp. 635–648.

tinents.'[29] It is clear that gratuity payments for otherwise free healthcare services are not only a problem in Hungary. They are rooted in the fabric of everyday life in countries where ethical and legal standards have been distanced from each other for decades. Gratuity payments seemed to be harmless, and the phenomenon was by and large acknowledged in Western and Eastern Europe before the cold war. In Western Europe, gratuity payments became outdated in the second half of the 20th century. If they ever occur in Western-type democracies, we can only see grateful patients offering a bunch of flowers, but nothing more. In Eastern Europe, the gift for physicians lost its true meaning and physicians and lawyers in particular label the money in corruption as a gift to conceal institutionalised corruption. The Confucian way of solving the problem of gratuity payments in China brings up a kind of *jus naturale* to surmount the problem that cannot be tackled with *jus positivum*. This is also a legal philosophy to be followed by other countries with gratuity problems. If it is not the Confucian philosophy, then any other operable means of changing the way of thinking of the local people could provide a solution in the long run. In Hungary, the role of the churches faded during the existence of the atheist communist state. After the transitional period from 1989 to 2010, it is high time for the churches of Hungary to persuade believers to say no to gratuity payments for medical and other publicly financed services. It was clear that after the communist party took power in Hungary, religious belief, as an *extra legem* approach to corruption, disappeared. In 1946, after Soviet soldiers were murdered in Budapest, civil society, including religious associations, was banned in Hungary. Corruption continued to flourish and gratuity paid to physicians was no longer an ethical problem, but a source of livelihood that formed part of the doctor–patient relationship. The respiritualisation of Hungarian society only came about after 1989, and the long period of atheism eroded the morals of both patients and physicians. The atheism adopted by the Hungarian communist state effected certain changes to social behaviour in Hungary. Gratuity payments to physicians were considered as natural in the healthcare system when the legislation and the legal practice to be followed were designed by the leaders of communist Hungary. This was, of course, a legacy from before communism in Hungary; however, no steps were made to stop this practice. The communist state remained mostly reticent about gratuities and thus made it possible in doctor–patient relationships for healthcare services of high quality to be bought with informal payments. Instead of noble families having sufficient wealth to purchase healthcare services of high quality, the newly rich communist leaders and their families paid gratuities to the best educated and experienced physicians or used their political capital to offer well-paid and highly sought after jobs to favoured physicians. The roles were changed; however, the inequalities were maintained. Some dynasties of physicians survived the transition from kingdom to people's republic, while others vanished. There was an important axiological change in the physicians' attitude to their profession: obtaining political positions became a priority and, thus, many good medical practitioners, though not all, became lost to patients. This can also be considered as a legacy from the late 19th and early 20th centuries, though this tendency was reinforced in Hungary after the Second World War. Physicians who opted for a political career no longer had an interest in sustaining the customary institution of gratuity payments, although physicians who treated patients still did. Between 1949 and 1989, a fee schedule was established for gratuity payments according to the academic rank of the medical practitioners. An associate professor received higher gratuities than an assistant professor. Physicians therefore started to have an interest in obtaining academic degrees not only for the scientific reputation, but also to receive higher gratuities from their patients. When no more university jobs could be offered to the increasing number of physicians, honorary academic titles, such as honorary associate professor and honorary professor, were accorded to physicians to keep up with the growing need for academic titles which augmented the sum of informally offered gratuities. This customary right of physicians with an academic rank survived after the end of the cold war, and it is still present in Hungary and in many other postcommunist countries.

Corruption exists in medicine in Western European democracies, though with a meaning different from that of gratuity payments in postcommunist countries. Corruption in Western European countries and in the USA means biasing medical decision-makers when deciding on an organ transplantation or on whether or not to permit a physician-assisted suicide, biasing medical experts into issuing a false expert opinion to make insurance companies pay, etc. A similar sort of corruption in medicine also exists in postcommunist countries; however, this kind of corruption is differentiated from gratuity payments on the level of criminal justice. A Western type of medical corruption is considered a serious crime, while the Eastern type of informal gratuity payments remains latent for the most part.

According to a study conducted in 2010 and funded by the European Commission, informal payments for healthcare services were fairly high in Ukraine and Romania, while they were relatively low in Poland and Bulgaria. Hungary and Lithuania fell between these two groups.[30] An article published in *Health Policy* suggests that 'in 2001, the overall magnitude of informal payments lay between 16.2 and 50.9 billion HUF (i.e. 64.8 million euros – 203.6 million euros), which amounted to 1.5–4.6% of total health expenditures in Hungary'. The authors of the article underline that 'as informal payments are unequally distributed among health workers, with the bulk of the money going to physicians, with some not taking any informal payments, family doctors and some specialists may have earned between 60 and 236% of their net official income from this source in 2001'.[31] As Szende and Culyer reported in *Health Policy* in 2006, 'Our results show that individuals with low income pay proportionally more for public healthcare

[29] GAAL, P. et al., Informal payments for health care: Definitions, distinctions, and dilemmas. In: *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Vol. 31, No. 2, 2006, pp. 251–293.

[30] STEPURKO, T. et al., To pay or not to pay? A multicountry study on informal payments for health-care services and consumers' perception. In: *Health Expectations*, Vol. 18, No. 6, 2015, pp. 2978–2993.

[31] GAAL, P. et al., Informal payment for healthcare: Evidence from Hungary. In: *Health Policy*, Vol. 77, No. 7, 2006, pp. 86–102.

services through the informal payments system in Hungary than the relatively rich.'[32] I believe that this is an interesting phenomenon. Less well-off people are normally more exposed to vicissitudes than those who are better off. This socio-economic rule results in a social injustice which might never disappear. It cannot be extirpated through legislation or court rulings.

Between 1949 and 1989, gratuity payments were criticised by Hungarian communist political leaders from time to time; however, this was not an important topic for the communist party. No steps were taken by communist lawmakers to cope with the problem of gratuity payments. Leaders of the communist party found gratuity payments coherent with the policy of remuneration for physicians. If the state had to pay less and patients were involved in remunerating physicians, it was cheaper for the state. Gratuity payments thus did not run counter to the objectives of the Hungarian communist state. For many first-generation Hungarian physicians, gratuities were highly attractive. An informal fee schedule was circulated among patients on how much gratuity money to pay for this or that healthcare service. People from families of peasants and factory workers enjoyed an advantage at entrance exams in medical schools. (See the 1963 cult film *Oldás és kötés* (Cantata) by director Miklós Jancsó.)

In 1959, Hungarian communist leaders publicly declared that 'the corruption, the vending of beds to patients and the blackmailing of patients' should be terminated once and for all.[33] This was just a slogan that was never turned into reality. However, the fact that the problem of illegal gratuity payments had come to the attention of Hungary's communist leaders reflects the fact that the anomie represented by illegal gratuity payments had led to a normless situation in the field. This notwithstanding, this anomie was not truly dangerous for the functioning of the Hungarian communist state. Criminal procedures were not or were only rarely initiated against physicians accepting gratuity payments. Physicians who were not satisfied with the salary offered by the state and with the gratuity payments made by patients could freely leave Hungary and settle in the West. The one problem was that emigrating physicians could not later return to Hungary because emigration constituted a crime according to the Hungarian communist Criminal Code. In 1952, a series of criminal procedures was launched against physicians in the Soviet Union on political grounds, not because of corruption. After the Hungarian Revolution of 1956, some physicians treating revolutionaries had to face criminal justice, though not for corruption.

5. Before and after 1989

After 1989, criticisms of gratuity payments grew in importance, but mainly on the level of social debate. Criminalising or decriminalising the acceptance of gratuity payments is of greater relevance today than in the 1970s and 1980s.[34] The true solution might be the total decriminalisation of the phenomenon. A well-functioning free market economy could automatically solve this problem. Private healthcare services may substitute public healthcare in Hungary today.[35] An American or English type of healthcare system does not suffer from distributive injustice. With the development of the private healthcare sector, the Hungarian economy can rid itself step by step of the post-communist skeleton in the closet that is gratuity payments to physicians.

Reformist Hungarian economists already published articles on gratuity payments in the early 1980s, using a special economic approach.[36] The economic approach to the topic may provide solutions other than legal ones. Reaching the Pareto-optimum is in the interest of patients, physicians and social security alike. The aim of medical economists is to find this Pareto-optimum hidden in the correlation of state, society and economy. Since 1989, the theory of collaborative advantage has gained in importance and the economic way of solving the problem of gratuity payments may be based on this theory. In Hungary in the 1980s, the theory of collaborative advantage did not function. In Hungary, the theory of competitive advantage emerged on the legal and economic levels in the late 1980s and survived until the mid-1990s.

Since 1989, the birth of a multi-party system has resulted in the appearance of a variety of political ideas on corruption, including gratuity payments to physicians. Many of those political ideas have been designed to win votes, and those ideas could never be implemented. Small political parties often come up with ideas on corruption that they will never have to put into practice. Blaming gratuity payments on the communist era is a political slogan also used by political parties of various sizes, and this is partly right.

It is interesting to see the results of admissions data collected from applicants to Croatian medical schools from 1979 to 2006. As Puljak *et al.* reported, 'We showed that final-year medical students profess significantly lower interest in science and that they are less interested in altruistic aspects of medicine. Instead, great number of them would reconsider choosing medical studies again because of the corruption in medicine (…).'[37] As Miller and Brody observed in the *Journal of Medicine and Philosophy* in 2001, 'A basic question of medical ethics is whether the norms governing medical practice should be understood as the application of principles and rules of the common morality to medicine or whether some of these norms are internal or proper to medicine.'[38] I believe in the existence of special medical ethics that are neither stricter

[32] SZENDE, A., and CULYER, A. J., The inequity of informal payments for health care: The case of Hungary. In: *Health Policy*, Vol. 75, No. 3, 2006, pp. 262–271.

[33] ÁDÁM, Gy., Az orvosi hálapénz kifejlődésének jogi előzményei. In: *Jogtudományi Közlöny*, Vol. 39, No. 10, 1984, pp. 547–556.

[34] See also SZALMA, J., Entwicklungstendenzen bei der Abgrenzung der zivilrechtlichen von der strafrechtlichen Haftung. In: *Journal on European History of Law*, Vol. 3, No. 1, 2012, pp. 32–43. See also SZŰCS, M., Iniuria – criminaliter vel civiliter agere. In: *Jogelméleti Szemle*, Vol. 8, No. 4, 2007.

[35] See also KERESZTY, É., Legislative reform of the Hungarian health care. In: *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae: Sectio Iuridica*, Vol. 49, 2008, pp. 215–258.

[36] PETSCHNIG, M., Az orvosi hálapénzről – nem etikai alapon. In: *Valóság*, Vol. 26, No. 11, 1983, pp. 47–55.

[37] PULJAK, L. et al., Demographics and motives of medical school applicants in Croatia. In: *Medical Teacher*, Vol. 29, No. 8, 2007, pp. E227–E234.

[38] MILLER, F. G., and BRODY, H., The internal morality of medicine: An evolutionary perspective. In: *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 26, No. 6, 2001, pp. 581–599.

than the common morality nor more permissive. The *differentia specifica* is the professional aspect of medical ethics. Medical ethics derive from the practice of the medical profession, while the common morality originates from people living together in a community over time. A physician may overrule certain norms of the common morality if it is necessary to maintain the respect of the medical profession and if the concerned act of the physician abides by respect for human life, human health and physical integrity. From the point of view of medical ethics, a gratuity may be correct under certain circumstances. If a physician asks for a gratuity for saving the life or the health of the patient, this runs counter to medical ethics. If the physician accepts a gratuity *ex post*, it might run counter to the common morality, though it should not be disapproved by medical ethics. The medical profession has long been considered as some kind of magic. The medical profession, shrouded in mystery, has made people afraid of disadvantages that could possibly stem from a lack of knowledge of the rules of the medical profession. Since lay patients are not capable of checking what physicians do to them, the greater the mystery, the greater the gratuity. This is instinctive rather than conscious, and it brings up another reason why patients give a gratuity to treating physicians, despite the fact that they do not consciously desire to maintain the practice of giving gratuities in the healthcare system. In a certain way, medical ethics have long stood above the common morality, though only according to the principle of *virtus specialis derogat virtuti generali*.

Since the 1950s, this principle has taken certain medical ethical norms which would not be tolerated by other professionals and made them exceptionally applicable in everyday situations. This notwithstanding, we have seen other ethical norms leading to abuse in the practice of other professions. For instance, in Hungary, since the construction of the communist state and society, repairmen have normally required payment in advance, a practice which has been in harmony with the dispositive rule in the Hungarian Civil Code of 1959 (and it is still in harmony with Section 6:238 of the Civil Code of 2013); however, this is only in the case of a free agreement between the contracting parties and not when the repairman forces the customer to pay in advance. In Hungary today, it is common for some physicians and dentists in private medical care to issue invoices for the payment of a lower sum of money than was in fact paid. In a society where any form of corruption is common, other forms of corruption exist in parallel. That is why corruption is easy to grow accustomed to, but difficult to eradicate.

As Vari noted in the *Revue d'Études Comparatives Est-Ouest*, 'From 1965 to 1978, the mortality rate of adults of work age rose in all Central and Eastern European countries. The exposure to risk factors (alcohol, tobacco), the most frequently advanced explanation, throws responsibility onto individuals and their habits. This explanation meets up with the contradictory evidence of an avoidable mortality linked to the healthcare system. By definition, cases of avoidable mortality have an institutional dimension that reaches beyond personal behaviour. According to WHO data, the level of such mortality is higher in Hungary than elsewhere. (…) Since the 1980s, medical progress has led to a sharp drop in this cause [heart-related illness] of mortality. This positive effect has occurred in Hungary too, but to a lesser degree and at a later date because the operation of the health system limited the diffusion of innovations. The conjecture is made that this slow diffusion can be blamed on the under-the-counter medicine, which Hungarians call the gratitude money. Owing to corruption and a lack of motivation among healthcare providers, patients hold off before visiting a doctor, whence the belated care. All this inexorably limits the Hungarian patients' chances for survival, and as much can be said about the other countries in Central and Eastern Europe.'[39] This criticism of the practice of gratitude payments to physicians in Hungary highlights an opinion that is widespread in Western Europe. A number of years have elapsed since the end of the cold war; however, such semi-legal practices as gratitude payments to physicians divide Western and Eastern Europe.

While we can find the word 'gratitude' in numerous articles by Western European, North American and Japanese health researchers, we can also see that the word denotes some positive feeling on the part of the patient towards the treating physician. In the postcommunist part of the world and also in a great many developing African countries, authors always mean corruption when they use the word 'gratitude'. It is not the word that sustains corruption in the healthcare system of those countries, though the gap between the two meanings of 'gratitude' is salient. One can assert that this anomaly is hidden in historical communist clichés, but what about those poor African countries where there has never been communist rule in the second half of the 20th century? Certainly, in Hungary and in other former communist countries, it was not directly the communist ideology that brought about the phenomenon of gratitude payments to physicians. The direct cause was the poor economic conditions in communist countries. Normally, we can find economic numbers behind political ideas. This economic reality provides a true explanation of why and how gratitude lost its original value in the healthcare systems in poor countries and how political systems could corrupt local healthcare with the institutionalisation of under-the-counter payments in a number of branches of the public sector.

Some form of the gratitude payment has been well-known since an early age of medical history, and medical ethicists have not abandoned their efforts against unethical payments that undermine the reputation of the medical profession. This fight might never be surrendered by that profession, though there will always be under-the-counter payments until all medical practitioners stop accepting them. The conclusion is that good economic conditions and properly functioning medical ethics can synergistically put an end to corrupt practices. Corruption may have different faces:

- When a whole society makes gratitude payments to a large number of physicians, this sort of corruption is recognised as a customary right.
- When corruption is perpetrated by a small number of people, this kind of corruption is considered highly dangerous for society and, thus, it is to be tried and punished *sub judice*.

[39] VARI, S., A significant public health trend: Mortality in Hungary since 1970. In: *Revue d'Études Comparatives Est-Ouest*, Vol. 34, No. 1, 2003, pp. 123–165.

The Use of „ius commune" as a Legal Term in the Hungarian Tripartitum

Péter Bónis *

Abstract

This year we celebrate the quincentenarian anniversary of the 1517 printed edition of the Tripartitum. In his book with legal authority in Hungary for centuries, Werbőczy used various terms to designate ius commune. In the Tripartitum, there are different terms, such as ius commune, lex communis, communis opinio, etc. In this paper, the author shows that these terms, especially ius commune and lex communis are referring to well-known authors of the ius commune (Bartolus, Baldus, A. Aretinus), although their names are not mentioned. In accordance with the long-standing European legal tradition, these terms are synonyms of ius commune in Hungary, as well. In Werbőczy's Tripartitum, ius commune as a legal term is not referred to the common law of the Kingdom (decreta generalia), but to the European ius commune.

Keywords: *Tripartitum; ius commune; lex communis; customary law.*

1. Introduction

In 1514 Stephen Werbőczy presented the *Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclyti regni Hungariae* to the Hungarian legislative assembly, the diet. The Tripartitum was sent to inspection to committees, and the diet authorised the king to seal and distribute it. Finally, the king approved the text.[1] Although the Tripartitum was not sealed and distributed, it acquired legal authority by the force of use and custom. In 1517 it was printed in Vienna.[2]

The original manuscript of the Tripartitum of 1514 is not known to us. Only the printed edition of 1517 acquired legal authority by custom, but we do not know whether there were differences between the 1514 manuscript and the 1517 printed edition. Thus, the quincentenary of the Tripartitum has an alternative date, it can be celebrated in 2017, as well.

The Tripartitum is the most important Hungarian law-book from the Middle Ages. This law-book retained legal authority until 1945. It was an important part of the customary Hungarian constitution, an unchangeable monument of the fundamental rights of the Hungarian nobility and the symbol of the independence of the Hungarian State.

2. The ius commune in the Tripartitum. Former research positions of the Hungarian legal historians

The coutumiers and local law-books, such as the Tripartitum, often refer to "ius commune", "lex communis", droit commun (common law). What was meant by these terms has elicited much debate in Europe. In France scholarly treatment of this "common law" has been caught in a tug-of-war between those who believe that it refers to the learned laws of the ius commune and those who believe that it refers in some sens to customary law. Despite these varying opinions, the general view has long remained that the ius commune was the only type of "common law" in thirteenth-century France.[3] However, a recent study by André Castaldo has established that the "common law" mentioned in the coutumiers is customary, not learned, in nature[4], although his opinion was not accepted by everyone.

The Tripartitum has been extensively researched since the 19th century[5], but references to ius commune have not elicited much interest in Hungary. Hungarian legal historians cultivating nationalistic ideas have firmly rejected any speculation about the influence of any foreign legal system on Hungarian law, be it Austrian or European (*ius commune*). As they explained,

* Dr. habil. Péter Bónis, associate professor, Károli G. University, Budapest, Hungary.

1 This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

2 In this paper the Tripartitum is quoted from S.Werbőczy, *The Customary Law of the Renowned Kingdom of Hungary*: A Work in Three Parts (The "Tripartitum"), transl. by Péter Banyó, Martyn Rady and János M. Bak, Budapest 2006.

3 A. Castaldo, *Pouvoir royal, droit savant et droit commun coutumier dans la France du Moyen Age*, Droits 47 (2008), p. 173-247.; G. Giordanengo, *Jus commune et droit commun en France du XIII^e au XV^e siécle*, in: J. Krynen (ed.), *Droit romain, „jus civile" et droit français*, Toulouse 1999. p. 219-247.

4 A.M. Kuskowski, *Inventing Legal Space*: From Regional Custom to Common Law in the Coutumiers of Medieval France, in: *Space in the medieval West*, ed. by Meredith Cohen and Fanny Madeline, Farnham 2014, p. 148-150.

5 For further elements, see G. Bónis, *Der Zusammenhang der Summa Legum mit dem Tripartitum*, Studia Slavica Hungarica 11 (1965), p. 373.; G. Bónis, *Középkori jogunk elemei*. Budapest, 1972, p. 237-249.; G. Bónis, *Einflüsse des römischen Rechts in Ungarn*, [Ius Romanum Medii Aevi V.10.], Milano, 1964, p. 71.

the Tripartitum was a law-book of special Hungarian legal institutions, and it was not influenced by foreign legal systems. The Kingdom of Hungary did not receive Roman law at all, its legal system remained essentially customary and Hungarian.[6] If there are some copied sentences from the Roman law in the Prologue, it is because Werbőczy intended to impress his audience by a display of legal knowledge, but the remaining three parts are the true Tripartitum, the true compilation of Hungarian law, where there is no trace of Roman law or foreign influence.

The idea that Werbőczy has created a Hungarian law code, an exclusive legislation that excluded the ultimate possibility of referring back to the ius commune, was a widely circulating commonplace in the 19-20th century Hungarian legal historiography.[7]

The idea that ius commune was irrelevant in Hungary has made superfluous to answer the question whether terms in the Tripartitum like *ius commune* or *lex communis* were referring to the common law of the Kingdom of Hungary or to the European ius commune, the learned law. Legal terms like *lex communis* were supposed a priori to refer to the common law of the Kingdom of Hungary, to the statutes approved by the Hungarian legislative assembly. This was the firm conviction of the Hungarian leading legal historians, especially in the 19th and in the first half of the 20th century.

In this paper, I would like to argue against this misleading idea. I would like to produce evidences that Werbőczy has never excluded the ultimate possibility of referring back to the ius commune, and he was not a half-educated and isolationist jurist of a backward country, but he was fully acquainted with the European legal science. In the Tripartitum, the learned law, the legal doctrines of the Italian legists were applied to produce arguments to answer the needs of the Hungarian medieval society, they were not a mere display of legal knowledge and learning. The recourse to ius commune was not a strange idea for the Hungarian legal practicians as well as for Werbőczy, if there was an urgent need of filling gaps in local and "national" statutes.

3. The "ius commune" as a legal term in the Tripartitum

If we take a closer look at the European legal literature of the Middle Ages, it seems to be obvious that "ius commune" is the most generic and equivocal term that has been ever existed. From the late eleventh century onwards we begin to find the language of *ius commune* or *lex communis* being used. This means simply 'common law', and can at this time only be understood in terms of a contrast with 'particular law', *ius proprium*.[8] We can see the idea at work that there was a body of law which was common to all. This legal idea has already been described in an early Italian work, the Expositio ad Librum Papiensem.[9] The anonymous glossators of the Longobardian law-book often took their decisions arguing that Roman law is common to all, therefore if there is a gap in the Longobardian body of law, we need to recourse to the Roman law.

Bartolus developed a theory of statutory interpretation which involved narrow and literalist readings of legislation and arguing that statutes should be interpreted so far as possible consistently with the ius commune.

Local statute making was a recognised right and an established practice. As the study of Roman law has revived, communal legislation found its justification in D. 1. 1. 9. It provided the justification for local statutes, such statutes might contradict or add to some aspect of roman law or ius commune.[10] It was a legal maxim, that in any city local statutes should followed before all else. Ius commune should only be used when these are inadequate, and these were often inadequate.

But jurists must have been aware of the difficulties of governing a territorial State. The Florentines needed a system of oversight of the legislation passed in subject cities. But it was impossible in practice to ensure that every piece of legislation passed in the Florentine territories had received approval. Thus, they left to the Florentine statutes the role of filling the gaps in local statutes.

This problem led to a lively debate at the time. Certain subject cities in the Florentine dominion had in their statutes specific provisions for direct recourse to ius commune, thus bypassing the statutes of Florence. Regardless of what was decreed by Florence, where cases remain unresolved, recourse should be had to Roman law (*ius commune*). The authority of the Florentine statutes does not extend to the city of Pisa, although it was under the dominion of Florence.[11] Others held the opposite.

The 1360 statutes of Monopoli say nothing about where to turn when circumstances are not provided for; others such as those of Arezzo, specify that the statutes of Florence are to be used where neither current nor past local statutes have anything to say, and failing those, Roman law.[12]

Whether or not local statutes referred back to Florentine law or to the ius commune, it is obvious that the weight of a legal tradition which militated for the ideal of a universal Florentine code that would fill the gaps in local legislation throughout the

[6] Á.Timon, *Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte*, Berlin 1904, p. 326.: „Die Reception des römischen Rechts… ist in Ungarn niemals erfolgt. Die ungarische Rechtsbildung war von Anbeginn eine einheitliche und so brauchte man nicht darauf zu verfallen, was der Rechtsparticularismus in Deutschland nötig machte: als Grundlage des einheitlichen Rechts das fremde römische Recht zu recipieren."

[7] Á. Timon, *Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte*, Berlin 1904, p. 646.: „Das unvergängliche Verdienst Werbőczys besteht darin, dass er den Fortbestand des nationalen Rechts gegenüber dem fremden Recht sicherte, den nationalen Charakter des ungarischen Rechts wahrte, indem er das im Mittelalter entstandene eigenartige ungarische Recht in ein System brachte."

[8] M. Bellomo, *The Common Legal Past of Europe*, Washington D.C., 1995. Caenegem points out that the ius commune was transnational by definition. Cfr. R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future*: Unity and Diversity over Two Millennia, Cambridge 2002.

[9] A. Boretius (ed.), Lex Longobardorum seu Liber Papiensis, in: *Monumenta Germaniae Historica*, Leges vol. 4, Hannoverae 1865, p. 561, 575.

[10] J. Blac, *Constitutional Ambitions, Legal Realities and the Florentine State*, in: W. Connell-A. Zorzi, ed., Florentine Tuscany: Structures and Practices of Power, Cambridge 2000, p. 57.

[11] Blac, *op.cit.* (*supra* n.10), p. 50-58.

[12] Blac, *op.cit.* (*supra* n.10), p. 61.

dominion of Florence exerted a certain influence on the author of the Hungarian Tripartitum. However, this legal tradition has never excluded the ultimate possibility of referring back to the ius commune, although only if the Florentine statutes were silent. Thus, the ius commune has conserved its subsidiary role also in this case.

The Tripartitum seems to have been influenced by a distinction of Bartholomeus Socinus made between *ius commune immediatum* and *ius commune remotum*.[13] Indeed, according to an argument used in his consilium, the Florentine statutes are *ius commune immediatum* for the citizens of Pisa, and therefore, they have to turn to the Florentine statutes, and *the ius commune remotum* (i.e. the Roman law) is to be used only where Florentine statutes are silent. In other words, there is a territorial ius commune (*ius commune immediatum*) before the universal ius commune (*ius commune remotum*). The subsidiarity of ius commune (Roman law) was not questioned.

Other territorial States, such as the Kingdom of Hungary, adopted the same solution. There was an urgent need to govern a territorial State, but there was also an urgent need of filling gaps in local statutes. In Hungary, the hierarchy of sources of law had three levels: 1. the statutes of the universitates (free cities, guildes, counties, etc.), 2. the general decrees or statutes (decreta generalia seu statuta) of the Realm, 3. the ius commune civile and canonicum. It seems that Werbőczy did not refuse the recourse to ius commune, if there was an urgent need of filling gaps in local and national statutes.

The author of the Hungarian Tripartitum has drawn on the European legal literature, and thus he borrowed the legal term of "ius commune" with its complex meanings. If we look at the Latin text of the Tripartitum, we can see that there are at least four terms and definitions used by Werbőczy.

a) The *"ius commune"* as *"ius civile"*

In Prologus, Tit. 8, Werbőczy stated that the ius commune "is contained in the books of civil law and this one cannot be established except by the emperor or any other supreme ruler."[14] According to the simplest definition, the ius commune is nothing but Roman law. However, Werbőczy does not seem to adopt this view, as he rarely mentions Roman law, and here it is stated that the ius commune is contained "in the books of civil law" which can be understood also as the "corpus iuris cum glossis," obviously not only Justinianic Roman law, but together with the Glossa ordinaria.

b) The *ius commune* as a *consuetudo*

In Prologus, Tit. 10, Werbőczy stated that "custom also falls within the name of ius, and if a prince orders that one should judge according to ius, then a judge can pass judgment according to custom and the statutes of the place. Contrariwise: the ius commune falls within the name of custom. Thus, if someone makes mention of custom in his plaint, then the ius commune may be seen as meant."[15]

In the Middle Ages, there was a general opinion that law is of essentially customary nature. Hungarian people in the Middle Ages as well as Werbőczy has often suggested that law is nothing else than custom. This was a firm conviction of some medieval commentators, such as Johannes Andreae. According to Baldus, Johannes Andreae thought that in case of differring opinions, we should follow the common opinion, because the common opinion, i.e. the ius commune has the legal force of customary law.[16]

The major part of the Hungarian litigants founded their plaint on customary law without mentioning ius commune, but, as Werbőczy explained, in this case, the ius commune may be seen as meant, because the ius commune had the legal force of customary law in Hungary. As the Tripartitum points out if the king of Hungary orders that one should judge according to ius, then the ius commune may be seen as meant, and a judge can pass judgment according to the ius commune. The Tripartitum seems to be in agreement with Johannes Andreae, who stated that the name of ius always refers to the common law of the Romans, i.e. to the learned law.[17]

c) The *"ius commune"* as a *lex communis*

In Tripartitum, Book III Title 23, Werbőczy answers the question whether it is allowed to attack someone because of threats. He says that "it must be said that although it is not permitted by the law and approved custom of our realm to attack another in response to threats or menaces (except in case and act of arson, where the person who threatens to set fire to and burn down a city, village, or another person's house is usually punished by decapitation), nevertheless, by *lex communis*, if the man who threatened to kill another usually puts his threats into effect, and especially if he is powerful and has the habit of beating others, then (because the same act can be presumed again from his side) self-defense as well as attack is allowed, in order to avoid being killed. However, if the person is not of the

---

[13] Bartholomaei De Socinis, *Responsa seu Consilia*, Lugduni 1545, (cons. 271), sub nr. 3, vol. II., fol. 134va: „ius commune ciuitatis Pisarum dicuntur statuta ciuitatis Florentine, quae dicuntur ius commune immediatum, quoad urbem Florentinam et omnes subditos. Mediatum vero et remotum videtur esse ius commune. Ergo videtur prius recurrendum ad leges, quae sunt ius commune immediatum, quam ad illas quae sunt ius commune mediatum."

[14] Tripartitum, Prologus, tit. 8.: „Ubi advertendum quod ius civile duplex reperitur. Quoddam commune & est illud, quod in libris iuris civilis habetur. Et istud non potest condere nisi imperator vel alius supremus princeps."

[15] Tripartitum, Prologus, tit. 10.: „Ideo appellatione iuris venit etiam consuetudo & si princeps committit, ut iudicetur secundum iura, tunc iudex poterit ferre sententiam secundum consuetudinem & statuta loci, sicut etiam econtrario appellatione consuetudinis venit ius commune. Ideo siquis in actione sua faciat mentionem de consuetudine, etiam ius commune videtur intentatum esse."

[16] Baldus, *Comm*. in X.1. 2. 5., *de constitutionibus*, c. *ne innitaris*, n. 5 (Lugduni 1564, fol. 10ra): „Dicit Jo. An. quod in diversitate opinionum debemus sequi opinionem communem, quia opinio communis habet vim consuetudinis."

[17] Johannes Andreae, *Additiones*, sub nota f, sub verbo *colla.*, ad *Speculum iudiciale*, Lib. I., Pars 1, tit. de arbitris, § exceptio, (Venetiis 1602, p. 112a): „iuris nominatio siue additio intelligitur de communi iure Romanorum."

habit of beating others or of putting his threats into effect, then it is permissible to argue with him and resist him by words, and not by arms or sword. Except perhaps if he is waiting for others to join him, and to delay would be dangerous."[18]

In Tripartitum, Book III Title 24, Werbőczy puts a further question: whether one can come to the help of another unlawfully attacked person. The solution of this question is also fully in accordance with the ius commune.

As Baldus[19] taught in contrast to the *Glossa ordinaria*[20], if the attacked person is asking for help, every person, even a stranger is permitted to come to the aid of another to defend him from attack. Werbőczy follows the doctrine of the commentators saying that "anyone, even a stranger, who is called on for assistance, can always come to the help of a person he sees placed in mortal peril."[21] The source deriving from the ius commune is betrayed by a sentence where there is a reference to the defense of property rights, as a justification, because the application of the Roman norm for the defense of property to personal self-defense was an often used argument by the glossators and commentators.

In another chapter (Tripartitum III. 26) Werbőczy states that " by divine and human law, and by *lex communis*, any lord is bound to administer law and justice forthwith on simple request and complaint to any injured or harmed complainant regarding any tenant peasants or countryfolk or any of his non-noble servitors."[22] Nevertheless, as he explains, "before he is lawfully, that is: by summons or citation, warned and admonished to administer such law and justice (assuming he has neglected to do so), he will not be subject to any penalty on this account, for that punishment is normally incurred in the trials of cases because of contempt and violation of judicial orders. Therefore, not the county ispán and the noble magistrates, but he himself is expected to administer justice, even thereafter."

Indeed, according to Azo and Bartolus any lord was bound to administer justice by virtue of his iurisdictio, because Azo and Bartolus linked dominium explicitly with iurisdictio.[23] A dominus had dominium over his fief and the boundle of jurisdictional rigths attached to it. They suggested that iurisdictio ought to be understood as a generic concept of power, not as a specific judicial function of magistrates.

Regarding the two chapters where Werbőczy referred to the lex communis, the question arises whether the *lex communis* is understood as a general decree of the Realm of Hungary, or it is a synonym of universal "ius commune."

As to Tripartitum III.26, it seems obvious that Werbőczy refers to the well-known legal ideas regarding iurisdictio outlined by Azo and Bartolus.

As to Tripartitum III.23, elsewhere we published evidences that the references to the self-defence (not only Trip.III.23, but also III.21 and III.24) were borrowed from the books of the commentators, especially from Baldus and Angelus Aretinus. Therefore, we can surely state[24] that the legal term "lex communis" is referring to the ius commune, and this is not the common law of the Realm of Hungary, but the European ius commune, the learned law.

d) The *"ius commune"* as a *communis opinio iuristarum*

There is a treatise on customary law in the Prologue of the Tripartitum where three requirements are set out by Werbőczy.[25] The sources of this treatise on custom were identified as Bartolus and Johannes Andreae. According to Bartolus the custom has three requirements: a) the reasonableness (*rationabilitas*), b) prescriptivity (*praescripta*), c) the frequence of use (*frequentia actuum*).[26] As a third requirement Werbőczy asserted that "according to the common opinion of the doctors, repetition of the

[18] Tripartitum III.23.: „Dicendum quod licet de regni nostri lege & approbata consuetudine propter minas & comminationes non sit licitum cuipiam alterum offendere (praeter combustionis & incinerationis articulum atque casum, in quo (quilibet civitatem aut villam vel alterius domum succendere ignisque voragine conflagrare minatus morte damnari solet) de lege tamen communi si homo ille, qui minatus est alteri mortem solitus est minas suas exequutioni demandare, praesertim si fuerit potens & alias consuetus percutere (quia verisimiliter hoc idem praesumitur etiam de isto) mortis evitandi gratia admittitur defensa pariter & offensa. [§ 2] Verum si non fuit solitus alias percutere nec minas suas exequutioni demandare tunc verbis quidem resistere & ei contradicere permittitur, sed non ferro vel gladio. Nisi forte ille expectaret socios & mora periculum esset allatura. [§ 3] Melius tamen & salubrius est in hoc casu illum evitare, & ab eo in alium locum declinare."

[19] Baldus, *Comm. (rep.)* in C. 8. 4. 1., *unde vi*, l. *recte possidenti*, n. 12 (Venetiis 1615, fol. 134ra): „Queritur an cessante qualibet speciali affectione, possit quis assumere defensionem hominis ignoti? Et videtur quod non, quia gl. l. ut vim, dicit affectionem ponderari, sed ad ignotum nulla est affectio saltem singularis et notabilis. In contrarium videtur, praesertim si offensus exclamat: accurrite, accurrite. Primum, quia in defensionem rerum hoc licet, ut no. in lege 3 § eum igitur, de vi et vi ar., infra tit.1. l. 1, ergo multo magis in defensionem personarum."

[20] Gl. *nam iure* ad D. 1. 1. 3., *de iustitia et iure*, l. *ut vim* (Lugduni 1627, coll. 15.): „Sed quid si ob tutelam rerum suarum? Respondeo idem, dummodo cum moderamine, ut C. unde vi, l.j. (C.8. 4. 1). Item quid si ob tutelam alterius? Respondeo: affectionem considerari."

[21] Tripartitum III.24.: „Adhuc quaeritur: an alius alium possit adjuvare? Dicendum, quod sic. Nam si pro tutela rerum, et haereditatum mearum possum amicos et fratres convocare: longe fortius pro corporis et personae meae defensione. Unde quilibet, etiam extraneus, dum in adjutorium acclamatur, poterit illum, quem in periculo vitae constitutum viderit, semper adjuvare."

[22] Tripartitum III.26: „Dicendum quod licet divino & humano quoque iure ac communi de lege quilibet dominus terrestris ex parte quorumlibet Iobagionum & rusticorum: ac etiam familiarium suorum ignobilium cuilibet querulanti & laeso aut damnificato homini ad simplicem dumtaxat requisitionem & querimoniam mox iudicium & iustitiam facere ac administrare teneatur, antequam tamen iuridice hoc est per evocationem vel citationem ad huiusmodi iudicii & iusticie impensionem requisitus & amonitus non fuerit (si etiam facere & impendere neglexerit) nulli propterea poene subiacebit eo quod poena ob contemptum & transgressionem iudiciariae commissionis in causarum processibus subsequi & imponi consuevit."

[23] Bartolus, *Comm*. in D.2. 1. 1., *de iurisdictione omnium iudicum*, l. *ius dicentis*, nr. 16 (Lugduni 1550, fol. 57ra): „Si princeps vel alius concederet tibi universaliter unum territorium, videtur tibi concedere universaliter iurisdictionem."

[24] P. Bónis, *The Tripartitum and the European ius commune*, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 36/3-4 (2014), pp. 197-211.

[25] M. Rady, *The Prologue to Werbőczy's Tripartitum and its Sources*, English Historical Review 121 (2006), p. 104-145.; D. Ibbetson, *Custom in the Tripartitum*, in Martin Rady (ed.), Custom and law in Central Europe, Cambridge 2003, p. 14-24.

[26] Bartolus, *Comm*. in D. 1. 3. 32., *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, l. *de quibus causis*, n. 11 (Lugduni 1550, fol. 22rab)

act is needed. Say, however, that a repeated act is not in itself necessary for the establishment of a custom. But because the consent of the people cannot be deduced from one single act, the repetition of the act can be seen as the cause and custom as the effect."[27]

In this context, the common opinion of the doctors (*communis opinio*) is referring to the opinions of Bartolus and Johannes Andreae. In their words, the *communis opinio* cited by Werbőczy is a synonym of *ius commune*. A generally held view of the law, a communis opinio doctorum was the way in which the commentator's writings become authoritative for Werbőczy.

4. The ius proprium and the related terms in the Tripartitum (ius statutarium, ius municipale)

The idea of "ius commune" can at this time only be understood in terms of a contrast with 'particular law', ius proprium. Thus, we have to take a closer look at the terms related to the ius proprium of Hungary.

It seems that the Tripartitum makes a distinction between three types of statutum. The *statutum generale* or *decretum regni* is common to all the Kingdom of Hungary. The *statutum particulare* of the free cities and other corporations and *universitates*, especially those of the counties, can establish statutes on the territories of their own jurisdictions, and they have no right to make statutes in contravention of general statutes and decrees of this kingdom of Hungary.

In Tripartitum, Book III Title 2, Werbőczy answers the question whether any people or county, or any city, of its own and separately can establish statutes. The answer is that no people, and no corporation which does not have its own jurisdiction, but is subject to the authority of another, can establish statutes except with the consent of its superior. And this only in cases which are known not to be prejudicial to human and divine law, so that these statutes should not manifestly contain anything unjust or contrary to salvation nor should they obviously hurt or prejudice the rights of others.[28]

Werbőczy remarks that, although the Dalmatians, Croatians, Slavonians, and Transylvanians have various customs quite different from ours regarding the payment of man-price and fines and in certain other legal procedures and in the observing of judicial terms, and have the right to use and enjoy these customs, and are allowed, with the prince's consent, to make statutes and ordinances among themselves on similar matters; nevertheless, they cannot establish any law and they have no right to make statutes in contravention of general statutes and decrees of the Kingdom of Hungary or against sentences and judicial decisions in cases of goods and property rights which are usually made, passed and pronounced in the royal court by justices ordinary.

As it was stated by Werbőczy, the ius proprium is threefolded. There is a certain law (ius proprium) common to the Kingdom, and there is another ius proprium: the statute of the royal cities of Hungary, as well as the county statutes.

a) The *"ius proprium"* as a *decretum regni or statutum generale*

In Prologus, tit. 8, Werbőczy states that "the statute, which we commonly call a decretum, is a certain law common to a kingdom, having legal force. And we call it a „statute," because it is stable and it is firmly ordered, that is, it defines the public state."[29]

The diffused terminology is clearly of Italian origin. The statutes were local legal norms established by the Italian city states. However, it is remarkable that not only the statutes of the Hungarian cities were called by this name, but also the general decrees of the whole realm. Hence can be deduced that also the general decrees of the whole realm were considered to be a ius proprium in terms of a contrast to the European ius commune.

b) The *"ius proprium"* as a *county statute*

In Tripartitum III.2, Werbőczy answers the question whether any county, or any city can establish statutes. He says that counties can make and establish different statutes, after having sound deliberation among them, concerning the guarding of fields, meadows, woodlands, and rivers, or the status and income of mills, and other such matters, and even the observation of judicial terms and procedures, so that a case initiated before the ispán of the county may be concluded in a short suit at one county's judicial seat and in a protracted one at another. Nevertheless, they can never prejudice or derogate from a general

[27] Tripartitum, Prologus, tit. 10.: „Tertio requiritur frequentia actuum, ut est communis doctorum sententia. Dic tamen, quod actus frequens de se non est necessarius ad consuetudinem inducendam, sed quia per usum colligitur consensus populi, qui plerumque non potest ex uno solo actu colligi: igitur frequentia actuum est ut causa, consuetudo vero, ut causatum. Requiruntur autem tot actus, et ita notorii, ut verisimiliter transiverit in notitiam populi; non tamen actus, sed tacitus consensus populi, inducit consuetudinem. Unde ubicunque ex conjecturis habetur tacitus consensus populi: tunc non curatur de magna frequentia actuum. Imo aliquando ex uno actu, si habuerit causam successivam, et continuationem per tempus, infra quod consuetudo inducitur, ut si quis supra viam publicam pontem habuerit, vel quid tale, potest induci consuetudo."

[28] Tripartitum III.2.1-2.: „Utrum quilibet populus vel comitatus aut quelibet civitas possit per se & seorsum facere statuta? Dicendum quod nullus populus & nulla universitas potest condere statuta, quae non habet iurisditionem propriam, sed alterius subest dominio, nisi cum consensu sui superioris. Et hoc quoque in casibus, qui iuri divino & humano praeiudicari non dinoscuntur. Ita quod statuta ipsa iniquum aliquid salutique contrarium non contineant, neque iuribus aliorum palam derogare praeiudiciumque inferre videantur. Unde licet Dalmatini, Croatienses, Slavonienses & Transsilvanenses in Homagiorum & Birsagiorum solutionibus: aliisque certis causarum processibus & terminorum observationibus (sicuti infra clarius dicetur) alia & alia consuetudine a nostra longe discrepante utantur utendique & fruendi habeant authoritatem, & inter se modo quoque illis simile aliquid de consensu principis statuere & ordinare possint. Contra tamen generalia statuta & decreta regni huius Hungariae & contra iudicia iudiciariasque deliberationes super facto bonorum & iurium possessionariorum in curia regia per iudices ordinarios administrari solita celebrarique & pronunciari consuetas nil quicquam constituere possunt nullamque statuendi habent facultatem."

[29] Tripartitum, Prologus, tit. 8: „Est autem statutum, quod vulgo decretum appellamus, ius quoddam regni commune vim legis habens. Et dicitur statutum, quasi stabiliter & firmiter ordinatum, vel quasi statum publicum definiens."

decree of the whole realm or the ancient and approved custom of the royal court that is observed in court cases.[30]

The statutes of the counties were only valid and recognized between and among themselves. They did not extend to outsiders or to nobles of other counties who did not have goods and property rights within them.

c) The *"ius proprium"* as a *free city statute*

In the same way, free cities, as well as merchants, and traders, tailors, furriers, cobblers, tanners, and other artisans were able to make statutes with the consent of the prince within their guild and between themselves, providing such statutes are just and honorable and do not damage or prejudice others and the liberties and rights of others.

Such constitutions and statutes needed the approval of the major and sounder part of the people; otherwise they could not be termed the statutes of the people or community. But if the people are divided into two groups, then the decision of the sounder and worthier party will prevail, as Werbőczy[31] pointed out using a very diffused canonical term deriving from the European ius commune. By sounder and worthier party is meant the one in which there are more outstanding and notable persons in terms of dignity and knowledge.

5. Conclusions

According to Werbőczy, the Hungarian legal system is nothing else than customary law. The ius commune is part of the customary law applied in the Hungarian courts. This particular view on the Hungarian legal system is confirmed by another fragment of a legal treatise on the sources of the Hungarian law. This treatise pointed out that the Hungarian judges are obliged to judge in accordance with the "ius" that included customary law, as well.

As we have seen, Werbőczy used various terms to designate ius commune. In the Tripartitum, there are different terms, such as ius commune, lex communis, communis opinio iuristarum, etc. As we have seen, in accordance with the long-standing legal tradition of European legal science, the terms are synonyms of ius commune in Hungary, as well.

These terms, especially ius commune and lex communis are referring to well-known authors of the ius commune (Bartolus, Baldus, Angelus Aretinus), although their names are not mentioned. This means that in the Tripartitum, ius commune as a legal term is not referred to the common law of the Kingdom, the so-called decreta generalia or national statutes, but to the European ius commune.

[30] Tripartitum III.2. § 5.: "SIC etiam in diversis comitatibus diversas constitutiones super agrorum, pratorum, silvarum & fluviorum custodia vel molendinorum statu atque proventibus & aliis eiuscemodi rebus immo & terminorum ac processuum observationibus, ut scilicet hic breviori & ibi longiori processu causa in sede iudiciaria comitatus coram comiteparochiali mota terminetur sana inter sese deliberatione praehabita facere quidem & stabilire possunt. Generali tamen decreto totius regni atque vetustae & approbatae consuetudini curiae regie in iudiciis observari (ut premittitur) solite preiudicare ac derogare nusquam possunt. [§ 6] Et huiusmodi eorum statuta solummodo inter eos & in eorum medio valent atque tenent. Ad exteros tamen: & aliorum comitatuum nobiles, qui bona & iura possessionaria in ipsorum medio non habent se non extendunt."

[31] Tripartitum III.2. 7. : "Et hoc modo civitates quoque libere nec non mercatores ac institores, sartores, pellifices, sutores, cerdones & alii opifices in ipsorum collegio & inter sese statuta condere possunt consensu principis accedente. Dummodo huiusmodi statuta iusta & honesta fiant aliisque & aliorum libertatibus ac iuribus damnum et praeiudicium non inferant. Quae sicuti praefertur in eorum dumtaxat medio valent atque durant. Debent autem eiuscemodi constitutiones & statuta cum maiori & saniori parte populi fieri atque stabiliri. Quia aliter non dicerentur populi vel communitatis statuta. Verum si populus in duas divideretur partes tunc constitutio sanioris & potioris partis valet. Sanior autem & potior pars illa dicitur, in qua dignitate & scientia fuerint prestantiores atque notabiliores."

Examples of Sharking Misuses in the Practice of the Court of Justice of Szeged

Norbert Varga *

Abstract

During the period after World War I, the state's interference in the relations of Civil Law and economic procedures was extremely limited.

The commonly accepted understanding was that the price of the different commodities was regulated by the effect of demand and supply. Any intervening could only be temporary and in cases if a catastrophic circumstance occurred. As opposed to this, if these processes were so severe, that they affected the economic life due to their longitude and magnitude, then the need for regulation arose. The same thing occurred after World War I, which had a long-lasting effect on Civil Law, especially if we take the economic separation and the changes in the production and consumption processes into account. All of these made the appropriate regulation of the matter of prices a necessity. It can be assessed that the state proved to be extremely strict when it came to sharking profiteering cases in the economic life. The war and the following economic relations upstaged the individual needs. To protect the consumers, several actions deemed to be punishable, if certain ploys resulted in unfair profiteering incompatible with ***contemporary economic morals.***

Keywords: *sharking misuses; court of justice; civil law; economic changes; consumer; price.*

During the period after World War I, the state's interference in the relations of Civil Law and economic procedures was extremely limited. The commonly accepted understanding was that the price of the different commodities was regulated by the effect of demand and supply. Any intervening could only be temporary and in cases if a catastrophic circumstance (for example, firestorm, epidemic, flood) occurred. As opposed to this, if these processes were so severe, that they affected the economic life due to their longitude and magnitude, then the need for regulation arose. The same thing occurred after World War I, which had a long-lasting effect on Civil Law, especially if we take the economic separation and the changes in the production and consumption processes into account. All of these made the appropriate regulation of the matter of prices a necessity. Due to the consequences of warfare and the rising numbers of the abuse of public needs the government made the necessary steps by using the authority granted by the acts codified due to wartime emergencies (63rd Act of 1912; 50th Act of 1914).[1]

The first step of this regulation was the assessment of the highest price of wheat and flour, which was established by the 8682/1914. M. E decree. Apart from the maximization of prices, the need to step up against the misuse of collectively needed goods. This is why the price-examining committees and the Central National Price-Examining Committee were formed in the 3678/1917. M. E. decree, which had the jurisdiction to set referential prices.[2]

The events of World War I had very widespread and perspicacious effects in economic life. A new legal solution had to be found in order to effectively regulate the circulation and consumption of necessities and collectively needed products. The solution was the usage and simultaneous aggravation of penal law sanctions, and apart from this, the government introduced actions that administered the economy. The 9th Act of 1916 contained the sanctions of penal law, which were written down with the protection of public service in mind.[3]

It can be stated that World War I was jarring even for the economic production, for it resulted in a falter in the economy, and more to this, the lack of products after the war and the remains of the bidden management of wartime gave way to speculation. The 15th Act of 1920 on sharking misuses was an attempt to comprehensively reform the situation form the point of view of penal law.[4]

In this specific study, I would like to discuss sharking abuses according to the practices of the Royal Court of Justice if Szeged. However, before I would attempt to analyse specific examples, it is imperative to examine the most important dogmatic difficulties of sharking.

Paragraph No. 1 of the 15th Act of 1920 stated the eight statements of sharking misuses, which were as it follows: price

* Dr. Norbert Varga, associate professor, Faculty of Law, University of Szeged, Hungary.

1 Kocsoh Bálint: Az árellenőrzés jogszabályai. Városi Szemle, 1939. 25. évf. 342.

2 Kocsoh, 1939. 343.

3 Wiener A. Imre: Gazdasági büntetőjogunk történeti áttekintése. Jogtudományi Közlöny, 1982. 37. évf. 10. sz., 767.

4 Dobrovics Károly: Kartel. A karteljog fejlődése és a magyar törvény előzményei. Közgazdasági Értesítő, 1934. 28. évf. 38. sz., 16.

transgression, product usury, salary usury, sharking profiteering, product drain, product smuggling, sales denial of collectively needed goods and the invitation, volunteering, agreeing or unification in order to perform any of the aforementioned actions. The listed statements equalled delinquencies, which were upgraded into criminal actions in three severe cases by Paragraph No. 8 of the 26th Act of 1921. The third section of Paragraph No. 3 contained the ninth statement, which was none other than the use of forgeries or documents containing fake data in order to deceive the price-examining offices, which was considered a criminal action. The tenth statement was described in Paragraph No. 4 of the Act, which stated that if any malpractice over supervision or monitoring by an owner of a factory or company or an employer was considered to be a delinquency.[5]

The objects of perpetration in the statements listed by the Act were the collectively needed goods. With this Act, the legislators wished to assure that the acquisition and usage of these collectively needed goods were ensured to everyone by fair business commerce. Ferenc Finkey stated that "the World War was needed that fair and humane understanding would triumph over this exaggerated understanding of economic freedom, the "exploitation" of the needy everyman in the matter of usuries. S. M. represents this reformed public understanding, for it imposes severe punishments upon hopefully all forms of "sharking", and strikes down upon the different groups of soulless extortioners with the steel rod of justice, who, in times of general adversity, are willing to push their less alert or overly honest fellow men into the whirlpool of hunger, dud, financial bankruptcy and the following depravity and debauchment for lowly profiteering and with, their millions acquired by clever manipulations, live a lucullian life, rioting in lavish and luxuries."[6]

The object of perpetration or, to be more precise, the definition of collectively needed good had to be ascertained, for the Act itself did not define this. The concept of collectively needed goods was formed by judicial practice. In the verdict B. II. 272/1934 in a legal action concerning the price of machine-made carpets and rolls of cloth, the Curia stated that "collectively needed goods… are products that – as the Royal Curia stated in the similar B. II. 2/1921 decree of principle significance – every citizen on the general level of culture and with a proper lifestyle can use, with no regards to his or her social status, literacy or financial status."[7]

The Curia introduced two important results in this verdict; the first was the aforementioned quote on the definition of commonly needed goods, while the other one is that sharking misuses reached a definite state from the moment of claim, without any sales action. This means that the definition of claim was fulfilled by the mere statement that the salesman wishes to raise the price of a product over the allowed cost.

The Curia's definition on commonly needed goods was extremely vague, which had a specific significance in view of commerce. This understanding of the Act was also relevant in connection to the cartel law, especially if we take Paragraph No. 6 of the 20th Act of 1931 into account, for most of the cartels were founded on commodities which fell under the definition of commonly needed goods. If any cartel that falls under the jurisdiction of this Act endangered the interests of open market and common good, especially if "the economic situation does not make the regulation necessary, and the price formation is disadvantageous to the general consumers, the manufacturers or the professional or otherwise interested contractors, it is an exhaustive example of the crime of sharking misuse. This is also significant for cartel matters are mostly price matters."[8] According to the cartel law, most inquiries were based on matters of price.

Another result of the aforementioned statement of the Curia was that the one-sided tariff and price disclosure was considered a finished act without a finished arrangement. The legal practice of the Curia promoted fair price policies, which meant the system of set prices, which was considered to be a cartel in many cases, for an implemented agreement of set prices in connection to a profession is none other than price and condition cartel. The system of set prices was considered to be a fair trade action in the contemporary economic circumstances. "Therefore a certain type of price cartels, if they assess the price fairly, is a welcome organization, and ensures that the trade cannot be accused of sharking."[9]

The tradesperson usually asked for a higher price which he wanted to reach, so this was a borderline dishonest act of competition. In cases where the price was remarkably excessive and referred to a commonly needed product, then it fell under the concept of sharking misuse.[10]

All of the statements are conscious efforts, except for the omission described in Paragraph No. 4. The purpose of profiteering is specifically mentioned among the decrees of the Act in connection to the acts listed in sections 5 and 6 in Paragraphs No. 1, for these are the ones which are extremely dangerous to society due to their great returns. Judicial practice worked out what this actually referred to. "The concept in itself marks that this is understood as an endeavour for great profit and riches, which does not necessarily means a disproportionately large and illegitimate income, for the probably more humble and not illegitimately collected profit, as well, if due to the number of cases, the large amount (of income) provides a great profit, a steady and illegitimate gain in the end."[11]

Even the attempt at the delinquencies listed in Paragraph No. 1 of the Act, not only if the deed was done. Every act described in the statements was considered finished with a different step each. The acquisition of actual profit or income was not

[5] Finkey Ferenc: A magyar anyagi büntetőjog jelen állapota. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1932. 136.
[6] Finkey, 1932. 137.
[7] Közszükségleti cikk fogalma. Közgazdasági Értesítő, 1934. 29. évf. 45. sz., 6.
[8] Közszükségleti cikk fogalma. 1934. 7.
[9] Közszükségleti cikk fogalma. 1934. 7.
[10] Közszükségleti cikk fogalma. 1934. 7-8.
[11] Finkey, 1923. 139.

a requirement to be considered finished. Although the acts described in statements 1-7 were considered separate statements, but if they were repeated, or several of them were committed, then they were considered cumulative crimes.[12]

After this dogmatic introduction, I would like to describe the practices of the Royal Court of Justice of Szeged through the presentation of specific cases.

Product Usury:

The single judge of the usury court of Zombor practicing in Kula held a legal action against Radoszlav P., who was accused of the crime of sharking misuse, and accused and his legal representative filed for dismissal against the adjudicated verdict according to sections 1-3 of Paragraph No. 385 of Bp. The court of second instance, the Court of Justice of Szeged dismissed the verdict of the usury court ex officio according to section 2 of the Paragraph No. 5 of the 7070/1941. M. E. decree, and ordered to court of first instance to begin a new action and reach a decision.

The royal prosecutor's office pressed charges against Radoszlav P., for his actions coincided against section 2 of Paragraph No. 1 of the 15th Act of 1920, and according to section 2 of Paragraph No. 8 of the 15th Act of 1920, were considered as sharking misuse, for in Kula, on the 2nd August, 1942, he demanded and accepted such a price for 12 pairs of moccasins, which product was considered to be commonly needed goods and the price of which was not determined by the officials, that meant an income rate above equitable, and he continued this actions commercially. "In order to determine whether the actions of the defendant fulfil the concept of product usury, it is imperative to find out whether the price demanded by the defendant includes an income above the equitable gain, by taking the prime cost and other expenses into account."[13]

The court determined that the factual statements of the usury court were partially incomplete and partially vague, so the legal questions could not be adequately answered based on these. The usury court based its verdict on an expert's opinion delivered read-out-loud and the testimony of the defendant, although the two legal documents were different. They didn't justify the numeral data on the prime cost of the moccasins described in the verdict, nor the calculations they were based on. These numbers did not match up to the expert's opinion and did not match with the defendant's confession. Because of this, the actual prime cost of the moccasins could not be stated, which would have been imperative in order to determine whether the asserted price included a profit above the equitable profit margin.

During the new procedure, determining the prime cost of the moccasins was a must, and also the profit margin that could have been charged based on the repeated personal hearings of the expert and the defendant, and also according to the data included in the notification of the Hungarian Royal Public Service Advisory Board and the 8300/1939. M. E. decree. Another necessary information was that in order to produce one pair of moccasins, exactly how much and how fine leather was needed, and what was the purchase cost. The discrepancies between the expert's opinion and the defendant's confession had to be cleaned up, and also, the 59.500/1942. K. M. decree had to be taken into account when the price of leather was determined.

The Court sought the assistance of the Public Service Advisory Board in order to state the following data. Professional moccasin maker Radoszlav P., citizen of Kölpény (Bács-Bodrog County), on the market of Kula, 2nd August, 1942, sold his handmade leather moccasins at a price that is above the equitable profit, so the prosecutor's office pressed charges against him. The court requested the office to state whether the price of the aforementioned commonly needed good was ascertained, or only the valid gross profit margin was established in connection to these products.[14]

The Court of Justice also determined that the usury court violated a formal act by reading out loud the inference of expert Mihály Janyatovics, who was questioned during the investigation process on the main trial. The expert's opinion can only be read out loud if the situation matches the conditions described in Paragraph No. 313 of Bp., but these were not valid in this situation. Because of this, the expert had to be summoned to the next trial. The question of what government edict should be taken into account arose. In its reply, the Advisory Board informed the court that the "in the price registration of footwear types, moccasins, as they are only in use in a handful of areas across the country, are not listed". In the April 11th, 1942 issue of the Hungarian Leather Traders' Magazine, the 59.500/1942. K. M. edict was published, which regulated the price of moccasins. In this decree, the prices of heavy moccasin skin curried for sole (8.58 Pengos) and the halfway cropped moccasin skin (10.24 Pengos) were ascertained. In cases where these were circulated by a skin-dealer operating in the area of a skin-dresser, then the retailer could charge up to 6 per cent as the mercantile profit, and the 18 per cent of turnover tax had to be added to this. These types of leather products were put into stores according to these prices, where the moccasin maker handicraftsmen could purchase them. However, in this case, the defendant circulated moccasins made from self-cropped leather. The office could not declare on the matter of equitable mercantile profit, for in order to do so, they should have been familiar with the calculated price in connection to the aforementioned skin-cropping and moccasin-making. The 81.400/1942. K. M. decree established the profit margin of those merchants who release the products, and not of the handicraftsmen, and due to this fact, the 8.300/1939. M. E decree came into effect.[15]

The usury court's action to confiscate the exhibit was also against the law. According to section 2 of Paragraph No. 1 of the 15th Act of 1920, the confiscation as an injunction can only be validated on those pieces of evidence in connection to which the crime has been committed. In this case, the only objects were this could have been done were the 12 pairs of moccasins. This is why the usury court's edict that the defendant's whole

[12] Finkey, 1923. 139.
[13] B. II. 2732/5 szám 1942. In: MNL CSML Szegedi Kir. ítélőtábla Iratai. 1942. VII. 1.
[14] B. II. 2732/4. szám 1942. In: MNL CSML Szegedi Kir. ítélőtábla Iratai. 1942. VII. 1.
[15] B. II. 2732/4 szám 1942. In: MNL CSML Szegedi Kir. ítélőtábla Iratai. 1942. VII. 1.

allocated inventory is to be confiscated was faulty, for these were not sold at a usury price, no crime has been committed in connection to these.[16]

Sharking profiteering:

The single judge of the usury court of Újvidék practicing in Palánka held a legal action against Mrs. Mihály Rumán and her associate, who were accused of the crime of sharking profiteering. The Royal Court of Szeged dismissed the verdict of the court of first instance, and deemed their actions as a legal crime of sharking profiteering according to section 4 of Paragraph No. 1 of the 15th Act of 1920. The court passed on meting out an injunction.

The Court explained in their reasoning that the bearings of the case explained in the verdict of the usury court were accepted, for the process of verification went down flawlessly, and based on this, the culpability of the defendant, Mrs. Mihály Rumán was correctly ascertained. It was stated with perfect certainty that she demanded the price of 3 Pengos for a 25-decagram pack of butter. "Since this price is way above the highest official price stated and allowed for this commonly needed good, so it was deemed to be a usury price, and according to this, the defendant's actions fulfil the concept of price transgression the defendant's accused of."[17]

The bearings of the case also contained elements of profiteering, for the defendant "in order to forward the butter to the consumer, performed such unnecessary intermediate mercantile actions by which she enlarged its price"[18]

In its verdict, the court, in accordance with the previously established leading-case of the Curia, stated that "committing a crime of sharking is completed by the simple demand of the usury price, and the actual acquisition of financial profit is not necessary for its completion, according to this, the defendant not only attempted, but also committed the action of sharking profiteering."[19]

The usury court of the first instance was wrong to label the actions of the defendant only as attempts, for because of this, the Court of Justice dismissed the part of the verdict relevant to this, and stated that the crime was to be deemed finished.

The court of the second degree approved the verdict. The clean record and family status of the defendant were considered as mitigating circumstances, but the fact that these actions were carried out during wartime became aggravating circumstances. Fining Mrs. Mihály Rumán as an injunction was unacceptable, due to the defendant's financial status.

The Court of Justice also stated that in the case of Mrs. József Tóth, it cannot be proved in any way that she participated in meting out the usury price, or if she acted willingly in unison with Mrs. Mihály Rumán. Therefore, the Court of Justice cleared Mrs. József Tóth from all charges.[20]

Price transgression:

In 1941, the Royal Court of Justice of Baja found István Molnár, Miklós Kubatov and Sebestély Cukk guilty of the crime of price transgression. The prosecutor filed a nullifying complaint in order to plea for a more severe punishment for Molnár and Kubatov, and the aforementioned defendants in order to ascertain the culpability, label their actions and alleviate the punishment, and because of this, the Court of Justice of Szeged reached the following verdict. The court ignored the plea to revoke the defendants' licenses, and meted out a fine of 400 Pengos. However, due to other decrees of the verdict of the court of the first degree, it rejected the nullifying complaint.

During the appeal hearing, the Court of Justice ordered and carried into effect an iterative interview of the defendants according to the 7070/1941. M. E decree, and during this, the previous testimonies and the minutes of the hearing before the prosecutor's office were read out loud, announced the records of István Molnár, which were handled as evidences, questioned Miklós Pekánov and István Cugán as witnesses, and also read out loud the testimony of Miklós Kubatov included in the report of the gendarmerie. The questioned witnesses confessed that they before the time of the 1941 harvest, they surveyed the maize in Miklós Kubatov's attic, which was as musty as their own maize, which they offered Kubatov for purchase. They heard that the defendants allocated the price of the maize as 19 Pengos and 20 Shillings per quintal (100 kilograms). However, Kubatov only offered 18 Pengos and 50 Shillings for the witnesses. The Court of Justice did not characterize any conclusive attributes to these confessions, for according to Kubatov's testimony, he only had 15 q.-s (quintals) of maize in his warehouse, not to mention that it was musty. After this, Kubatov sold István Molnár more maize, namely 88 q.-s and 50 kilograms bit by bit, who confessed to the prosecutor's office that he only paid 30 Pengos per quintal to Kubatov for healthy maize, for he was sold the musty maize for a much more auspicious price.

In his testimony, István Molnár admitted that the maize purchases of 1941, twice on the 9th and 26th of July, then the 30th of July and in August were correctly registered in his records books. The name and the purchase price were also written down with each purchase. The records did not show whether or not any other products (for example, beans, lentils, vetch, and oats) were purchased by István Molnár. This is why István Molnár's plea that the purchase price incorporated the value of other crops was not sound.

The court of appeal didn't accept the plea of István Molnár where he stated he was so scared to stand in front of the prosecutors that he stated incorrect facts. Collating the recorded amount of maize with the purchase price verified the purchase price of 30 Pengos per quintal. The court accepted the testimonies as proof to create the foundations for the bearings of the case, especially since István Molnár himself admitted that he actually sold maize at the accusatorial time. The court stated that the defendants wrote down a sales contract on 9th July, 1941 and afterwards, and also that the officially stated highest price for crumbled maize was 20 Pengos and 20 Shillings.

[16] B. II. 2732/5 szám 1942. In: MNL CSML Szegedi Kir. ítélőtábla Iratai. 1942. VII. 1.
[17] B. II. 153/7. szám 1943. In: MNL CSML Szegedi Kir. ítélőtábla Iratai. 1942. VII. 1.
[18] B. II. 153/7. szám 1943. In: MNL CSML Szegedi Kir. ítélőtábla Iratai. 1942. VII. 1.
[19] B. II. 153/7. szám 1943. In: MNL CSML Szegedi Kir. ítélőtábla Iratai. 1942. VII. 1.
[20] B. II. 153/7. szám 1943. In: MNL CSML Szegedi Kir. ítélőtábla Iratai. 1942. VII. 1.

According to the bearings of this case, the Court of Justice also ascertained that the defendant Miklós Kubatov, who worked in the field of corn sales sold the crumbled maize, an official commonly needed good, of 1940 higher than the aforementioned price, 30 Pengos per quintal to István Molnár who, as a flour and maize sleet merchant, bought it at a price higher than the ascertained highest in order to gain further profit afterwards.

"According to the authoritative bearings of the case, the Royal Court of Justice drew the legal conclusion that in their business circles, the defendants performed price transgression continuously, with the intention of repetition, as a source of earning, and therefore their actions were performed commercially."[21]

Therefore, according to the Court of Justice, the action of Kubatov and Molnár fell under the 1st punctum of section 1 of Paragraph No. 1 of the 15th Act of 1920. This is the reason why the court of first instance correctly stated the culpability of the defendants and the bearing of the case. Therefore the amount of imposed penalty was correctly determined the usury court by taking Section 92 of the Criminal Code into account. The Court of Justice also approved that they were to lose their offices and forbidden to practice political rights. Then again, the decision to revoke their licenses and financial compensation was faulty, so the relevant decrees were dismissed by the Court of Justice, for they deemed the magnitude of the injunction to be disproportionately severe. István Molnár and Miklós Kubatov were ordered to pay 400 Pengos each, by taking their financial statuses and the amount of gain they wished to acquire into account.[22]

To sum it all up, it can be assessed that the state proved to be extremely strict when it came to sharking profiteering cases in the economic life. The war and the following economic relations upstaged the individual needs. "Which was allowed so far, became forbidden, and which was far from the normative system of Criminal Law, leapt into the area of punishable actions". To protect the consumers, several actions deemed to be punishable, if certain ploys resulted in unfair profiteering incompatible with contemporary economic morals.[23]

[21] B. I. 141./12. szám 1942. In: MNL CSML Szegedi Kir. ítélőtábla Iratai. 1942. VII. 1.
[22] B. I. 141./12. szám 1942. In: MNL CSML Szegedi Kir. ítélőtábla Iratai. 1942. VII. 1.
[23] Wiener, 1982. 767-773.

Self-defense in Theory and in Practice between 1878 and 1944*

*Viktória Deák***

Abstract

Self-defense is one of the oldest legal institutions in the Hungarian law having the greatest traditions, the rules of which were already included in Act No. V of 1878 called Csemegi Criminal Code. The main issue of this study is how the rules of law concerning self-defense were implemented in the case-law of the Royal Court of Justice Debrecen between 1878 and 1944. For the purpose of finding the right answer to this question I have reviewed nearly 150 boxes stored under number VII.4/c at the Hajdú-Bihar County Archives of the National Archives of Hungary. After analyzing the decisions related to self-defense, I have drawn the conclusion that we cannot say there was a coherent and consistent case-law regarding this legal institution; I believe a long process of development has been required to fill the conceptual elements constituting self-defense with substance.

Keywords: *self-defense; history of law; case-law; Csemegi Criminal Code.*

1. Preface

Issue of my essay is self-defense, which is one of the oldest legal institution in the Hungarian law having the greatest traditions.

In this essay, I aim to present the provisions regarding self-defense stated in Act V of 1878 (hereinafter referred to as Csemegi Criminal Code). I will present Article 79[1] as an element of facts with special emphasis on the element that has always been the most controversial one, which is the requirement of proportionality. I will present that particular element on the basis of the available literature but I will also consider the fact how this element of facts was implemented in the legal practice of the case-law of the Court of Justice of Debrecen (hereinafter referred to as Court of Justice) between 1878 and 1944. For this purpose, I have reviewed nearly 150 boxes stored under number VII.4/c at the Hajdú-Bihar County Archives of the National Archives of Hungary and I have found the decisions in which claims to self-defense are included.

In the light of the foregoing, I have drawn my conclusions to what extent or how consistently the viewpoints of the literature and the provisions of law are reflected in the case law.

2.1 Unlawful attack

Pursuant to Csemegi Criminal Code, self-defense is a defense *„that is necessary to prevent an unlawful and direct attack against or threatening the person attacked or anybody else or their property."*[2]

The first condition of determining the occurrence of self-defense is that there should be an unlawful attack against or directly threatening someone. It is essential that such an attack should be unlawful as there is no self-defense against a lawful attack. Despite the fact that as for the determination of the occurrence of self-defense, the conditions thereof are in general cumulative, the first condition is optional as it is not necessary that an unlawful attack is a committed one because a threatening attack is enough. The attacked person is not required to wait until the attacker commits the attack effectively as defense would become impossible in many cases.[3] In case-law, an attack is considered to be committed if the attacker has already started to implement the facts as stated by law and such an attack is regarded to be a directly threatening one if the start thereof can be expected within a short period of time.[4] By definition, no attack occurs if the protected legal interest has not been injured or no direct attack occurs if the protected legal interest is not threatened directly, in other words, immediate injure or an injure in the short term is not expected.[5]

It is clearly stated in Csemegi Criminal Code that the occurrence of self-defense shall be determined provided that an unlawful attack has been committed and the literature available

* The study was carried out under the Ministry of Justice's program intended to raise the standard of the education of law (IX-14/6/2/2017).

** Dr. Viktória Deák, University of Debrecen Marton Géza PhD School of Law, Hungary.

1 79. § Kizárja továbbá a cselekmény beszámíthatóságát a jogos védelem. Jogos védelem az: mely akár a megtámadottnak, akár másnak, személye vagy vagyona ellen intézett, - vagy azt fenyegető jogtalan, és közvetlen megtámadásnak elhárítására szükséges. A jogos védelem határainak félelemből, ijedtségből, vagy megzavarodásból származott tulhágása nem büntettetik.

2 Act V of 1878: Article 79.

3 Finkey, Ferenc: A magyar büntetőjog tankönyve [Schoolbook of the Hungarian criminal law], Budapest, 1914, p. 144.

4 Belovics, Ervin: A büntetendőséget kizáró okok [Grounds for Excluding Criminal Responsibility], HVG-Orac Lap-és Könyvkiadó, Budapest, 2009, p. 88.

5 Polgár, András: A jogos védelem és a végszükség napjaink ítélkezési gyakorlatában, Büntetőjogi tanulmányok [Self-defense and emergency in today's case-law], 2013. (14. évf.) 14/2. köt. p. 11.

also explains the substance of this term precisely, however, in the case-law prior to 1939, there is no evidence that the Court of Justice investigated the fact of an unlawful attack as the essential prerequisite required for the statement of self-defense. There used to be a general practice before 1939 that the court did not investigate which elements of facts relating to the occurrence of self-defense provided by the legislation had been included and which ones had not been included in the case but a claim of self-defense had been accepted or refused without explaining legal reasoning.[6] While I was examined the case-law, I realized that it can be stated from 1940 only that the Court applied a practice consistently by investigating the fact whether the accused person suffered an unlawful attack before any other element of facts in cases, where the defense attorney claimed self-defense.

2.2 Scope of protected legal interests

Basically, the subject of self-defense is the person and the property itself. In accordance with the legal literature, an attack against a person violates or threatens life, physical integrity, health, sexual morality and some rights relating to personality.[7]

As indicated by the meaning of this legal institution, the subject of self-defense cannot be the attacked person or his property only, but a lawful act of defense can also be performed to protect another person or his property.[8] Thus, self-defense is also a lawful act of help and the same conditions shall be applied for the person providing help as for the attacked person.[9]

That fact is reflected in the case-law of the Court of Justice. Indeed, in the cases processed by me, it is commonly observed that the accused person had a defensive behavior to protect another person and he claimed to do so. These actions to protect another person had considered as self-defense if further conditions thereof were fulfilled. This was the case in the criminal proceedings against Péter Barna Jr. who was indicted for intentional homicide but he was acquitted as the Court of Justice stated that the accused person prevented with bare hands the unlawful attack of the injured person who attacked his father with a knife.[10]

2.3 Preventive behavior

A basic condition of self-defense is defense against an unlawful attack.

According to Ervin Belovics, prevention is a behavior against the attacker and it fulfils all the elements of facts of a crime determined in the specific part of the Hungarian Criminal Code.[11] The subject of the defense is the attacked person or any other person.[12]

A preventive behavior can last until the attack lasts or until there is the possibility of continuing the attack. Afterwards exceeding the time limit emerges, which can be a reason for criminal liability.[13] Violence used after an attack is not regarded as defense but retaliation, which excludes the possibility of applying the rules of self-defense.[14]

My key observation concerning the preventive behavior during my research activity at the archives is that in the period under review, the Court of Justice did not use term of exceeding the time limit at all. However, I have found a case and based on the facts, it was clear that exceeding the time limit emerged. The Court of Justice not only failed to recognize that due to such a breach of time limit a situation of self-defense did not exist at the moment when the injured person turned his back on the accused person and ran away but the accused person that had shot the injured person in the back was acquitted.[15]

2.3.1 Necessity

Legal literature and law enforcement have a common approach concerning the application of necessity saying self-defense shall be justified until it is necessary to prevent an attacking behavior.[16]

The requirement of necessity was also included in Csemegi Criminal Code and a provision stated exceeding the necessary extent due to fright or excusable emotion cannot be punished.

The term of necessity has been included in all the Hungarian criminal codes and in the legal literature, no significant discussions developed.

Still, based on the examination of the sentences of the Court of Justice, I have made an observation that the substance behind the term was not clear in all cases. In many cases the concept of necessity merged with the lack of an unlawful attack. Namely, if the accused person did not suffer an unlawful attack, no prevention was necessary.[17] However, it is beyond any doubt if the accused person did not suffered an unlawful attack, he could not be in a situation of self-defense, consequently, any further investigation is useless.

---

[6] Kivételes esetnek tekinthető a 11577/1913. sz. ügy (Tátorján György: halált okozó testi sértés bűntette), ahol a Törvényszék nemcsak a jogtalan támadást, de a további tényállási elemek fennállását is részletesen vizsgálta. Lásd: VII.4/c: 8d.

[7] PETROVICS Aletta: A jogos védelem intézménye és aktuális kérdései, Bibó jogi és politikatudományi szemle [Self-defense and its current issues] 2014. (2. évf.) 1. sz. p. 101.

[8] A Csemegi-kódex még nem részesítette védelemben a közérdeket, az csak az 1950. évi II. törvénnyel került a védett jogi tárgyak közé.

[9] FINKEY, Ferenc [1914]: i. m. p. 145.

[10] Lásd: 6742/1939. sz. ügy: ifj. Barna Péter: szándékos emberölés bűntette. VII.4/c: 90d.

[11] BELOVICS Ervin: Gondolatok a jogos védelem körében kiejthető védelmi cselekményről [Ideas about the defending act to be excluded from self-defense] (2006-2010), 2007. (55. évf.) 7-8. sz. p. 107.

[12] BEDE Zsolt: A jogos védelem elméleti és gyakorlati kérdései [Theoretical and practical issues of self-defense], Belügyi Szemle 1963-1990), 1988. (26. évf.) 11. sz. p. 22.

[13] PETROVICS Aletta: i. m. p. 102.

[14] EDVI Illés Károly: A magyar büntetőtörvénykönyv magyarázata, Révai testvérek irodalmi intézet [Commentary on the Hungarian Criminal Code] Budapest, 1909. p. 340.

[15] Lásd: 6907/1939 sz. ügy: Ölveti László és Löki Sándor: szándékos emberölés bűntettének kísérlete. VII.4/c:90d.

[16] FINKEY Ferenc [1914]: i. m. p. 146.

[17] Lásd: 6430/1939. sz. ügy: B. Nagy László és társai: szándékos emberölés bűntette. VII.4/c: 88d.

Even so, this misleading use of terms can be regarded as general and at the same time after 1939 this confusion in the use of terminology will be even more complicated due to proportionality emerging in the sentences more and more often.

2.3.2 Proportionality

It is not simple to clarify the term of proportionality as there are not common viewpoints in the field of legal literature.

A reason of such a disagreement can be that the requirement of proportionality has not been formulated by any of the Hungarian criminal codes specifically and we can say it has been developed by law enforcement, which has had the same approach for a long time that not only necessity but proportionality is also a condition when self-defense is declared.

Under the Csemegi Criminal Code, the contemporaneous case-law favored the position that the law demanded only that the attack would be unlawful and the protective action should not exceed the necessary extent or the attacked person should not exceed the extent required for defense deliberately.[18] Nevertheless, it was commonly regarded that self-defense could not be a base for endless insults,[19] thus, some proportionality was necessary.

After all, these two terms could not be distinguished definitely and there were several approaches regarding their relation between them at that period. According to the first approach, proportionality is a partial criterion of necessity,[20] in other words, something, which is not necessary, cannot be proportionate. Another approach distinguishes these two terms and first, it examines the necessity of prevention and then proportionality. It is important to note that a preventive behavior cannot cause greater harm than the behavior to be prevented would have caused and it is not allowed to cause a disproportionate greater harm.

That raises the question as to what kind of action can be considered as proportionate. According to the case-law of the 19th century, there is no gross disproportion if a physical libel can prevent by causing bodily injury, an unlawful action by authorities can be prevented by causing minor or grievous bodily harm and if in the attack there is the possibility of a serious harm, such an attack can be prevented by causing any kind of bodily harm or even death.

Act of sexual violence can be prevented by causing any harm or even death.[21]

An attack can be made not only against persons but also properties. Under Csemegi Criminal Code, law enforcement drew a distinction for attacks against properties whether such an attack was definitely made against a property only or it also implied the possibility of an attack against a person. In the latter case, causing any harm was not considered as a grossly disproportionate one and even Finkey did not express any concern about the fact that the Supreme Court of Justice often passed an acquittal for the accused person giving the explanation due to a protection of property as property could be protected especially at night and for attacks committed by unknown criminals by causing bodily harm that could easily lead to causing death due to the fright or confusion of the attacked person.[22]

Today, legal literature has a common approach stating that it is definitely unacceptable for attacks that are committed against properties only to kill the attacker.[23] Great legal scholars in the last century, however, deemed it as a moral requirement only that a preventive behavior should meet the requirement of proportionality to a certain extent for attacks against property, in other words, the injured person could not kill the attacker if a personal property of little importance had been attacked. Otherwise they agreed that the attacked person could even shoot the escaping thief if it is necessary to prevent the attack.[24]

During my research activity at the archives, I have found the first resolution that specifically included the term of proportionality dated in 1939. At that time, the Court of Justice declared that the unlawful attack threatening the accused person and the preventive action were in proportion as the injured person threatened the accused person with a knife and he prevented the attack by using his fists.[25]

There are pertinent provisions in Csemegi Criminal Code relating a possibility when the reason of exceeding the extent necessary to prevent the attack was fear, fright or confusion. Pursuant to the provisions of the Code, if these circumstances exist the offender cannot be punished. Based on my research at the archives, I observed that this provision of the Code is referred to rarely and the facts of the following case are a good example in which cases and how it is not advisable to claim fear. According to the facts[26], the accused person caught the injured person in an act of stealing wood, so a quarrel with assault developed between and the injured person escaped but the accused person ran after him. When he caught him, they pointed with a gun to each other but the injured person turned his back on the accused person again, so the bullet hurt him on the right shoulder. The accused person defended himself by arguing that he ran after the injured person in fear he would hide in the woods and seeking revenge he would shoot him if he, namely the accused person, did not take the weapon from him. The Court of Justice of Debrecen because of self-defense giving the following reasons: *„ The act of the accused person was necessary*

[18] Kónyáné Kutrucz Katalin: Szükséges-e az arányosság a jogos védelemhez [Is proportionality necessary to self-defense] Magyar jog 1985. (12. évf.) 10. sz. p. 867.
[19] Finkey Ferenc: A magyar büntetőjog tankönyve [Schoolbook of the Hungarian criminal law], Budapest, 1909. p. 179.
[20] Petrovics Aletta: i. m. p. 102.
[21] Kónyáné Kutrucz Katalin: i. m. p. 868.
[22] Finkey Ferenc [1914]: i. m. p. 212.
[23] Belovics Ervin: i. m. p. 118-119.
[24] Ujvári Ákos: Hagyományok és változások a jogos védelem elvi és gyakorlati megítélésében [Traditions and changes in the theoretical and practical evaluation of self-defense], Magyar jog, 2002. (49. évf.) 6. sz. p. 343.
[25] Lásd: 6742/1939. sz. ügy: ifj. Barna Péter: szándékos emberölés bűntette VII.4/c: 90d.
[26] Lásd: 6907/1939 sz. ügy: Ölveti László és Löki Sándor: szándékos emberölés bűntettének kísérlete. VII.4/c:90d.

to prevent the threatening, unlawful and direct attack committed by the injured person against him, and his act was required for preventing the directly threatening but not committed attack and disarming the injured person is covered by the term of self-defense." In accordance with the current provisions of law, this is a wrong court sentence and the Court of Appeal of Debrecen had the same opinion as the unlawful attack against the accused person ended when the injured person turned his back on him and ran away. The accused person was adjudged guilty by the Court of Appeal as the injured person was escaping when the accused person started to chase him so the injured person was not an attacker any more but in a defending position. The Court of Appel also explained that the defense of the accused person was not true when he said he had committed the act because he had been afraid of the revenge of the injured person, as Article 79 of Criminal may be applied only if a direct attack actually occurs. The court also explained that the accused person could not claim that the reason of exceeding the extent that is necessary to prevent an attack was fear and excusable confusion as it would have been justified to investigate such circumstances only if a situation of self-defense could have been stated. In lack of self-defense, it is impossible to exceed the limits thereof.[27]

The term of proportionality emerged in the decisions of the Court of Justice as a general term from 1941 only without drawing clear distinction between it and necessity. In case no. 1861/1941[28] the court took a position saying as the accused person suffered an unlawful attack with a hoe he had to use a hoe as defense. In the second instance procedure, the Court of Appeal says that *„the injured person committed an unlawful and direct attack against the accused person causing direct risk of his physical integrity and life. In the given situation, his defending act was in the right proportion to the attack and it did not exceed the force, extent and quality of the attack."*

The clear distinction between the term of necessity and that one of proportionality could not be observed later in the period under review but necessity has been emphasized as this requirement as a textual indication is included in the Criminal Code only.

In the period under review, both injured persons and accused persons had all kinds of tools, sticks, hoes, scythes, knives, guns.

Consequently, grievous bodily harm or even death occurred quite often. In spite of all that, Section (3) of Article 79 of Csemegi Criminal Code, which states exceeding the extent necessary to prevent an attack for fear or excusable confusion, was applied rarely. The reason can be the fact that even if somebody defended the attack committed by the injured person with his bare hands using a tool causing a disproportionately greater harm to him than his attack threatened, the focus of the competent court was on necessity and not on the issue of proportionality. In these cases, Article 79 of Criminal Code was not applied as the given way of preventing the attack committed with bare hands was not necessary according to the explanation of the Court of Justice.

The Court of Appeal issued the same opinion saying the behavior of the injured person throwing a horse scraper to the accused person and approached to him with his bare hands, could not have been considered as an act against which it should have been necessary to use a pitchfork.[29] In my opinion, in this case it is the requirement of proportionality that was violated as the preventive behavior using a pitchfork resulting in death caused a disproportionately greater harm compared to the harm that the injured person could have caused to the accused person with his bare hands.

3. Summary

A comparison of the provisions relating to self-defense as stated in Csemegi Criminal Code and those ones specified in the current Act C of 2012 on the Criminal Code, at the first sight, we can say the rules of law included in the Code seem to cover a restricted scope or to be short compared to the current Criminal Code. It did not include provisions about the duty to retreat or preventive self-defense and public interest was not inserted into the scope of protected legal interests and in certain cases it did not order to refuse examining a term that was not included as a textual indication in the law.

Nevertheless, in the text of the law, basic conceptual elements such as unlawful attacks, preventing acts or necessity were specified even at that time. Though wider discussions were not developed concerning any of these terms in the legal literature, their application in the case-law of the Court of Justice of Debrecen between 1878 and 1944 cannot be assessed as coherent and consistent.

For example, the above listed terms were not incorporated in the reasons of the sentences of the Court of Justice. The investigation of self-defense can be regarded as general from 1940 only and proportionality emerged from 1939. The distinction of the terms cannot be observed in the period under review at all. Necessity is often confused with lack of self-defense and later with proportionality. Several terms that are known and essential today were not part of the case-law of the Court of Justice. One of them is for example, reciprocity, a factor that excludes the situation of self-defense or exceeding the time limit.

Based on the above, I believe the conceptual elements of self-defense have been filled up with substance as a result of a process of development started in about 1939. The criteria for assessment that are considered by the current competent courts when they decide on whether the accused person in the given case was in a situation of self-defense at the time of his act, did not emerge in the case-law of the Court of Justice between 1878 and 1944, thus, in that period was not a developed, coherent and consistent case-law concerning self-defense.

[27] B.II. 169/41/1941 sz. ügy: : Ölveti László és Löki Sándor büntető ügyének másodfokú ítélete. VII.4/c:90d.
[28] Lásd: 1861/1941. sz. ügy: Balázs Zsigmond: szándékos emberölés bűntette. VII.4/c: 105d.
[29] B.II. 3907/14/1943.

Bibliography

Books and reviews:

- BEDE, Zsolt: Theoretical and practical issues of self-defense, Home Affairs Reviwe1963-1990), 1988. (Edition 26) Issue 11 19-27
- BELOVICS, Ervin: Grounds for Excluding Criminal Responsibility, Magazine and Book Publisher HVG-Orac, Budapest, 2009
- BELOVICS, Ervin: Ideas about the defending act to be excluded from self-defense, Law Enforcement Review (2006-2010), Issue 2007 (Edition 55. évf.) Issue 7-8, 105-123
- EDVI, Illés Károly: Commentary on the Hungarian Criminal Code, Institute of Literature, Brothers Révai, Budapest, 1909
- FINKEY, Ferenc: Schoolbook of the Hungarian criminal law, Budapest, 1909
- FINKEY, Ferenc: Schoolbook of the Hungarian criminal law, Budapest, 1914.
- KÓNYÁNÉ, Kutrucz Katalin: Is proportionality necessary to self-defense?, Hungarian law, 1985. (Edition 12) Issue 10, 865-878.
- PETROVICS, Aletta: Self-defense and its current issues, Bibó review of law and political science, 2014 (Edition 2) Issue 1, 95-127.
- POLGÁR, András: Self-defense and emergency in today's case-law, Studies of criminal law, 2013. (Edition 14) Volume 14/2, 3-39.
- UJVÁRI, Ákos: Traditions and changes in the theoretical and practical evaluation of self-defense, Hungarian law, 2002 (Edition 49) Issue 6, 339-344.

Sources of law used for this essay:

- Decrees of King Saint Stephen, Second Book
- Act V of 1878: Hungarian criminal code on crimes and delicts

Cases used for this essay:

- Case no. 11577/1913: György Tátorján: Bodily harm causing death VII.4/c: 8d
- Case no.1861/1941: Zsigmond Balázs: Intentional homicide. VII.4/c: 105d
- Case no.6430/1939: László B. Nagy and accomplices: Intentional homicide. VII.4/c: 88d
- Case no.6742/1939: Péter Barna Jr.: Intentional homicide. VII.4/c: 90d
- Case no.6742/1939: VII.4/c: 90d
- Case no.6907/1939: László Ölveti and Sándor Löki: Attempted murder. VII.4/c:90d
- Case no.B.II. 169/41/1941: Case of László Ölveti and Sándor Löki, judgment of the court of second instance. VII.4/c:90d
- Case no.B.II. 3907/14/1943

Zum Einfluss der römischrechtlichen Tradition in der Privatrechtsentwicklung und in der Neukodifikation des Zivilrechts in Georgien (Sakartwelo)*

(On the Influence of Roman Law Tradition in the Development of Private Law and the Recodification of Civil Law in Georgia /Sakartwelo/)

*Gábor Hamza***

Abstract

The author analyzes in the first part of his article the influence of the Byzantine legal tradition on the development of private law in Georgia. Special emphasis is given to the code (compilation) of king or emperor Wachtang VI in the first half of the 18th century. The comprehensive code of Wachtang VI is based mainly on Byzantine law. In the second part of the study the structure, the main institutions as well as the sources of the Georgian Civil Code promulgated and put into effect in 1997 are analyzed. The author outlines that the redactors of this code availed themselves of the scholarly achievements of the German pandectist legal science based substantially on Roman law tradition. The redactors of the Civil Code of 1997 took into consideration the French Civil Code, the German Civil Code, the Italian Civil Code of 1942 as well as the New Dutch Civil Code. The redactors of the Georgian Civil Code did not adopt the concept moniste whereby the Civil Code of Georgia is no code unique – unlike the Italian Civil Code of 1942 and the New Dutch Civil Code.

Keywords: *Alexander I.; Basilika; Georgian Civil Code of 1997; code unique; Common law; concept moniste; customary law (ius consuetudinarium); Erekle II.; Hexabiblos; fiducia; German Civil Code (BGB); Italian Civil Code; iura vicinitatis; ius Graeco-Romanum (ius Byzantinum); Katharina II.; Liber Romanus Syriacus or Liber Syro-Romanus; mora creditoris; negotia iuridica; New Dutch Civil Code (Nieuw Burgerlijk Wetboek); possession (possessio); reception (receptio iuris); res mobilis; Syntagma; Svod Zakonov Rossijskoj Imperii; Swiss Code of Obligations; Swiss Civil Code; trust; usucaption (usucapio); usus, voluntas testatoris; Wachtang VI.*

1. Der georgische Herrscher (König bzw. Kaiser) Wachtang VI. (1707–1737) ließ einen Kodex bzw. eine Kompilation (Gesetzessammlung) in georgischer Sprache verfassen, der neben dem georgischen Gewohnheitsrecht *(ius consuetudinarium* bzw. *consuetudines)* bzw. den Gesetzen *(leges* bzw. *constitutiones* oder *edicta)* auch das aus dem Armenischen übersetzte Syrisch-römische Rechtsbuch *(Liber Romanus Syriacus* oder *Liber Syro-Romanus)*[1] enthielt. Es umfasst daneben auch die aus 60 Büchern bestehende monumentale Gesetzessammlung des byzantinischen Kaisers Leo VI. (des Weisen, 886–911), die Basiliken *(Basilika).* Das sechsbändige Werk zeugt vom starken Einfluss des byzantinisch-römischen Rechts *(ius Graeco-Romanum* oder *ius Byzantinum).*

Als Grundlage dienten das *Syntagma kata stoicheion* des Matthaios Blastarés und die *Hexabiblos* des Konstantinos Harmenopoulos, des Stadtrichters von Thessaloniki. Außerdem sind die Gesetze (*nomoi* bzw. *leges*) des georgischen Herrschers Georg V. (†1346), die das Gewohnheitsrecht der Bergbewohner Georgiens zusammenfassen, enthalten. Ferner wurden aus dem 14.–15. Jahrhundert stammende strafrechtliche Bestimmungen mitaufgenommen. Im Kodex wurden auch die Bestimmungen aufgenommen, die die georgische autokephale (orthodoxe) Kirche betreffen. Die aus 267 Artikeln bestehenden Gesetze bzw. Dekrete des Herrschers Wachtang VI., die ebenfalls Bestandteil des Kodex sind, enthalten hauptsächlich strafrechtliche Vorschriften *(ius criminale)*.[2]

Mit diesem Gesetzeswerk beabsichtigte Wachtang VI., die Rechtsordnung Georgiens grundlegend zu reformieren. Es hatte in Georgien bis in das Jahr 1870 Gültigkeit.[3] Ab dem Jahre 1870 wurde auch auf georgischem Gebiet der *Svod Zakonov*

* Andreas Wacke (der im Jahre 2008 als Gastprofessor im Rahmen einer Partnerschaft mit seiner Kölner Fakultät eine kürzere Zeit an der staatlichen Universität von Tiflis dozierte) danke ich für Anregungen und redaktionelle Verbesserungen.

** Dr. Gábor Hamza, Universitätsprofessor, „Eötvös Loránd" Tudományegyetem /ELTE/. Ordentliches Mitglied der Ungarischen Akademie der Wissenschaften (auf Ungarisch: Magyar Tudományos Akadémia – MTA)

1 Das auf Lateinisch verfaßte und später in mehrere Sprachen (ins Syrische, Arabische, Armenische und Georgische) übersetzte *Syrisch-römische Rechtsbuch* stammt wahrscheinlich aus dem 5. nachchristlichen Jahrhundert. Es hat vorwiegend römisches Recht (nach neueren Forschung vor allem *Reichsrecht*) zum Inhalt. Die Gattung dieser Rechtsquelle (z. B. Kodex, Kodifikation oder Rechtsspiegel) ist umstritten. Siehe aus der umfangreichen Sekundärliteratur: G. K. Bruns / E. Sachau: *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert.* (Leipzig 1880); C. A. Nallino: Sul libro Siro-romano e sul presunto diritto siriaco. In *Studi in onore di P. Bonfante* I (Milano 1929) S. 201 ff.; W. Selb: Le livre Syro-romain et l'idée d'un coutumier de droit séculier orientalo-chrétien. In *L'oriente christiano nella storia delle civiltŕ.* (Roma 1964) S. 330 ff.; W. Selb: *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches.* (München 1964); G. Hamza: Comparative Law and Antiquity. (Budapest 1991) S. 53 f.; G. HAMZA: *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszerek* [Rechtsvergleichung und die Rechtsordnungen der Antike] (Budapest 1998) S. 55 f. und W. Selb / H. Kaufhold: *Das Syrisch-römische Rechtsbuch* (Wien 2002).

2 Das Gesetzeswerk (Kodex) von Wachtang VI. enthält auch Bestimmungen bzw. Regeln, die das Privatrecht *(ius privatum)* regeln.

3 Hervorzuheben ist, dass das Rechtsbuch Wachtangs VI. auch ins Russische, Deutsche und Französische übersetzt worden ist. Siehe Klutmann: *Analyse des nationalgrusinischen Obligationrechtes im Kodex Wachtangs VI* (1908).

Rossijskoj Imperii (Sammlung der Gesetze des Russischen Reiches) eingeführt.

2. Das zwischen Erekle II., dem Herrscher von Ostgeorgien, und der russischen Zarin Katharina II. (1762–1796) im Jahre 1783 zustande gekommene Abkommen unterstellte die östlichen Teile Georgiens unter das Protektorat des russischen Reichs. Dieses Abkommen bedeutete folglich den Anfang der Auflösung des georgischen Staates. Die russische Annexion bzw. Angliederung Ostgeorgiens an das Zarenreich erfolgte während der letzten Herrscherjahre des Zaren Paul I. in den Jahren 1800–1801. Sein Nachfolger, Zar Alexander I. (1801–1825), weitete in seinem am 12. September 1801 herausgegebenen Manifest „die Last der Verwaltung des georgischen Zarenreichs" auf sich nehmend das Russische Reich auf Ostgeorgien aus.

Die bis dahin unter muslimischer Herrschaft stehenden westgeorgischen Fürstentümer gerieten zwischen den Jahren 1803 und 1811 stufenweise unter russisches Protektorat. Allerdings schloß dies nicht eine jahrzehntelang währende weitgehende Autonomie des Landes aus. Die Souveränität des russischen Reiches in Westgeorgien wurde im Jahre 1812 im Friedensvertrag von Bukarest auch völkerrechtlich anerkannt.

3. Das erst im Jahre 1918 erneut unabhängig gewordene Georgien[4] wurde bereits im Jahre 1922 Teil Sowjetrußlands und zwei Jahre später Teil der Sowjetunion.[5] Die Eigenständigkeit Georgiens wurde erst im Jahre 1991 zurückgewonnen. Durch die im Jahre 1995 angenommene Verfassung wurde Georgien eine Präsidialrepublik. Diese Verfassung wurde mehrere Male, zuletzt im Jahre 2005, geändert. Diese Novellierungen haben jedoch Georgiens Verfassungsstruktur nicht grundlegend geändert.

Nach der Erlangung der Unabhängigkeit (auf Georgisch: *Sakartwelo*) bzw. der Republik Georgien (auf Georgisch: *Sakartwelos Respublika*) setzten ziemlich bald Kodifikationsbestrebungen im Bereich des Zivilrechts ein. Als Ergebnis dieser Bestrebungen entstand das am 26. Juni 1997 verabschiedete und im November desselben Jahres in Kraft getretene georgische Zivilgesetzbuch (ZGB).

4. Der Kodex besteht aus sechs Büchern. Ihre Anordnung folgt dem Pandektensystem bzw. der Pandektenstruktur, mit dem Sachenrecht vor dem Schuldrecht (abweichend nur das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch). Das Erste Buch (Artt. 1–146) enthält den Allgemeinen Teil, das Zweite Buch behandelt das Eigentum (Artt. 147–315), das Dritte Buch das Schuldrecht (Artt. 316–1016), das Vierte Buch das geistige Eigentum (Artt. 1017–1105), das Fünfte Buch das Familienrecht (Artt. 1106–1305) und das Sechste Buch das Erbrecht (Artt. 1306–1503). Am Ende des Gesetzes befinden sich Provisorische Bestimmungen (Artt. 1504–1520).

Das Erste Buch (Allgemeiner Teil) spiegelt stark den Einfluss der deutschen Pandektistik (Pandektenwissenschaft) und des deutschen BGB wider. Dieser Einfluss kommt besonders im Falle der Rechtsgeschäfte zur Geltung, obwohl die Redaktoren des Kodex bei der Regelung der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte *(negotia iuridica)* auch die Bestimmungen des französischen *Code civil* und des revidierten (zweiten) schweizerischen Obligationenrechts (OR) vom Jahre 1911 berücksichtigt haben.

Das Zweite Buch (Eigentumsrecht) basiert ebenfalls weitgehend auf den Regelungen des deutschen BGB. Bei der Übereignung beweglicher Sachen wurde das ziemlich einzigartige deutsche Abstraktionsprinzip allerdings nicht übernommen. Art. 186 des georgischen ZGB erfordert zur Übereignung einer *res mobilis* deren Übergabe „aufgrund eines wirksamen Anspruchs". Bei der Regelung des Besitzrechts *(possessio)* ist die Nachwirkung des römischen Rechtes hingegen deutlich erkennbar (Art. 158 Abs. 1). Der Einfluss des römischen Rechts ist auch im Bereich der Ersitzung *(usucapio)* offensichtlich. Erwähnung verdient die Berücksichtigung der einheimischen, in den Gewohnheiten (*consuetudines* oder *ius consuetudinarium*) wurzelnden Rechtstradition bei den nachbarrechtlichen Regelungen bzw. Nachbarrechten *(iura vicinitatis),* wobei auch hier der unmittelbare Einfluss des römischen Rechts klar erkennbar ist. Über das Eigentum an landwirtschaftlich nutzbarem Boden erging dagegen im Jahre 1996 ein eigenständiges Gesetz.

Das Dritte Buch (Schuldrecht) des georgischen ZGB ist das umfangreichste. Die Redaktoren schöpften bei der Verfertigung dieses Teils vor allem aus dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), aus dem französischen *Code civil* und aus dem schweizerischen Obligationenrecht (OR). Aber auch der italienische *Codice civile* vom Jahre 1942 und das neue niederländische BGB *(Nieuw Burgerlijk Wetboek)* wurden weitgehend berücksichtigt. Wie im deutschen BGB wird der Gläubiger-Verzug *(mora creditoris)* bei der mangelhaften Erfüllung, der Verzug des Schuldners dagegen im Zusammenhang mit dem Vertragsbruch geregelt.

Die im Besonderen Teil des Schuldrechts befindlichen Bestimmungen über die einzelnen Verträge spiegeln das Bestreben des Gesetzgebers wider, das georgische Privatrecht weitgehend an die neuesten Reformen der westeuropäischen privatrechtlichen Gesetzbücher anzunähern.

Der Besondere Teil des Schuldrechts regelt auch den Versicherungsvertrag, einschließlich der Haftpflichtversicherung, die bis dahin in Georgien nicht geregelt war. Im Kodex sind auch die Bestimmungen über finanzielle Dienstleistungen enthalten; in diesem Bereich ist der verstärkte Einfluss des angelsächsischen Rechts *(Common law)* zu erkennen. Beachtung verdient die Regelung des *trust*.

---

[4] Im November 1917 bildete sich im Kaukasusgebiet eine Transkaukasische Föderation, die aus Georgien, Armenien und Aserbaidschan bestand. Der georgische Nationalrat erklärte am 26. Mai 1918 die Eigenständigkeit Georgiens. Georgien stand bis November 1918 unter deutscher Schutzherrschaft. Nach der Niederlage des Deutschen Reiches übernahmen die britischen Truppen den Schutz Georgiens während des Bürgerkrieges. Es ist zu erwähnen, dass unter dem Schutz der britischen Militärmacht in Georgien ein sozialistisches Regime unter der Führung der Menschewiki etabliert wurde. Sowjetrußland erkannte am 7. Mai 1920 die Unabhängigkeit Georgiens vertraglich an. Die Aufnahme des unabhängigen Georgien in den Völkerbund *(Société des Nations, League of Nations, Societŕ delle Nazioni)* gelang aber nicht. Nach dem Einmarsch der Roten Armee in Georgien im Februar 1921 ging die menschewistische Regierung von Tbilisi (Tiflis) im März des gleichen Jahres nach Paris ins Exil.

[5] Georgien wurde zunächst ein weiteres Mal Teil einer Transkaukasischen Föderation. Erst im Jahre 1936 erlangte Georgien den Status einer Sozialistischen Sowjetrepublik.

Der *trust* basiert auf dem *Common law*, wurzelt aber auch in der römischrechtlichen (von Kaiser Justinian I. (527-565) allerdings abgeschafften) *fiducia.* Nach georgischem Recht ist der *trust* eine Mischung aus Kommission und Nutzungsrecht *(usus).*

Das Vierte Buch (geistiges Eigentum, intellectual property) spiegelt den Einfluss mehrerer ausländischer Rechtsordnungen wider. Der größte Teil dieses Buches beschäftigt sich mit dem Copyright (Urheberrecht).

Das im Fünften Buch geregelte Familienrecht ist verständlicherweise am wenigsten von ausländischen Einflüssen geprägt. Hier haben die Redaktoren die Tradition des byzantinisch-römischen Rechts in erhöhtem Maße berücksichtigt. Der georgische Gesetzgeber hat sich für ein säkularisiertes Familienrecht entschieden. Der römischrechtliche Einfluss macht sich im familienrechtlichen Teil in Gestalt des byzantinisch-römischen Rechts *(ius Graeco-Romanum* oder *ius Byzantinum)* bemerkbar. Das Institut des Ehevertrags spiegelt die Traditionen des georgischen Rechts stark wider.

Das Sechste Buch (Erbrecht) weicht stark vom entsprechenden Teil des früheren, sozialistisch geprägten georgischen Zivilgesetzbuches ab. Im älteren Kodex wurde nämlich das Erbrecht lediglich in 40 Artikeln behandelt. Demgegenüber ist das Erbrecht im neuen Kodex detailliert geregelt. Der testamentarischen Erbfolge kommt im Vergleich mit der früheren Regelung eine überaus bedeutende Rolle zu. Dies hängt mit dem Erstarken der Rolle des Testatorwillens *(voluntas testatoris)* zusammen.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass den Redaktoren des georgischen Zivilgesetzbuchs aus dem Jahre 1997 eine originelle Synthese der auf dem römischen Recht *(ius Graeco-Romanum* oder *ius Byzantinum)* basierenden westeuropäischen Vorbilder und der heimischen Rechtstraditionen gelungen ist. Bei dieser jüngsten Rechtsrezeption (*receptio iuris*) vornehmlich deutschen Rechts haben deutsche Juristen maßgeblich Pate gestanden, gefördert durch die Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ).

Das georgische Zivilgesetzbuch verzichtet mit seinen 1520 Artikeln oft auf nicht besonders wichtige Detailregelungen und Nebensächlichkeiten. Nicht selten werden mehrere Paragraphen (etwa des deutschen BGB) vereinfachend zu einem einzigen Artikel zusammengefasst. Wegen dieses Charakterzuges enthält das georgische Zivilgesetzbuch seinem Inhalt nach mehr an substantiellen Regelungen als das wesentlich umfangreichere deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (mit seinen 2385 Paragraphen), als es seinem bescheideneren Umfang nach den Anschein hat.

Der Verzicht auf die Kodifizierung allzu ausgefallener Einzelheiten erscheint für ein relativ kleines Land mit noch nicht 5 Millionen Einwohnern (weniger als z.B. die Schweiz) vertretbar, weil komplizierte Streitfälle dort einfach seltener vorkommen. Außerdem ist *simplicitas legum amica*.[6] Die wichtigsten Grundregeln könnten im Normengewirr vieler Detailfragen an Bedeutung verlieren. Die Details lassen sich, falls erforderlich, in einem Kommentar nachschlagen (im Kommentar lässt sich demnach die Rezeption des Ursprungsrechts vervollständigen).

5. Das internationale Privatrecht (IPR) wird – im Gegensatz z. B. zu Armenien – in einem eigenständigen Gesetz vom Jahre 1998 geregelt.

Die privatrechtliche Gesetzgebung folgt nicht dem monistischen Konzept *(concept moniste).* Dementsprechend regelt das georgische Zivilgesetzbuch die herkömmliche Materie des Zivilrechts. Das georgische Zivilgesetzbuch ist folglich kein *code unique* – im Gegensatz z.B. zum neuen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch *(Nieuw Burgerlijk Wetboek).* In Georgien gibt es jedoch derzeit kein eigenständiges (autonomes) Handelsgesetzbuch (HGB). Die Regelung bezüglich der Handelsgesellschaften befindet sich in Einzelgesetzen.

Weitere Gesetze aus dem Bereich des Handelsrechts sind: das Gesetz über die gewerbliche Miete vom Jahre 1994 (die Miete von Ackerboden wird in einem Gesetz aus dem Jahre 1996 geregelt) und das Gesetz über das Pfandrecht aus dem Jahre 1994. Das im Jahre 1994 promulgierte Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Unternehmer und das aus dem Jahre 1996 stammende Gesetz über die Tätigkeit der Banken gehören ebenfalls zu diesem Regelungskreis.

6. Zu Georgien gehören zwei autonome Republiken (Abchasien und Adscharien) und ein autonomes Gebiet (Süd-Ossetien). Die autonome Republik Abchasien (*Apsny* bzw. *Abhazija*) erklärte seine Unabhängigkeit am 21. Juli 1992. Diese völkerrechtlich nicht anerkannte Entität hat im Jahre 1999 auch eine eigene Verfassung verabschiedet. Die Volksversammlung Abchasiens wurde im Jahre 1994 durch Georgien für aufgelöst erklärt. Das autonome Gebiet Süd-Ossetien *(Jugo Osetija)* erklärte seine Unabhängigkeit am 21. Dezember 1991.

In Süd-Ossetien fand am 12. November 2006 ein Volksentscheid (Referendum) über dessen Unabhängigkeit statt. Parallel zum Referendum d.h. Volksentscheid über die Unabhängigkeit wurde auch eine Präsidentenwahl abgehalten. Die Unabhängigkeit Süd-Ossetiens wurde aber international nicht anerkannt. Die Unabhängigkeitsbestrebung in beiden Entitäten hat – bis jetzt – keinen Einfluss auf die Privatrechtsordnung.

7. Römisches Recht wird an der Universität Tbilisi (auf Deutsch: Tiflis) seit dem Jahre 1920 ununterbrochen gelehrt. Das römische Recht wurde an der (staatlichen) Universität Tbilisi im Jahre 1920 von dem Begründer der Universität, dem bekannten, auch international anerkannten Historiker Ivane Javachishvili eingeführt. Zu erwähnen ist, dass er im Jahre 1929 zwei Bände über die Entwicklung des georgischen Rechts veröffentlicht hat. In diesem Werk stellt Ivane Javachishvili detailliert den Einfluss des *ius Graeco-Romanum* oder *ius Byzantinum* auf die Entwicklung des Privatrechts Georgiens dar.

Die Bedeutung dieses Lehrfachs, d. h. des Unterrichts der Geschichte und der Institutionen des römischen Rechts ist seit der Unabhängigkeit Georgiens in erheblichem Maße gewachsen. Dieser Umstand hat auch dazu beigetragen, dass im georgischen Zivilgesetzbuch (BGB) von 1997 den Instituten und der Terminologie des römischen Rechts eine bedeutende Rolle zukommt.

[6] Cl.-D. Schott, Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte [ZNR] 5 (1983) 121 ff.; A. Wacke, Quod raro fit, non observant legislatores: A classical maxim of legislation, in: J. Cairns / O. Robinson (eds.), Ancient Law, Comparative Law & Legal History, Essays in Honour of A. Watson (Oxford 2001) 393-398; A. Trombetta, La semplicitŕ della legge tra codice e sistema (Bari 2003).

Schrifttum

M. Kovalevskij: *Zakon i obic'aj na Kafkaze* (Moskva 1890); F. Holldack: *Zwei Grundsteine zu einer grusinischen Staats- und Rechtsgeschichte* (Leipzig 1907); W. E. D. Allen: *A History of the Georgian People* (New York 1932); A. Manvelichvili: *Histoire de Géorgie* (Paris 1951); D. M. Lang: *Last Years of the Georgian Monarchy, 1658–1832* (New York 1957); ders.: *A Modern History of Georgia* London 1962); C. Toumanoff: *Studies in Christian Caucasian History* (Washington D. C. 1963); D. M. Lang: *The Georgians* (London 1966); W. Bihl: *Die Kaukasus-Politik der Mittelmächte. I. Teil* (Wien/Köln/Graz 1975); *Transcaucasia. Nationalism and Social Change. Essays in the History of Armenia, and Georgia.* (Ed. by R. G. Suny, Ann Arbor 1983); *Zakony Vachtanga VI.* (Hrsg. von D. Purtseladze,) (Tbilisi 1980); V. Makashvili / D. Purtsiladze: *Juridiceskaja nauka v Akademii Grusinskoj SSR* (Tbilisi 1983); W. Bihl: *Die Kaukasus-Politik der Mittelmächte. II. Teil.* (Wien/Köln/Weimar 1992); F. J. M. Feldbrugge: Law of the Republic of Georgia, *Review of Central and East European Law* 18 (1992) S. 367-375.; M. M. Boguslawskij: *Die Rechtslage für ausländische Investitionen in den Nachfolgestaaten der Sowjetunion* (München 1993); H. Fähnrich: *Geschichte Georgiens von den Anfängen bis zur Mongolenherrschaft* (Aachen 1993); R. G. Suny: *The Making of the Georgian Nation* (Bloomington /Indiana 1994[2]); B. Zoidze / R. Kandelhard: Historical Fundamentals of the Civil Law Reform in Georgia. In *Recht in Ost und West 1997,* S. 41–46; E. Herzig: *The New Caucasus. Armenia, Azerbaijan und Georgia* (London 1998); R. Knieper: Legislative Draftsmanship, *Georgian Law Review, First Quarter,* 1998; S. Lammich / D. Sulakvelidze: Fundamentals in the Development of the Georgian Legal System since 1994, *Georgian Law Review, First Quarter,* 1998; B. Zoidze: The System of the Civil Code of Georgia, *Georgian Law Review, First Quarter,* 1998. S. 3–14; B. Zoidze: The Concept of Property in the Civil Code of Georgia, *Georgian Law Review, Second-Third Quarter,* 1998; B. ZOIDZE: The Influence of Anglo-American Common Law on the Georgian Civil Code, *Georgian Law Review,* 1999 S. 10–19; A. Kappeler: *Rußland als Vielvölkerreich. Entstehung, Geschichte, Zerfall* (München 2001[2]); R. Shengelia: Contract of Gift, *Georgian Law Review, First Quarter,* 2001; *Georgia. Current Issues and Historical Background* (Ed. by T. O. Sirap) (New York 2002); D. Braund: *Georgia in Antiquity. A History of Colchis and Transcaucasian Iberia 550 BC – AD 562* (Reprint) (Oxford 2003); S. Lang: Aktuelle Entwicklungen im georgischen Zivil- und Wirtschaftsrecht, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa* 12 (2003) S. 11–16; S. Lang / V. Lomidze / K. Scheffler: Georgisches Zivilgesetzbuch und das deutsche BGB, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa* 12 (2003) S. 370–373; H. Bölling: Das Sicherungseigentum an Immobilien nach dem georgischen ZGB (Teil 2). Zugleich eine Untersuchung zur lex commissoria im georgischen und deutschen Recht, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa* 13 (2004) S. 33–37; S. J. Lang (unter Mitarbeit von W. Oehler): Georgisches Aktienrecht, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa* 13 (2004) S. 329–334; R. Rosen: Georgia. *A Sovereign Country of the Caucasus.* (Hongkong 2004[3]); Chr. P. M. Waters: *Counsel in the Caucasus: Professionalization and Law in Georgia. Law in Eastern Europe.* (Gen. Ed. W. B. Simon) No. 54. (Leiden / Boston 2004); F. Adanir: *Osmanismus, Nationalismus und der Kaukasus.* Wiesbaden 2005; G. Hamza: Le développement du droit privé européen. Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne. (Budapest 2005). S. 84-87; G. Hamza.: New Trends of Codification of Civil (Private) Law in Central and Eastern Europe. In *International Symposium. International Cooperation in the Field of Legal Studies and an Agenda for Comparative Law Studies – Experiences of Legal Assistance to Countries in Transition – May 29, 2004. Tokyo, Japan.* Center for Asian Legal Exchange. Graduate School of Law. Nagoya University. (Nagoya 2005) S. 89–111; G. HAMZA: Le nuove codificazioni privatistiche nei Paesi dell'Est europeo: Continuitŕ e discontinuitŕ, *Vita notarile,* n. 3 (2006) S. 1209–1237; Zivilgesetzbuch Georgiens. Ins Deutsche übersetzt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung. (Hrsg. von der Deutschen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit). Zweite Aufl. (Tbilisi 2006) S. 368. www.gtz-law-caucasus.net; V. Soghomonyan: *Europäische Integration und Hegemonie im Südkaukasus. Armenien, Aserbaidschan und Europa.* (Baden–Baden 2007); G. Hamza: Die Entwicklung und Kodifikation des Privatrechts in den Staaten des Kaukasus, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio iuridica* 49 (2008) S. 5–22; G. Hamza: Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition. (Budapest 2009) S. 584-595; G. Hamza: Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano. (Santiago de Compostela 2013) S. 531–535.; D. Paitschadze: Zwischen Europa und Orient – eine gespaltene Identität, *GEORGICA Zeitschrift für Kultur, Sprache und Geschichte Georgiens und Kaukasiens* 36 (2014) S. 137-157. und A. Földi / G. Hamza: A római jog története és institúciói. (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts) 21. verb. und erw. Aufl. (Budapest 2016) S. 134 ff.

Understanding the Concept of ius naturale in Ancient Roman Law

Janos Erdődy *

Abstract

The views concerning the Roman law concept of ius naturale basically come into two groups. Some authors accept the existence of ius naturale as practically binding law, whereas others regard it a pure philosophical Gedankenexperiment. This twofold state of ideas on ius naturale are fuelled for the most part by the contemporary Meinungsklima, though primary sources also raise some important issues of interpretation, increasing obscurity of this notion. In this paper we set out to give a brief outline of the abstract approach and concept of ius naturale put forward by Ulpian at the beginning of the Digest. In addition, we also try to follow the reflections and evaluations by secondary authors on this topic, trying to collect the most common arguments and counter-arguments of this topic.

Keywords: *ius naturale; natural law; natura; naturalis ratio; natural reason; natural order; ius civile; ius gentium; Cicero; Ulpian.*

The topic of *ius naturale* has always been an interesting one, not only because of the diversity of primary sources and the plethora of secondary literature sticking to this notion, but also due to the fact that all works of secondary literature represent a particular interpretation of what is supposed to be considered as *ius naturale*. In the Roman thought *ius* is the normative expression of everything human beings are capable of drawing from the order of the surrounding world, from the regularity of *natura*.[1]

The Romans believed that *ius* itself could stem from human activity; it could equally be the result of artificial formation, a postulate of man's will. However, it is said to be "equally" so, which means this activity (legislation, that is) and its result were equally received and accepted amongst other sources of *ius*: and this is the point in which the debates related to *ius naturale* lie. Even if merely the works of contemporary literature is taken into account for the sake of transparency, it swiftly turns out that there are authors who deem *ius naturale* as an existing entity; moreover they regard this entity to be superior to *ius civile*, *ius gentium* and to *ius praetorium*, and generally speaking to all man-made norms. In other words, the norms of *ius naturale* will serve as a determinant of any other norms with regard to the normative content. For authors adopting this view, the term "equally" is incontestably inherent to the statement above. Yet, there's another group of scholars who regard *ius naturale* a pure academic doctrine (*Lehrformel*), but in addition, they even insist that resulting from its academic character, it's nothing else but an empty formula (*leerformel*).[2] They interpret Roman *ius* as the order of the sovereign, and they tend to content themselves with formulating minimal requirements vis-ŕ-vis such *ius*, which requirements are based on a formal concept of legality. However tempting it may be to deliver justice concerning this everlasting issue, we should guard against to try to solve this problem, and we would rather try resolving controversies, instead. It is common knowledge that legal sciences form a part of so-called "soft sciences", where different paradigms are free to flourish, and there's somewhat counter-productive to rank ideas and views in any hierarchy: the dichotomy of views must be accepted.[3] In accordance with all these considerations, it may seem clear that the author of this paper belongs to the first group of authors, thus we acknowledge the supremacy of *ius naturale* over any man-fabricated norm.

Regarding the Roman reflections concerning *ius naturale*, the text of the Digest gives a clear indication of the fact that the

* Dr. János Erdődy, PhD., Associate Professor, Faculty of Law and Political Sciences, Pázmány Péter Catholic University, Budapest, Hungary.

1 A good example of this may be the stratigraphy of the Law of the Twelve Tables, due to which tribal, sacral and legislative norms are distinctly separated. Cf. ZLINSZKY, J., *Állam és jog az ősi Rómában*. Budapest, 1997, p. 110–113. Legislative norms appeared for the most part in the form of *lex*, and they emerged from the specific needs brought about by a new Roman lifestyle. Its enforcement was granted by state authority stemming from the military-like power of the *magistratus*. In the ancient Roman state private affairs of private people were seldom interfered with by the state authorities. Such rare instances took place when extreme necessity urged the intervention for the sake of social peace. The reason for this approach was that state jurisdiction and enforcement was not based on customary practice, but predominantly on volunteer submission of the people, supported and amended by sacral backup. The need for the preservation of internal peace is doubtlessly reflected in the first table of the Law describing *legis actiones*, as well via the regulations pertaining to *parricidium*. In detail cf. WIEACKER, F., *Römische Rechtsgeschichte*. München, 1988, p. *passim*; ZLINSZKY, J., op. cit. p. 127–130.

2 A good example of this is given in the secondary literature by KASER, M., *Das römische Privatrecht*. München, 1971, p. 183., who believes that "[e]in bloßer Schulbegriff ohne höhere systematische Bedeutung ist auch ius naturale".

3 To this suffice it to have reference to BECHER, T. – TROWLER, P., *Academic Tribes and Territories. Intellectual Enquiry and the Cultures of Disciplines*. Buckingham, 2001, p. 33–36.

normative description of *ius naturale* stems predominantly from Gaius, Paul and Ulpian.[4]

A fundamental, repeatedly cited and widely analysed text at the beginning of the Digest outlines the concept of *ius naturale* according to which it is a kind of *ius* which *natura* teaches to all *animalia*.

Ulp. D. 1, 1, 1, 3 (1 inst.)

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri.

This excerpt is from Book 1, Title 1 "concerning *ius* and *iustitia*" of Digest, and a paraphrase of it with minor formal alterations was placed in Justinian's Institutes.[5] The very first statements related to this text pertain for the most part to its originality. With this regard suffice it to evoke the arguments by Perozzi, Beseler, or those by Albertario[6] who all emphasise the interpolated character of the passage, as well as the support given by Voggensperger and Waldstein respectively[7] when it comes to arguing for the substantial originality of this source. In this dispute it becomes clear that the representatives of the two opposing standpoints are practically barking up the wrong tree: basically they misinterpret one another's views giving a typical example of taking essential question for important ones, and vice versa. According to the arguments by Perozzi, Beseler and Albertario (and partially even Kaser) the whole concept of *ius naturale* is absurd and nonsense from its very first principles because they regard Ulpian's notion as a postclassical insertion, and they also take it for an object lesson reflecting a minority opinion of scholars of Greek philosophy. No doubt that such assertions are backed up by impressive language skills, incredible in-depth knowledge of the primary sources, and yet, despite the investment of all this immense intellectual potential they remain unaware of the fact that the substantial and structural originality of the text cannot still be doubted, as it is supported at several instances in the Digest.[8]

The way we see it, a first step towards the analysis of this text should be to examine how this excerpt fits the "surrounding" texts in the Digest, in other words the coherence of the context should be pointed out. At the beginning of the Digest, the renowned jurist, Ulpian first presents his approach of the notions *ius* and *iustitia* respectively, then with regard to *ius* his point of departure is to separate *ius publicum* and *ius privatum* from each other. In turn he describes their scope of applications; presenting the famous formula regarding *ius privatum* according to which "*[p]rivatum ius tripertitum est*", which means that *ius privatum* consists of three parts.[9] The connection between these *tria partes* could well be disputed, or even, if the term "*pars*" should stand for "*fons*" in this text.[10] Our answer for this latter question is a positive "yes". Even at this point it should be made clear that such a statement won't corrupt the sources, because in the statement "*privatum ius tripertitum est*" the term "*tripertitum*" reflects a formal, or in other words analytical approach of the question what further *subdivisio* is enabled within the scope of *ius privatum* under the *summa diviso* of *ius* into *publicum* and *privatum*. Ulpian himself immediately gives the answer to this question pointing out that *ius privatum* comes into three parts containing *ius civile*, *ius gentium* and *ius naturale*. All this would be, however, a simple analytical proposition, a mere classification in the absence of a parallel substantive concept, without which the whole idea would be *Schuleinteilung*, an object lesson of classification – with an elegant reference to Kaser's above cited term "*Schulbegriff*" concerning *ius naturale*. Still, all the previously enumerated sources show undoubtedly that the thesis statement "*privatum ius tripertitum est*" obtains its actual meaning due to the fact that all three *partes* receive their particular and peculiar content. It is all the more important, because (as Cicero point it out in connection with the interpretation of the concept of *res publica*) it is essential and paramount that the citizens aiming to achieve *utilitas communionis* should be united by *iuris consensus*.[11] This is the root, the reference point of *res publica* itself.[12] The starting passage of Gaius' Institutes is closely linked with this Ciceronian idea.

---

[4] Correspondingly cf. VOGGENSPERGER, R., *Der Begriff des ius naturale im römischen Recht*. Basel, 1952, p. 62.

[5] Cf. Inst. 1, 2 pr.: *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio: videmus etenim cetera quoque animalia istius iuris peritia censeri*. On these texts and on the role of *ius naturale* see also ERDŐDY, J., Le rôle de ius naturale dans l'antiquité et dans la formation contemporaine. In: *Iustum Aequum Salutare*, III (2016), p. 104–106.

[6] Cf. PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*. Roma, 1928, p. 91., and specifically footnote n. 2; BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*. Tübingen, 1910, p. 131., and p. 143.; ALBERTARIO, E., Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale. In: REGGI (ed.), *Studi di diritto romano*. Milano, 1937, p. 280. sqq.

[7] See also VOGGENSPERGER, R., op. cit. p. 64–65.; WALDSTEIN, W., Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen. In: TEMPORINI – HAASE (ed.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*. Berlin – New York, 1976, p. 80., as well as p. 83.

[8] Without trying to enumerate all sources, let us give some examples: Flor. D. 1, 1, 3 (1 inst.); Call. D. 1, 5, 24 (27 ad Sab.); Mod. D. 1, 7, 1 pr. (2 reg.); Paul. D. 4, 5, 7 pr. (11 ad ed.); Paul. D. 23, 2, 14, 2 (35 ad ed.); Tryph. D. 28, 2, 28, 1 (20 disp.); Call. D. 37, 4, 8, 7 (40 ad ed.); Paul. D. 38, 6, 4 (2 ad Sab.); Mod. D. 38, 10, 4, 2 (12 pand); Call. D. 50, 16, 220, 3 (2 quaest.). From the secondary literature cf. mainly MASCHI, C. A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*. Milano, 1937, p. 163–166.; VOGGENSPERGER, R., op. cit. p. 64.; WALDSTEIN, W., op. cit. p. 85–86.

[9] Cf. Ulp. D. 1, 1, 1, 2 (1 inst.).

[10] To this see also WALDSTEIN, W., op. cit. p. 83.

[11] As for Cicero's view on *ius naturale* cf. for instance HAMZA, G., Bemerkungen über den Begriff des Naturrechts bei Cicero. In: ROMANO (ed.), *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'etŕ romana alle esperienze moderne*. Napoli, 1997, p. 349–362.

[12] Cic. re p. 1, 39: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*. On this topic see in detail ERDŐDY, J., The Topicality of a Papal Speech. Refernces of Classical ius naturale in the Speech of Benedict XVI. In: SZABÓ – ÚJVÁRI (ed.), *Universitas „unius rei". Tanulmányok a római jog és továbbélése köréből*. Debrecen, 2014, p. 126. Specifically in connection with the Gaian text cf. PIZZORNI, R., *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*. Bologna, 2000, p. 136.; regarding the link between Gaius and Cicero see also ERDŐDY, J., op. cit. p. 102.

Gai. 1, 1 (= Gai. D. 1, 1, 9 [1 inst])
„Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. […]"

Each and every *populus* governed by *leges* and *mores* make use partly of their own law, partly of the one which is common to all men. With such an opening Gaius introduces the subtle differentiation between *ius civile* and *ius gentium*, which notions cover two out of Ulpian's threefold concept (*tria partes*). This is the point where the Ciceronian idea of *iuris consensus* is starting to take shape: these are the instrumental elements, or with another expression those carriers through which *ius* is manifested. Taking all these considerations into account facilitate the understanding the fact that in the statement "*privatum ius tripertitum est*" the term "*pars*" is used, because it provides the substantial side of *fons*. Beyond the formal-structural interpretation of *ius*, a substantial delineation of the very same concept is indispensable: this is what makes even early Rome a rule of law state.[13] An approach relying exclusively on formal and structural foundations would surely reverse the connection between the goal and the means towards it. Many instances are known in history when such an idea resulted in catastrophic results, to say the least.[14]

The logical next step in the course of analysis is to interpret the meanings of terms used in the above cited passages. There are three notable terms which are to be given a closer scrutiny, as follows: *ius*, *natura* and *animal*.

With regard to the term *ius* suffice it to have recourse to the interpretation carried out by Kaser, Zlinszky or even Mayer-Maly.[15] With a brief summary of these views it should be noted that *ius* on the one hand was an autonomous entity, and additionally highly different from *lex* which was truly a source of law, one particular bearer of *ius* itself. The term "*natura*" is best examined in the works by Voggensperger, Pellicer and Schambeck.[16] The term *natura* stems from the verb *nascor, nasci, natus sum*[17], which is semideponent bears such meanings as "be born", "stem from", "originate", "commence", "be created".[18] Consequently, the fact that Schambeck links this term with the creation (*Schöpfung – Schöpfungsordnung*) is fully comprehensible.[19] Interestingly, Pellicer starts his etymologic analysis from a farther node building up a connection with the nouns *natus* and *natio*, whence his conclusion to go back to the Indo-European root **gnā-*, from which all these words originate.[20] This approximation is all the more important, because Pellicer pays specific attention to the nouns ending "*-ūra*" collecting their possible meanings. As a result, he points out in the end that this suffix pronounces the result of an activity, besides denoting the activity itself.[21]

The last chosen term "*animal*" is also interesting, mainly because its close link with the expressions "*animus*" and "*anima*": from these connections it is beyond doubt that living entities are to be understood here in the scope of this term, and additionally such living entities which possess a soul: such an animating and vital principle that is inherent in all living entities, and endowing them in various degrees with different potentials (growth, reproduction, movement and response to stimuli in case of animals, etc.). But there's another potential, namely that of thinking, perception and evaluation, which appears in case of human beings, and this seems to be the only way to explain our complex and sensitive approach towards life and the world around us. Seneca the Younger, the stoic statesman, philosopher and dramatist covers the issue of *animus* in one of his letters to Lucillus.

Sen. Ep. ad Luc. 6, 58, 10
Sed quaedam animam habent nec sunt animalia. Placet enim satis et arbustis animam inesse. Itaque et vivere illa et mori dicimus. Ergo animantia superiorem tenebunt locum, quia et animalia in hac forma sunt et sata. Sed quaedam anima carent, ut saxa.

In his letter, Seneca has chosen to present the concept of *quod est* (τὸ ὄν), a notion which is used to describe everything that exists. Within its scope, each inherent *genus* could contain such entities, *quae anima habent*, and those *[quae] anima carent*.[22] As a result, this literary source gives a hint of the fact that the concept of *animus* was not a separated and fragmented one, but it was common knowledge, at least amongst those versed in the ideas of stoic philosophy.

The logical next step is to examine Ulpian's concept on *ius naturale*. The point of departure is the recognition of the fact that no other jurist apart from him approached the topic of ius natural so expressly, yet in such an abstract manner.[23] It is apparent from the first step of our scrutiny above that *ius naturale*,

---

13 On this cf. ZLINSZKY, J., op. cit. p. 24.

14 When it comes to the presentation of *Interpolationenkritik*, some fundamental works by Kaser and by Wieacker should by all means be referred to; such as KASER, M., *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*. Wien Graz 1972, p. mainly 80. sqq., as well as 94. sqq.; WIEACKER, F., Textkritik und Sachforschung. Positionen in der gegenwärtigen Romanistik. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, XCI (1974), p. 1–40. Relating to this, issue another overview on the textual criticism could be cited here, cf. SCHILLER, A. A., *Roman Law. Mechanisms of Development*. 1978, p. 62–72., specifically pp. 67–70.; and as for the method of *Interpolationenkritik* cf. e. g. KUNKEL, W. – SCHERMAIER, M. J., *Römische Rechtsgeschichte*. Köln – Weimar – Wien, 2005, p. 218–221.; STEIN, P., *Roman law in European history*. Cambridge, 2001, p. 170.

15 Cf. KASER, M., *Das altrömische ius*. Göttingen, 1949, p. *passim*; ZLINSZKY, J., op. cit. p. 30. sqq.; MAYER-MALY, T., Juristische Reflexionen über ius I. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, CVII (2000), p. *passim*.

16 Cf. VOGGENSPERGER, R., op. cit. p. 61. sqq.; PELLICER, A., *Natura. Étude sémantique et historique du mot latin*. Montpellier, 1966, p. 207–225.; SCHAMBECK, H., *Der Begriff der „Natur der Sache". Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*. Wien, 1964, p. 32–37.

17 See correspondingly FORCELLINI, E. – FACCIOLATI, J., *Totius Latinitatis lexicon*. Schneebergae, 1945, s. v. "natura"; Oxford Latin Dictionary s. h. v.; ERNOUT, A. – MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*. 1951, s. v. "nascor"; SCHAMBECK, H., op. cit. p. 32.

18 Cf. FINÁLY, H., *A latin nyelv szótára*. Budapest, 2002, s. v. "nascor".

19 SCHAMBECK, H., op. cit. p. 32–33.

20 Cf. PELLICER, A., op. cit. p. 59–60.; and see correspondingly FINÁLY, H., op. cit. s. v. "gnatus".

21 PELLICER, A., op. cit. p. 63–64.

22 On this see also FRIVALDSZKY, J., *Természetjog – eszmetörténet*. Budapest, 2001, p. 45–46.

23 Correspondingly cf. VOGGENSPERGER, R., op. cit. p. 65.

just like *ius civile* and *gentium* is a true source of *ius privatum*. Our second step showed that all living creatures bearing a soul are subject to this *ius*, whereas *ius civile* and *gentium* (as properly presented by Gaius) binds exclusively peoples, communities governed by *leges* and *mores*. Thus, the hierarchy between these three *partes* or *fontes* of *ius* is apparent: suffice it to imagine the circles of subjects as batches to comprehend that neither the rules of *ius civile*, nor those of *ius gentium* would ever be able to refute or negate *ius naturale*. Not only does this mean that *ius naturale* would be an element or a source of *ius*, or more specifically of *ius privatum*, but it becomes a decisive factor of the inherent content of *ius* itself.[24] Therefore, Ulpian's threefold classification does not simply confine itself to bringing *ius naturale* within the framework of Roman *iuris prudentia* via providing a theoretical-conceptional foundation for this notion, but at the same time, it also declares the supreme and superior position of *ius naturale* at a time.[25]

As for the inherent content of *ius naturale*, Voggensperger emphasises that Ulpian differentiates between his three layers or circles of *ius* on the basis of the scope of their subjects: *ius naturale* is applicable to all living creatures, *ius gentium* is applied to peoples and *ius civile* is relevant in terms of states.[26] He then draws the conclusion that *ius naturale* was a kind of set of norms for Ulpian which stems directly from the animal instincts of human beings, and this set of norms is manifested through instinctive animalic or even brutish impulses and inclinations. This latter assumption is based on the several instances of the text, such as the union of male and female, or the procreation and rearing of children. However, as soon as we give a closer examination to Voggensperger's idea in comparison to the primary sources, it quickly turns out that his description of the subjects of the three layers of *ius* is rather vague. This vagueness is the consequence of a misinterpretation (or rather over-interpretation) of the relevant texts by Ulpian and Gaius. This over-interpretation is clearly indicated by the fact that Ulpian's statement on *ius naturale* has nothing to do with the common nature of men and animals, or beastly instincts of men. All he states is that *ius naturale* as a set of norms is applicable to all *animalia*. Therefore, the link between the terms *animal* on the one hand, and *anima*, *animus* on the other gains elevated significance. Moreover, the way Voggensperger sees it, *ius gentium*[27] is observed by all peoples („allen Völkern gemeinsame[s] Recht"), yet the Gaian text asserts instead that this set of norms is used by all peoples goverened by *leges* and *mores* (*omnes populi qui legibus et moribus reguntur*).[28] Similarly, *ius civile* is also observed by the very same subjects, thus the difference between these two latter set of norms cannot be found via the comparison of the subjects; the dissimilarity must lie in another factor. And this factor is the origin of these two: *ius gentium* comes from *naturalis ratio*, whereas *ius civile* is a result of human activity, thus its source is mankind.[29]

When referring to the common nature of men and animals, Voggensperger thus emphasises that the union of male and female, the procreation and rearing of children, and other instinctive activities characterise both men and animals. In addition to this, however, men (as generally driven by reason) implement these instinctive activities to the legal sphere; thus all these become *matrimonium*, *educatio*. The way he sees it, the law of nature is interpreted here extensively: every living creature is subject to this law – regardless to the level of their intelligence.[30]

It is Ulpian himself who tells men from animals from the point of view of *ius*, when he claims in one of his responses, *non enim potest animal iniuria fecisse*, precluding such an interpretation according to which men and animals were legally alike.[31] As a justification he reasons that animals lack intelligence (*sensu caret*). Interestingly, despite the recurring reference to *naturalis ratio* meaning natural reason[32], Ulpian declares in this excerpt that *animal sensu*, instead of asserting *ratione caret*.[33] Consequently, Ulpian seems to acknowledge two different kinds of *ius naturale*. The confusion again goes back to the works by Cicero who systematically melds these notions.[34] Most issues of mis-

[24] A similar idea is presented by Aristotle in his Nicomachean Ethics; Arist. Eth. Nic. 1134 b "τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαίου τὸ μὲν φυσικόν ἐστι τὸ δὲ νομικόν, φυσικὸν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μή, […]". Additionally see on this SENN, F., De la distinction du ius naturale et du ius gentium. In: SENN (ed.), *De la justice et du droit*. Paris, 1927, p. 59; VOGGENSPERGER, R., op. cit. p. 71–72; ERDŐDY, J., op. cit. p. 105–106.

[25] Correspondingly cf. VOGGENSPERGER, R., op. cit. p. 65.

[26] Cf. Ibid. p. 65–66.

[27] Ibid. p. 66.

[28] It should be noted that Senn in his magnificent work interprets the approach of *ius gentium* that this set of norms is applicable to people forming a society, forming a nation; where this latter is a nice example of the *Meinungsklima* of the 1920 s, yet by Roman standards it is fully unacceptable mainly due to its anachronism. In detail cf. SENN, F., op. cit. p. 58.

[29] Voggensperger applies a proper phrase in the scope of the analysis of *naturalis ratio*, when he describes it as "die innere Logik der Dinge". Cf. VOGGENSPERGER, R., op. cit. p. 104.

[30] Cf. Ibid.66. Similarly, see also SENN, F., op. cit. p. 65–69., whose view again clearly reflects the spirit of his times.

[31] Cf. Ulp. D. 9, 1, 1, 3 (18 ad ed.): *Ait praetor „pauperiem fecisse". pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*. See also SENN, F., op. cit. p. 72; VOGGENSPERGER, R., op. cit. p. 68.

[32] Cf. as "natürliche Vernunft" in German, "raggione naturale" in Italian, or "rasion naturelle" in French.

[33] According to Forcellini, the noun *sensus* derived from the verb *sentio* is "*facultas animi, qua per corpus objecta sensilla percipit*", hence it overlaps the term αἴσθησις in Greek philosophy. The material or tangible references reflect this concept, whereas the abstract meanings start from the definition "*[g]eneratim sumitur pro ipsa mente, ratione aut usu rationis*", the example of which is the above cited Ulpian-passage. Cf. Forcellini s. v. "sensus".

[34] Cf. Cic. de fin. 3, 67: *Et quo modo hominum inter homines iuris esse vincula putant, sic homini nihil iuris esse cum bestiis*. Cic. de re p. 3, 18: *At nec inconstantiam virtus recipit, nec varietatem natura patitur, legesque poena, non iustitia nostra comprobantur; nihil habet igitur naturale ius; ex quo illud efficitur, ne iustos quidem esse natura*. Cic. de off. 3, 23: "*Neque vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri […]*". Mainly this latter phrase "*ius naturale, id est ius gentium*" is very ambiguous, and this isn't its only appearance in primary sources. Given its doubtful and uncertain character, secondary literature is unable to properly evaluate this concept of uniting notion.

interpretation with regard to *ius naturale* arise from the fact that the jurists of classical times approached *ius naturale* as a set of norms in the context of a particular question, while Cicero (in the role of "der große Popularisator der stoischen Philosophie") wanted to create an idol: he wanted to outline a natural law thinking as the uniform norm of the ever right, fair and just. A very good example of this is presented by the fact the he is the first one to refer to *ius naturale* as transcendent.[35]

Finally, what consequences could be drawn from this brief synopsis of the concept of *ius naturale*? Primarily, the notion handed down by Ulpian is indicates a legal concept of *ius naturale*: its link with nature (manifested in the requirements imposed upon men as ones being inherent, in other terms stemming from nature) is implemented to *ius*. All necessary and constantly realised conditions of men and animals, which happen to be physiologic and biologic responses, are nothing more and nothing less than social realities originating from nature itself. It's a cognitive experience of men that societies as human communities surely react to such necessary conditions, raising them to a social level. If a community is governed by *leges* and *mores*, then in accordance with the threefold classification of Gaius *ius naturale* reaches the level of *ius gentium* and *ius civile* respectively, definitely determining the actual content of the latter two. Contrary to the view by Voggensperger, who considers *ius gentium* a general, unwritten law, and *ius civile* as a written positive one, we deem that the differentiation lies in the concept of *naturalis ratio*.[36] Though Voggensperger's arguments aren't contrary to the sources, he's interpretation of the differences between *ius civile* and *gentium* is still seems somewhat simplifying. Yet, he is one author to properly recognise the importance of Ulpian and his work, when he realises that it was this master jurist to raise natural law thinking to the rank of *ius*, just like in turn Cicero had done the same with the concepts and achievements of stoic philosophy in Rome.[37] At the beginning of his own institutes, Ulpian probably wanted to lay down the cornerstones of his idea of *ius*, this is the most probable reason why his concept of *ius naturale* is far more abstract than those of his contemporaries.[38] Still, when comparing the content of the classical views on *ius naturale*, it quickly turns out that their core idea goes back to the very same root.

[35] Cf. VOGGENSPERGER, R., op. cit. p. 74., as well as pp. 77–78. A good example of this could be Cic. de inv. 2, 161: *Naturae ius est, quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis insevit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem*. Similarly, Cic. de off. 3, 27: *Atque etiam, si hoc natura praescribit, ut homo homini, quicumque sit, ob eam ipsam causam, quod is homo sit, consultum velit, necesse est secundum eandem naturam omnium utilitatem esse communem. Quod si ita est, una continemur omnes et eadem lege naturae, idque ipsum si ita est, certe violare alterum naturae lege prohibemur. Verum autem primum; verum igitur extremum*. These two texts are all the more important, because from their comparison a statement by Álvádo D'Ors becomes apparent, namely that he blames the whitewash of differences between *lex* and *ius* on Cicero, which also left improperly handled or misunderstood by secondary authors. In detail cf. D'ORS, Á., *Parerga histórica*. Pamplona, 1997, p. 116–117.

[36] Cf. "Naturrechtliches ist seinem Wesen nach ungeschriebenes Recht, allgemeines Recht und liegt daher sowohl dem *ius gentium* wie dem *ius civile* als dem geschriebenen positiven Recht zugrunde". VOGGENSPERGER, R., op. cit. p. 84. In the primary sources see Ulp. D. 1, 1, 6, 1 (1 inst.): *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos:* τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι.

[37] Cf. Ibid. p. 77.

[38] Correspondingly see ibid. p. 83.

Public Construction Projects and Public Funds in the Roman Republic

Csaba Szilovics *

Abstract

This paper studies the social and legal background of public constructions of antique Rome in the era of the Roman Republic. Being a financial lawyer, I was intrigued to find out more about the ancient rules of using up public funds and what corruptive and cultural influences shaped these procedures. I was also interested in finding similarities between past and present public procurement practices. In my work, bedsides the original sources, I used the monographs and summative studies of contemporary authors as well as my own expertise acquired as a public procurement consultant.

Keywords*: public construction; corruption; public procurement; causing damage to the state; Roman public law; ancient Rome.*

The ancient Romans strived to develop a transparent and controllable public finance system with a remarkable determination. Works by the authors of the antique world and archaeological fragments preserved a relatively large number of data and information from this important field of public law. In my paper, I am giving an overview of the public-construction activity of the Roman Republic from urban planning to the implementation of construction works. In order to provide an accurate presentation of this process, sometimes, I had to go back to the age of Etruscan kings and the period of the Principate.

I. On the Social Context

The centre of ancient Rome was made up of impressive buildings whose construction and use was fundamentally influenced by the Romans' vision of the function and mission of the state. It was based on the principle that public institutions intended for public use were established and operated from public funds for the benefit of the citizens free of charge. This role, however, as far as its content is concerned, was fundamentally different from how states are functioning today. German economist, Adolph Wagner, observed as early as in in the 19th century that the tasks of states tend to expand over time, and they assume new functions, such as public and higher education, social care, economic development etc. In antique Rome, despite its overall high level of development, the concept of public role was interpreted in a much narrower context than today. In the 1st century AD, the city boasted more than a million inhabitants, highly developed infrastructure and public services in the areas of public boarding, public security, entertainment and property security. At the same time, it had no mayor, city council, city planning committee, public health systems, public education, public hospitals, public transportation, prison, or homeless shelters.[1] Even public postal services were established as late as in the 2nd century A.D. by Hadrian.[2] This narrow-minded attitude in terms of public services left a mark on quite a number of public buildings. Buildings intended to public services with non-sacral function can be classified as follows: constructions of welfare and social purposes (public baths, canals, water pipes, public rental housing); buildings for defense purposes (castle walls, forts, barracks); buildings intended for commercial and public transport (roads, bridges, warehouses, market halls); entertainment and cultural purposes (circuses, theatres, amphitheatres); and finally, government buildings (palaces, courts, forums). However, Rome was primarily a sacred state, which is a feature bearing higher importance than those of the previous characteristics. Every aspect of its operation and public right were intertwined with religious functions and rituals. This duality shaped the contemporary public buildings and through them the image of the city. Many of Rome's famous buildings such as the *Forum Romanum*, the *Capitolium*, the *Pantheon* and the Temple of Peace (*Templar Pacis; Forum Vespasiani*) were operated both for community use and for official purposes.[3] A considerable part of he public buildings functioned originally as a church, such *Curia Hostilia*, later seat for the *Senate*'s meetings, or *Atrium Libertatis*, the office buildings for censors. The Roman treasury and archives functioned for several centuries, until the reign of Augustus, in the Temple of Saturn.[4] Similar duties were attributed to the priests of the *Ceres Church*[5] as

* Dr. habil. Csaba Szilovics, Head of Department of Financial Law, Faculty of Law, University of Pécs, Hungary.

1 TAYLOR, R. – RINNE, K. W. – KOSTOF, S., *Rome. An Urban History from Antiquity to the Present.* New York, 2016, p. 115.

2 FERENCZY, E. (ed.), *Historia Augusta.* Budapest, 1968. p. 33.

3 ROBINSON, O. F., *Ancient Rome. City Planning and Administration.* London, 1992, p. 47.

4 PÓKECZ KOVÁCS, A., *A principátus közjoga*. Budapest, 2016, p. 98.

5 ZLINSZKY, J., *Ius publicum. Római közjog*. Budapest, 1994, p. 136.

well, as the decrees by the *Senate* were preserved here.[6] The Church of Janus had a sacred and political assignment at the same time, the gate of which indicated the state of peace or war. The commander-in-chief of the armies setting out for a campaign was obliged to open it, whereby he proclaimed the state of war.[7] The same characteristic function was manifested in the use of basilicas. A basilica could originally be a royal residence, besides, it was often the venue for financial transactions, while it could also be a church or be used for jurisdiction, but it could also accommodate the people's assembly.

2. Urban planning in ancient Rome

Taking a closer look at the development of the city of Rome, one gets a controversial picture. There is no doubt that the Romans had conscious urban planning strategy at many stages of ancient Rome.[8] They were aware of the ideas presented in Aristotle's "Politics" and often followed them. The traces of these principles were found by archeologists in the *colonia*-s developed during the Roman Republic.[9]

The Romans had the advanced engineering and land surveying skills needed for urban development. They were able to build even eight-storey residential buildings, stadiums with the capacity of 50,000 spectators, hundreds of miles of aqueduct systems, complex harbours and challenging bridges. They were able to calculate the drinking water, drainage network and road transport needs for the population. Although they were not aware most of the modern urban-development principles of grid street plan, boulevards, and did not recognize the importance urban decentralization, they were able to drain the marshes, pave the roads, surround their settlements with fences, and erect bridges to span over their rivers. In the course of the construction work, they observed detailed fire-safety, evacuation and lighting regulations. When designing the public road network, the site, function and expected traffic as well as traffic safety were taken into account. It is known from the surviving fragments, that the maintenance, cleaning of streets and the use of public spaces were regulated.[10] Similarly strict rules were laid down for private constructions as well. As Vitruvius writes in his *De architectura*, architects had to take into account the conditions of a healthy environment, water supply, sewerage and fire safety.[11]

In order to meet the challenges involved in these public tasks some new official positions were established within the municipal administration. Thus, *aediles curules* included in *magistratus minores*, elected after 367 BC are to be highlighted. Their responsibilities included, among other things,[12] overseeing public order and the order of public constructions.[13] In the administration of *Urbs*[14] the function of *praefectus urbi*,[15] a senior municipal official gradually taking over city administration and management roles of the *aediles*,[16] emerged presumably as early as at the end of the Republic era or even earlier, as well as the office of *praefectus vigilum*[17] at the rise of Pricipate, who were responsible for performing fire-safety tasks. Nevertheless, the formation of the city was not characterized by organization, but by organic, uneven development. In this process, accidental events might have often played a significant role. The image of *Urbs* was transformed by fires, the destruction of ward and the taste of some wealthy citizens to at least the same degree as conscious planning: the architectural development of the city was therefore rather hectic. Researchers have identified a number of periods when a veritable building fever broke out in Rome or, on the contrary, every investment ceased. The first great era of public construction projects related to the Etruscan kings who brought a number of foreign visitors to Rome, including craftsmen, builders, entrepreneurs and day labourers.[18] They became the workforce for the Etruscan kings who built the first walls, canals, roads and churches of the city in the 6th century Bc. Subsequently, in the fifth century Bc., the city saw a general impoverishment and all major construction projects ceased.[19] The new period of booming in terms of public constructions dates back to the 3rd century BC, the age of the formation of the Roman Empire. The primary sources testify a construction boom at the time of the Second Punic War, when 21 new temples were erected between 200 BC and 133 Bc.[20]

---

[6] PÓKECZ KOVÁCS, A., *A királyság és a köztársaság közjogi intézményei Rómában*. Budapest – Pécs, 2014, p. 52.

[7] ZLINSZKY, *Ius publicum. Római közjog* (cit.), p. 174.

[8] ROBINSON, *op. cit*. p. 14.

[9] OWENS, E. J., Roman town planning. In: BARTON, I. M. (ed.), *Roman Public Buildings.* Exeter, 1989, pp. 7-30; SWEETMAN, R. J. (ed.), *Roman Colonies in the First Century of their Foundation*. Oxford, 2011.

[10] Tab. Heracl. 20-55.

[11] *See*, *for example* Vitr. 1,1,10: *Disciplinam vero medicinae novisse oportet propter inclinationes caeli, quae Graeci κλίματα dicunt, et aeris et locorum qui sunt salubres aut pestilentes aquarumque usus; sine his enim rationibus nulla salubris habitatio fieri potest…*

[12] On the powers of supercising fairs, bearing significance in terms of privat law, *see* JAKAB, É., *Stipulationes aediliciae (A kellékhibákért való helytállás kialakulása és szabályai a római jogban)*. [Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Jur. et Pol., vol. 44, Nr. 7], Szeged, 1993, pp. 33-43.; KURYLOWICZ, M., Zur Marktpolizei der römischen Ädilen. In: Zabłocka, M. (ed.), *Au-dela des frontieres. Mélanges de droit romain offerts ŕ Witold Wołodkiewicz I*. Warszawa, 2000, pp. 439-456. Concerning seller's liablity for defects, in the latest domestic literature, *see* JUSZTINGER, J., *A vételár a római adásvételnél*. Budapest – Pécs, 2016, pp. 113-115.

[13] For the scope of responsibilities of an *aedilis curulis*, int he domestic literature, *see* JAKAB, É., Aediles curules (Róma rendészeti igazgatása és ennek hatása a magánjog fejlődésére). In: *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Jur. et Pol.*, vol. 40, Nr. 9, 1991, pp. 131-155.

[14] MASKIN, N. A., Az ókori Róma története. Budapest, 1951, p. 300.

[15] CSOKNYA, T. – JUSZTINGER, J., A római jog történetének alapfogalmai. In: CSOKNYA, T. – JUSZTINGER, J. (eds.), *A római jog alapfogalmai*. Budapest – Pécs, 2016, p. 29.

[16] FÖLDI, A. – HAMZA G., *A római jog története és institúció*. Budapest, 2015, p. 49.

[17] PÓKECZ KOVÁCS, *A principátus közjoga* (cit.), pp. 111-114.

[18] ZLINSZKY, J., *Állam és jog az ősi Rómában*. Budapest, 1996, p. 38.

[19] Ibid. p. 40.

[20] BAJÁNHÁZY, I., *Az állami pénzügyek a római köztársaságban*. Miskolc, 2014, p. 26.

The loot gained at successful conquests and the tax revenues from the new *colonies* brought about a wealth of source in the period concerned. Some major public construction projects including, roads, bridges, and religious buildings were launched.[21] Subsequently, in the 1st century AD, as a result of the activity of the Gracchuses, infrastructure developments continued, and they[22] gained a new momentum in earnest in the era of the principality.

3. What was the reason for the lack of conscious development?

According to Polybius, the most important permanent expenditures of the state included the construction and maintenance of public buildings,[23] and as early as in that age, detailed regulations were established on public constructions and public spending. Nevertheless, no evidence of conscious urban development or evidence of organized economic management have been found in terms of the period under review. The reasons for this might have been the following:

1. No long-term and predictable budget planning was seen throughout the whole era. The launch of public construction works, similarly to the fulfilment of other public tasks, was fundamentally determined by the actual state of the treasury, and the expected foreign policy events (e.g. wars).[24] he funds that could be spent on public construction projects seemed to have been provided by a successful warfare or campaign and the resulting loot. In Rome, most of the loot went to the state and the *Senate* had a disposal of it. According to Knapowski, the treasury accountancy system itself was created as a result of the successful war against the Samsis in the 3rd century AD, and the processing of the rich loot by the treasury.[25] In the Republican system, root remained one of the most important community revenue. Many researchers have confirmed that public buildings were usually constructed from loots.[26] This practice continued in the imperial age as one of the most famous Roman buildings, the Colosseum (*Amphitheatrum Flavium*), which was completed in 80 AD, was largely build from the plunder of the successful British and Jewish campaigns of Vespasian and his son, Titus. This way of financing did not apply to votive temples which were raised in crisis situations as a gesture of prayer.[27]

2. The second decisive factor contributing to the volatility of public construction projects, was the role of private capital. In this era, it became in fact a common practice that officials and wealthy citizens, on the ground of public interest or family traditions, or merely as an awareness-raising gesture, using their own capital, embarked on the construction of new public buildings or the renovation of old ones. Thus, in the 1st century AD, Aemilius Paullus had the basilica (*Basilica Aemilia v. Paulli*), which had been erected by his family, restored at his own expense.[28] It was common for wealthy citizens to erect statues, chapels and basilicas in public areas, but, as far as financials are concerned, these investments were not significant. One must realize that in the age of the republic the differences in wealth between citizens were not really considerable for a long time. The financial situation of state leaders elected for short-term and their subordinates did not differ considerably. Only Sulla, elected dictator of Rome, had both ambition and money at the same time, as he offered 3000 talents from the plunder of the war against Mithridates to renovate not only some buildings, but the heart of Rome, the *Forum* as well.[29] After that, it was Caesar who first had a concept for the reconstruction of Rome, but not much of it did materialize. In the era of the Principate, every emperor, as the first citizen of the nation, tried to leave their mark on the city through their building projects. As Augustus erecting a series of public buildings phrased it, "I have inherited a Rome built of brick and left behind a city of marble".[30] Most of the princepses did not only embark on construction projects themselves, but they also encouraged citizens to raise public buildings from their own capital or have the old ones renovated. In that spirit, Augustus agreed Statilius Taurus to raise an amphitheatre partly of stone, Cornelius Balbus to build a Theater, and Marcius Philippus to renovate Hercules' temple.[31] In the 1st century BC, it became commonplace that private individuals had churches and other public buildings erected and handed them over for public use. This kind of generosity has become fashionable. In 22 BC Aemilius Lepidus - son of Paullus - renewed the Basilica Paul at his own expense. According to Ulpian, Claudius encouraged this practice so that the rich Romans could have create a good image of themselves.[32] The example seen at the city of Rome was largely followed in the colonies and provinces, until finally, this type of investments had to be regulated and restricted.

2. One of the possible reasons for uneven city development is that the Romans had a very respectful attitude to their built legacy. As Livy noted, the Romans did not take advantage of the destruction of the Gaul invasion in 390 BC in order to create more modern, more open spaces.[33] They approached the task of reconstruction in a religious and extremely conservative

[21] PÓKECZ KOVÁCS, *A királyság és a köztársaság közjogi intézményei Rómában* (cit.), p. 69.
[22] Ibid. p. 103.
[23] Polyb. 6,13,3.
[24] BAJÁNHÁZY, *Az állami pénzügyek a római köztársaságban* (cit.), p. 27.
[25] KNAPOWSKI, R., *Der Staatshaushalt der Römischen Republik*. Frankfurt am Main, 1961, pp. 4-5.
[26] MALMENDIER, U., *Societas Publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*. Köln – Weimar – Wien, 2002, p. 38.
[27] 36 temples of this kind was erected in the era of the Roman Republic. Cf. ROBINSON, *op. cit*. p. 48.
[28] Ibid. p. 49.
[29] Ibid. p. 16.
[30] SCARRE, Ch., *Római császárok krónikája*. Budapest, 2008 p. 22.
[31] Tac. *Ann*. 3,72.
[32] D. 50,10,2 pr. (*Ulpianus Ulpianus libro tertio opinionum*): *Qui liberalitate, non necessitate debiti, reditus suos interim ad opera finienda concessit, munificentiae suae fructum de inscriptione nominis sui operibus, si qua fecerit, capere per invidiam non prohibetur.*
[33] Liv. 5,55.

way. This can be explained by the fact that descent in Roman society had many direct and important family-law and political consequences. This is the reason why they sought to preserve ancestral relics and buildings. In this spirit, Veii, destroyed in the fire in 64 ADBC, was completely rebuilt in its old form.[34] They also strived to preserve family memorials, villas, statues and temples in their original form.

3. As a possible practical reason for the lack of conscious planning, Robinson mentions the frequent change and brief mandate of city officials.[35] The offices of the republics in this era could be filled for one year in accordance with the annuity principle, and even *censors* were elected for only 18 months.[36] The efficiency of the magistrates was further undermined by the practice that had been introduced to control the officials. Usually, not one, but two elected officials held the same function simultaneously, who could review and monitor each other's actions and activities (*collegialitas*).[37] As a consequence, they could not plan for long-term, and even the approval and implementation of their short-term decisions was uncertain. They were vulnerable to the electoral bodies, control mechanisms and constant social pressure anyway.

4. Greek influence on the rules of implementation of public construction projects

In Rome, all legal relationships concerning the State were part of *ius publicum*. Although not every detail of this law is known as accurately as private law, there is enough source material to get an overview on the use of public funds in the period concerned.

The first thing one can establish about the characteristics of Roman public construction projects in the republic area is that there are considerable Greek influence in the implementation of the procedure, the management of publicity and in the monitoring system of public constructions.

In Athens, the principal body responsible for managing public finances and the manager of the public construction projects was the Council (Bulé), which also performed tasks related to the construction and maintenance of public buildings.[38] Monitoring of the construction was supervised by the commissioner elected by the people's assembly in co-operation with the senior architect (*architecton*). The work was implemented based on a public contract in the framework of a tendering procedure. The public construction procedure was made public from the announcement through auditing to the accounting.[39] These solutions obviously had a significant impact on the system of Roman public constructions. As noted by Greek historian and speaker, Dionysius of Halicarnassus (Διονύσιος Ἀλεξάνδρου Ἁλικαρνᾶσσεύς),[40] Postumius Cominus consul entered into a contract for the construction of a few temples as early as in 493 Bc. There are good reasons to assume that these contracts bore the typical characteristics of that of the Athens' ones.[41] The main elements of the Greek procedural order can also be found in the Roman practice.

5. Preparation and launch of public construction projects

The management of public works and public funds primarily belonged to the scope of responsibilities of the senate.[42] This body could have decided on public funds, but could also refuse their payment. The *senate* defined the types of investment, their date and the necessary budget. Treasury payments required to carry out the construction were fulfilled by the *quaestor*[43] who was aware of the budged and took it into account. This task today is called assignment right. Although *quaestor urbanus* was the keeper of the key of the treasury, he could only make payments with the permission of another *magistratus*.[44] The actual control of the construction, the monitoring of the use of public funds was performed by *censors*.[45] However, *censors* were obliged to cooperate with *quaestors* and thus could not exceed the predetermined amount, they could not spend more money on the construction than planned without the Senate's permission. Plans for non-sacral public constructions could be submitted to the senate by the censor himself. In the case of building a temple, he was obliged to request permission from the senate. Other officials, including *Consuls* and *Praetors*, generally refrained themselves from construction work and proceeded solely according to the Senate's approval.[46] The Senate voted for an amount dedicated to public construction projects and maintenance for the censors' term of office and provided it through *Quaestors*.[47] This amount may have changed on an annual basis, for example, in 169 BC, the senate reduced the amount of funding to the half of the yearly sum. In addition, the Senate had the right to instruct magistrates to perform certain tasks, raise buildings, and erect statues. Probably, magistrates, who would

34 Tac. *Hist*. 4,53.
35 ROBINSON, *op. cit*. p. 15.
36 Cf. BENEDEK F. – PÓKECZ KOVÁCS A., *Római magánjog*. Budapest – Pécs, 2017, p. 24.
37 Liv. 3,70.
38 SOÓS A., Közbeszerzés Athénban és Rómában – középítkezésekkel kapcsolatos szerződések az ókorban. In: ÁDÁM, A. (ed.), *PhD-tanulmányok*, vol. 7, Pécs, 2008, p. 323.
39 Concerning the Greek influence on the managements of funds by the Romans *see* ANDREAU J., *Banking and business in the Roman worsee* Cambridge, 1999, pp. 140-142.
40 DH 6,17,2.
41 SOÓS, op. cit. p. 328.
42 For an overview of the Senate int he era of the Roman Republic, *see* BONNEFOND-COUDRY, M., *Le sénat de la république romaine. De la guerre d'Hannibal ŕ Auguste: pratiques délibératives et prise de décision.* Rome, 1989.
43 For the concept of the office of a *quaestor* belonging to *magistratus minors*, *see* CSOKNYA – JUSZTINGER, op. cit. p. 26.
44 BAJÁNHÁZY, I., Peculatus-perek a Római Köztársaságban. In: *Publicationes Universitatis Miskolcinensis. Sectio Jur. et Pol.*, vol. 35, 2017, pp. 21-22.
45 For the magistrate of a *censor, see* EL BEHEIRI, N., Die römische Zensur. Ein eintwicklungsgeschichtlicher Abriss. In: *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae*, vol. 44, Nr. 1, 2004, pp. 47-98.
46 ROBINSON, op. cit. p. 48.
47 Liv. 40,46,16.

summon the senate's meetings and determined their agenda, could have had a task-assigning,[48] and initiating role in case the censor's office was vacant.[49] Based on the approved list of tasks and the budget granted, censors informed the community and entrepreneurs about the investments planned by means of public announcement. *Aediles curules*es were also involved in the preparation, execution and monitoring of construction works. Since they were originally guardians and managers of assets placed in temples, they could have had some knowledge on financial transactions. They could not initiate public constructions, but they could check the implementation and compliance with the relevant regulations and also have a role in maintaining the infrastructure. In the late republic era, when censorship began to decline, the range of activities of *aedilis*es were expanded with the tasks of town administration, including the management of public constructions,[50] whereas in some cases it was the *praetor urbanus*' obligation to supervise of the contracts of previous construction works.[51]

6. Auctions

The actual launch of a construction could only take place after the successful completion of the preliminary and open auction procedure. Stakeholders were most likely to find out about auctions by means of public announcement, their place and time was communicated by a public announcer (*praeco publicus*) and the announcement was often published in written form as well.[52] Auctions took place at the predetermined location. A professional auctioneer was responsible for the regularity of the procedure. The acceptance of the bid, the determination of the winner's person, the evaluation of the guarantors and warrants offered were usually included in the powers of the acting magistrate, usually the censor. The contract was actually signed by the latter as well as the winner, that is, with the contractor who made the cheapest bid, although the winning contractor formally entered into an agreement with the state. The exact content of the agreed contract was usually determined by the magistrate. It should be noted that the Romans had a great deal of experience in auctioning, since loot from warfare had been sold this way for centuries.[53]

7. Contracts

Public construction projects financed from public funds could only be started after the conclusion of a subcontractor's agreement. The subject of the contract was the construction of a structure described in the legal document as an *opus* for payment.[54] As early as in the early stage of Roman Republic, there were contracts concluded in the area of *ius publicum*, which were aimed at fulfilling state responsibilities.[55] It can be concluded that the Romans paid special attention to the utilization and use of public funds, and the fulfilment of these contracts. If someone tried to swindle or deceive the community or the state, they were severely punished.[56] Surviving contracts testify that in order to prevent this, an advanced guarantee system was applied. Prior to the conclusion of the contract, it was examined whether the contractor designated for implementing the project was capable of performing or had any public dues. Obligatory elements of the contracts included the provision of collateral, pledge, presenting guarantors and it was also required that the persons designated by the contractor possess proper assets, primarily properties.[57] The contract specified all the physical characteristics of the object to be constructed, the deadlines for completion and the quality of the materials to be used, the order of receipt of work, the guarantee rules, the date of the transfer of the construction site and details of payment. An important element of the contractual performance was the receipt (probation), which was carried out by a committee of *magistrates*, which certified the flawless work. The magistrates had to perform this task in person.[58] In the event of insufficient performance, a new deadline could be set for completion of the work, but they could demand a reduction in the amount of the contractual fee or to refuse to take over the job.[59]

8. Corruption phenomena

In the Roman Republic, until the decline of the era, they consistently sought to limit individual power and efforts to get wealthy and to use of public money appropriately. To this end, they doubled the number of magistrates in certain functions, and this is why they made the Senate's control powers unlimited and applied short mandates to senior officials and limited the business potential of senators for the same reason.[60] In or-

[48] BAJÁNHÁZY, *Az állami pénzügyek a római köztársaságban* (cit.), p. 8.
[49] Liv.5,23,7. (*dictator*); 10,46,14. and 34,53,7. (*consul*); 43,4,8. (*praetor*); 34,53,7. (*aedilis*); 22,33,8. and 40,44,10. (*duumvir*).
[50] For an overview, *see* KUNKEL, W., *Staatsordung und Staatspraxis der römischen Republic, II. Die Magistratur*. München, 1995, pp. 474-480.
[51] BAJÁNHÁZY, I., A locatio publica a kései köztársaság idején Ciceró Verres ellen írt beszéde alapján. In: *Publicationes Universitatis Miskolcinensis. Series Jur. et Pol.,* vol. 23, Nr. 1, 2005, p. 37.
[52] For this, see an overview at RAUH, N. K., Auctioneers and the Roman Economy. In: *Historia*, vol. 38, 1989, pp. 451-471.
[53] BAJÁNHÁZY, A locatio publica a kései köztársaság idején Ciceró Verres ellen írt beszéde alapján (cit.), pp. 17-18.
[54] For an overview, *see* Ibid. pp. 27-47.
[55] *See* ZLINSZKY, *Ius publicum. Római közjog* (cit.), p. 141.
[56] See for example the *peculatus* case of the of *furtum*, prosecuted by public law, which included several instances of the embezzlement of public property. For this, *see* BAJÁNHÁZY, Peculatus-perek a Római Köztársaságban (cit.), pp. 7-29. For an overview, *see* ZLINSZKY, J., *Római büntetőjog*. Budapest, 1991; SÁRY, P., *Előadások a római büntetőjog köréből*. Miskolc, 2011. JUSZTINGER, J., Dogmatics of Criminal Law and the Roman Jurisprudence. In: *Journal on European History of Law*, vol. 7, Nr. 1, 2016, pp. 73-78.
[57] ZLINSZKY, *Ius publicum. Római közjog* (cit.), p. 141. *See also* SOÓS, op. cit. p. 332.
[58] BAJÁNHÁZY, A locatio publica a kései köztársaság idején Ciceró Verres ellen írt beszéde alapján (cit.), p. 45.
[59] *See* SOÓS, op. cit. p. 329.
[60] In Roman law, legal sources referring to the punishments for the abuse of power are mainly seen from the era of the Roman Republic. Such a delinquency was *crimen pecuniarum repetundarum*, which included the acts of blackmailing and acceptance of gifts by the Roman elected officials. The first such criminal prosecution was initiated against the governors of Spanish provinces in 171 BC: the case, chaired by the *praetor*, was conducted by 5 *recuperators* of senatorial rank. Later, it was followed by similar lawsuits followed this; the first law establishing ordinary court in these cases was passed in 149 C (*lex Calpurnia*). This provision was followed by some further acts such as *lex Iunia* (123 BC), *lex Acilia* (122 BC), *lex Servilia* (111 BC), and finally *lex Cornelia* (81 BC).

der to protect public funds, a criminal-law entity called *peculius* or *peculiar publicus* was also formed.[61] This fact of the case initially protected the loot belonging to the community of the Romans, i.e. the non-sacred state property, and many victorious warlords were sued and taken to court for being involved in such misconduct.[62] The first legal procedure of that nature was initiated against M. Furius Camillus in 391 Bc.[63] The two Scipios were accused of the same in 187 BC,[64] as well as Q. Servilius Caepi in 103 BC in the notorious case of the embezzlement of the "Tolosan gold". Later, in the first and second centuries BC, the scope of perpetrators were extended to the ones who had access to state funds,[65] and then to the falsification of public documents related to public assets, the unlawful waiving of public debts, counterfeiting then officials' decisions affecting government revenues and expenditures, and finally, the acts of entrepreneurs entering into contracts with the state.[66] As a result of the above legal steps, corruption cases related to the financial management of the state were relatively rare until the 1st century AD.[67] One of these rare cases occurred in 215 BC when Hispanic soldiers pretended to have suffered shipwrecks in the hope getting compensation for the damages incurred.[68] Still, when Cato, known of his strict morals, became a *censor* in 184 BC, he felt it necessary to restrict the contracting system of the state. He terminated several old contracts, exercising his right to unilaterally terminate the contracts that were unfavourable for the state and to initiate a new contract.[69]

As Cicero mentions it in his works in several instances, the dubious transactions of Gaius Verres led to great public outcry at the time. During the renovating works of a temple in the 1st century AD, Verres, when the work, publicly put out for tender by the censor, was not taken over either the *censor* himself or the *praetor*, due to some infringements, he put it out again for tender and granted it to one of his friends without a competition.[70] The temple dedicated to Castor and Pollux was erected by dictator Postumius in 499 BC, in accordance with his vow taken during the war against the Latins,[71] and it used to stand at the Forum, in the heart of Rome.[72] In this renovation procedure, Verres did not only act in contrast with the practice at the time, but he committed gross violations by even the modern public procurement principles and legal norms during the pretended tender competition announced by himself. He did not put out a prior call for tender, set an unrealistically short deadline for bidding, unlawfully excluded some of the competitors, and then allowed the winning contractor to realize profit without any actual work completed.

Verres had acted fraudulently in other matters, too. In 84 BC, as a quaestor, he had embezzled the military treasury. Subsequently, between 73 and 70 BC, as the *propraetor* of Sicily, he practically looted the province. The greatest outcry concerning his doings was triggered by the fact that, as a *legatus* of the province of Asia, he sold a part of the military fleet deployed by the allies to help the Romans for his own benefit, and did not even bother to pretend legality.[73] Pliny the Younger highlights the practice of regular overpricing related to corruption, when reviewing the public finance records of an Asian province, he comments: "With honest accounts, significant amounts could be recovered from construction contractors."[74] In the 1st century BC, this unlawful practice became so commonplace that Augustus was forced to declare it again a major criminal offense when one could not account for public funds entrusted to him or falsified budgetary records systems.[75]

9. Summary

Reviewing the rules of Roman public construction projects and its public funding considerations, it can be concluded that the historical antitype of several elements of public procurement systems applied in Europe were already known in the practice of ancient Rome. Some important elements of our modern public procurement systems such as publicity, contractual obligations, or the definition of the subject of contracts are very similar to the ones applied two millennia earlier. Thus, a remarkable example of the survival of Roman law can also be found in public procurement law. Considering the concept of today's public procurement i.e. that it is a legally regulated public system for the use of public funds whereby the state acquires a set of assets and services needed for its operation, it can be established that these principles were fulfilled by the practice of Roman law in the Republic era.

61 ZLINSZKY, *Római büntetőjog* (cit.), p. 129.
62 BAJÁNHÁZY, I., A crimenek Titus Livius művében. In: *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Jur. et Pol.,* vol. 65, Nr. 2, p. 29.
63 Liv. 5,32,8.
64 Liv. 38,50,5.
65 Mommsen, Th., Römisches Strafrecht. Leipzig, 1899. pp. 764-766.
66 Liv. 30,39,7.
67 On this in general, see PÓKECZ KOVÁCS, A., A magisztrátusi korrupció (zsarolás) büntetőjogi megítélése a köztársaságkori Rómában. Crimen pecuniarum repetundarum. In: Kőhalmi, L., – Gál, I. L. – Fülöp, P. – Pilisi, F., – Sági, L., – Németh, L. (eds.), *Tanulmányok Bodnár Imre egyetemi adjunktus tiszteletére. Emlékkötet*. Pécs, 2014, pp. 388-395; PÓKECZ KOVÁCS, A., Building Contracts and Corruption in Cicero's Works. In: Studia iuridica auctoritate Universitatis Pécs publicata, vol. 144, Pécs, 2009, pp. 267-281.
68 BAJÁNHÁZY, *Az állami pénzügyek a római köztársaságban* (cit.), p. 41.
69 Ibid. p. 42.
70 Cic. Verr. 2,1,50,130 – 58,153.
71 Cic. Verr. 2,5,72,186.
72 Liv. 8,11,16; Liv. 9,43,22.
73 BAJÁNHÁZY, *Az állami pénzügyek a római köztársaságban* (cit.), p. 44.
74 Plin., Ep. 17b-1.
75 BAJÁNHÁZY, *Az állami pénzügyek a római köztársaságban* (cit.), p. 39.

Historical and Criminal Law Aspects of Safeguarding Road Safety in Albania

Engjëll Likmeta *

Abstract

Criminal offenses committed against road safety in the Republic of Albania have brought about harmful consequences to human life, health and assets and not only to them.

This topic has been selected as a field of scrutiny based on the highest interest it bears to human life as well as with the prospect to render the least contribution possible to the enrichment of Albanian criminal law opinion with special view on criminal offences committed against road safety.

Understanding road types and sense based on Albanian customary law occupy a special place in this work paper.

Relying on the current criminal law, knowledge and analysis of the criminal offences regarding the violation of road traffic rules in Albania, with special focus on years 2004-2015, the Albanian monarchy and the post period of the Second World War comprise an important element of this work paper.

Keywords: *Law; Road; Safety; Criminal.*

1. The meaning of road and road types according to Albanian customary law of the time

According to Albanian customary law, roads were certain passageways which were meant to connect two places [1].

According to the classification provided by Albanian Canons road types consisted in the high way, the village way, the home path, the endless way, or otherwise called blind road [2]. The high way was opened for public use at any time [3] and was considered a real estate of the local unit (tribe, village, "bajrak") where it passed [4]. According to Albanian Canon provisions, blind roads contained no exit [5].

These canons provided the definition for road types, road size and the main traffic rules [6].

Road safety was guaranteed by Albanian Canon Laws [7].

The Albanian customary law recognized the right to use and protect [8] the common property as well [9]. Hence, damage or violation of road traffic rules made up grounds/causes for responsibility. The liability was mostly civil not criminal.

Maintaining roads as rule was mostly a binding to all residents of the area where it served. Maintaining the high way/road was mostly a common contribution of all residents.

In this respect, Skanderbeg's and Lekë Dukagjini's [10] canonical laws sanctioned that: "The public benefit/advantage is opposed to special damage." [11]

The home path was considered the passage way that could be used only by the residents of the house it belonged to. Maintaining the home passage way was a responsibility of its users. Using the home path by the third parties was made only after receiving the preliminary consent of its legal users and relied on the principle: "you cannot cross through the passage way that belongs to someone else." [12]

As based on canonical laws, the blind road/path was considered as an impasse. It generally extended up to a certain place [13].

There was a fair link between the right of ownership and the right to use the blind path/road.

* Prof. Asoc. Dr. Engjëll Likmeta, Department of Criminal Law, Faculty of Law, University of Tirana, Albania.

1 ILIA, FRANO, *Canon of Scanderbeg,* Publishing House "Editrice La Rosa", Milot, 1993, p. 83-84.
2 ILIA, FRANO, *Canon of Scanderbeg,* Publishing House "Editrice La Rosa", Milot, 1993, p. 83-84.
3 ELEZI, ISMET, *Canon of Labëria*, "TOENA" publishing house, Tirana, 2006, p. 153.
4 ILIA, FRANO, *Canon of Scanderbeg,* Press House "Editrice La Rosa", Milot, 1993, p. 83.
5 GOCI, HAXHI, *Canon of Benda's province*, Press House "Ombra GVG", 2010, Tirana, p. 76.
6 HOXHA, SHEFQET, *Canon of Luma*, Press House "Geer", Tirana, 2013, p. 281-285.
7 MARTINI, XHAFERR, *Canon of Dibra*, 2nd Edition, Press house "Emal", Tirana, 2007, p. 133-134.
8 ELEZI, ISMET, *Labëria customary law*, "Toena" Publishing House, Tirana, 2002, p. 126.
9 ELEZI, ISMET, *The customary criminal law of Albanians*,"8 November" Publishing House, Tirana, 1983, p. 256.
10 GJEÇOVI, SHTJEFËN, *Canon of Lekë Dukagjini,* "Kuvendi" Publishing House, Printing Office "Geer", Tirana, 1999, p. 41.
11 ILIA, FRANO, *Canon of Scanderbeg,* "Editrice La Rosa" Publishing House, Milot, 1993, p. 83.
12 ILIA, FRANO, *Canon of Scanderbeg,* "Editrice La Rosa" Publishing House, Milot, 1993, p. 84.
13 ILIA, FRANO, *Canon of Scanderbeg,* "Editrice La Rosa"Publishing House, Milot, 1993, p. 84.

Regardless of its type, the road was a real estate to the owner it pertained [14].

2. Criminal offenses committed against road safety during the rule of Albanian Monarchy

Albanian Monarchy Criminal Code, in its seventh chapter "Delinquency against public entirety", has sanctioned the criminal offenses committed against transport or communication means amongst other things [15].

The criminal law of the time provided special juridical defense to roads and other public works regarding transport. Hence, the Albanian monarchy criminal law provisions provided special defense to roads and other public works of transport against criminal offenses, consisting either in partial or whole damage [16].

In principle, Albanian road network and human life comprised the object of delinquency. In this sense, the criminal law provided protection against the criminal offences committed not only against the road network but also the human life in general [17].

In order to have a legal qualification of the criminal offenses, it was required infringement or damage for roads or public works of transport.

Regarding the objective side of the criminal offence, it didn't matter how the criminal offense was committed [18].

The subject of criminal offenses might be anyone who had reached the age for criminal liability and responsible/accountable for his acts.

The special scope was an element of the subjective side required in the case of changing direction and aimed damage of the road [19].

For the perpetrator, the type of sanction varied with the infringement or the criminal offense committed. Thus for criminal offences committed against the road network or public transport, the Criminal Code of 1929 sanctioned three to five year imprisonment. When human life was violated, this sentence ranged from three to twelve years of imprisonment [20].

In the framework of criminal contraventions, the Albanian Monarchy Criminal Code has foreseen contraventions committed against public lightening, and road signaling not specifically [21]. Criminal Law provisions provided actions or omissions infringing road safety. Hereby, Articles no. 534-535 of the Criminal Code sanctioned the guarantee of road safety from the misuse by animals and vehicles driven from authorized or non-authorized persons legally. If these provisions were violated, the law provided as sanction up to one month suspension on the exercising profession [22].

Article no. 535 of the Criminal Code provided protection on road safety from persons who might affect the road with dangerous actions. The criminal law of the time did not indicate what was meant by dangerous actions that affected the human life and health or the security of objects.

The penalty for contraventions committed by perpetrators under Article no. 535 of the Code that violated road safety was up to 20 days of imprisonment or a fine up to two hundred gold francs [23]. Only when the offender was a professional driver, the punishment consisted in suspending the driving license or the suspension of the exercise of profession up to one month [24].

As it is noticed, the Albanian Monarchy Criminal Code foresaw the three types of punishment for road traffic offenders such as the short-term imprisonment, the fine and the suspension of the exercising profession.

3. Criminal Offenses committed against road safety during 1945-1990

During the first years after World War II, road traffic events have noted a falling tendency [25].

Observing road traffic rules and the normal operation of transport comprised one of the priorities of that time and constituted a goal for government bodies [26]. This was due to the fact that transport was considered a very important field for the development of the socialist economy. The violation of the road traffic rules was considered a breach of socialist system of the economy [27]. The volume of these criminal offenses compared to the total of criminal offenses was less than 1% [28].

The legal opinion regarding the criminal offenses committed against road safety was insignificant. It generally described the ruling ideology of the time and, moreover, to be mentioned here are some work papers published by some magazine or held in scientific conference hearings of the time.

However, to be recalled here are the objective and realistic attitudes maintained by legal system professionals and the professorate of law faculty. Through these work papers it was raised the public concern that Albanian citizens did not enjoy satisfactory protection for their lives and the common property in the socialist system [29].

[14] ILIA, FRANO, *Canon of Scanderbeg,* "Editrice La Rosa" Publishing House, Milot, 1993, p. 78.
[15] ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929, p. 171.
[16] ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929, p. 173.
[17] ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929, p. 173.
[18] ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929, p. 173.
[19] ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929, p. 173-174.
[20] ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929, p. 174.
[21] ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929, p. 263.
[22] ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929, p. 266.
[23] ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929, p. 267.
[24] ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929, p. 267.
[25] KONOMI, XHORXH, "Causes/grounds for road traffic events and the fight against them", *Journal* "*People's Justice*", No. 3, year 1964, p. 45.
[26] ELEZI, ISMET, The *Criminal law of The Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana University, Faculty of Law and Political Sciences, Tirana, p. 137.
[27] ELEZI, ISMET, The *Criminal law of The Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana University, Faculty of Law and Political Sciences, Tirana, p. 131.
[28] KONOMI, XHORXH., "Causes/grounds for road traffic events and the fight against them", *Journal* "*People's Justice*", No. 3, year 1964, p. 46.
[29] TERPO, PIRO, & BEGEJA, SKENDER, "Strengthening the fight against road traffic violation of rules", *Journal* "*People's Justice*", No. 2, year 1960, p. 35.

During 1944-1990, criminal law consisted of the Criminal Code of 1952 and the Criminal Code of 1977. The legal framework in the road traffic field also consisted in the Decree of the Presidium of the People's Assembly[30] which provided road traffic rules for cities and not only, as well as the Supreme Court's Instruction of 1982[31,32].

The Criminal Code of 1952 provided provisions for criminal offences committed in transport field[33].

Criminal Code Article no. 106 sanctioned the criminal offenses of destruction and damage committed to transport routes[34].

The object and the subjective side comprised two main elements providing the legal qualification for the criminal offences committed under the first paragraph of this article.

Providing legal protection for Albanian road network comprised the object of this article. The first paragraph of this article is intended to provide legal qualification for the criminal offence required a special aim, as an element of the subjective side to cause a collision, breakdown or creation of obstacles that would bring about a slowdown or a halt to road traffic.

The perpetrator was sentenced with imprisonment ranging from three to ten year term[35].

The second paragraph compared to the first paragraph of the provision required the arrival of criminal consequence needed for legal qualification of the criminal offense. The arriving consequence was crucial to determine the sanction/ punishment for the criminal offender. The Capital punishment provided by the lawmaker through this provision was practiced if consequences were grave or serious[36].

This provision also aimed protection of transport safety rules.

Also, our lawmaker had sanctioned protection of roads and means of transport from the violation of the work discipline in transport. When criminal acts were of serious consequences, capital punishments might be enforced on the authors[37].

Another criminal provision directly related to the violation of road traffic rules was provided by Article 109 of the Criminal Code[38]. According to the researchers of the time, the criminal offense would be considered as committed only if the perpetrator had violated the road traffic regulation[39].

To the effect of legal qualification for criminal offences committed in "Violation of road safety rules from car drivers" specifically and violation of road safety rules in general, both paragraphs required the outcome of serious consequences[40]. As to the first paragraph, serious consequences consisted in harming the human life or health of one person, and the second paragraph, in harming the human lives and health of multiple persons. The criminal law theory of the time, with term "other serious consequences", implied the causation of other significant material damage and minor cases of injury to more than one person[41]. According to criminal law provisions, the punishment provided for the perpetrator was up to ten year imprisonment as to the first paragraph and not less than ten year sentence or death penalty by the second paragraph[42]. Criminal offenders might be anyone from the staff members employed by transport sector or any other citizen[43].

The Criminal Code of 1977 also provided criminal offenses committed in breach of road traffic safety in the framework of crimes committed against the socialist economic system[44].

Criminal Code Article No. 8 sanctioned the criminal offense committed in violation of "road traffic safety"[45]. Compared to the Criminal Code provision of 1952 which required the advent

[30] THE PRESIDIUM OF THE PEOPLE'S ASSEMBLY, *Decree No. 4569, date 1. 11. 1969*, Law No. 6943.
[31] SUPREME COURT OF REPUBLIC OF ALBANIA, *Instruction No. 8, date 5. 11. 1982,* "On the criminal offences connected to violations of road traffic rules".
[32] ELEZI, ISMET, The *Criminal law of Popular Socialist Republic of Albania,* University of Tirana, Faculty of Political and Juridical Sciences, Tirana, p. 137.
[33] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana, 1952, p. 109 - 116.
[34] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana, 1952, p. 109 -116.
[35] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana, 1952, p. 109-116.
[36] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana, 1952, p. 109-116.
[37] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana, 1952, p. 109-116.
[38] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana, 1952, p. 109-116.
[39] TERPO, PIRO, & BEGEJA, SKENDER, "Strengthening the fight/combat against road traffic violation of rules "*People's Justice*", No. 2, year 1960, p. 34.
[40] ELEZI, ISMET, *Criminal law of Popular Socialist Republic of Albania,* University of Tirana, Faculty of Political and Juridical Sciences, Tirana, p. 137.
[41] TERPO, PIRO, & BEGEJA, SKENDER, "Strengthening the fight against road traffic violation of rules", *Journal "People's Justice*", No. 2, year 1960, p. 34.
[42] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana, 1952, p. 109 - 116.
[43] TERPO, PIRO, & BEGEJA, SKENDER, "Strengthening the fight against road traffic violation of rules", *Journal "People's Justice*", No. 2, year 1960, p. 34.
[44] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* "8 Nentori" Publishing house, Tirana, 1977, p. 41-43.
[45] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* "8 Nentori" Publishing house, Tirana, 1977, p. 41-43.

of serious consequences for more than one person, the Criminal Code provision of 1997 for legal qualification reasons of the criminal offences was contented or sufficed only with the advent of the light consequences to multiple people.

To be qualified for the criminal offences provided by Article 81 of the Criminal Code, only the outcome of light consequences against a group of persons was required. Another significant distinction compared to Criminal Code provisions of 1952, consisted in the term of punishment decided for offenders of road traffic rules. For such criminal offenses the lawmaker had mitigated the punishment for criminal offenders by not sanctioning the capital punishment (death penalty) and by reducing the term of sentence or penalty.

Hereby the minimum sentence for the perpetrators of these criminal offences was five years compared to former ten year sentence provided by the second paragraph of this article. Also, for the first time as compared to criminal law provisions of 1952, the lawmaker sanctioned Re-education through labor as a type of punishment. Also, the law courts were oriented by the enforcement of ancillary punishments regarding this category of criminal offenses by sanctioning the ban or prohibition on the exercising profession for drivers in conformity with criminal law provisions [46].

In terms of road safety, the Criminal Code of 1977 [47] paid special importance to criminal law defense of roads and means of communication. Moreover, the guilt form was a key element in the qualification of these offenses compared to the Criminal Code of 1952. Thus, the criminal law of 1977 provided two categories for the criminal offenses. Under the first category were criminal offences committed against roads and under the second category were criminal offences committed against means of communication. These criminal offences consisted in the willful destruction or damage of roads and means of communication provided by Article 78 of the Criminal Code as well as the provision of Article 79 "damage from negligence of roads and means of communication" [48].

Beside the type of guilt, the type of sanction comprised another distinctive element between the two abovementioned provisions. Article 78 of the Code sanctioned the death penalty for perpetrators when serious consequences or deaths had occurred [49].

To be qualified for having committed these criminal offences, beside the violation of these material objects (i.e. roads or communication means), the existence of the causal link between acts/omissions and the serious consequences is required by the second paragraph of this article [50].

The Albanian judicial practice recognized as "significant harm or damage" the harm or damage estimated at 2000 ALL or more (Albanian Lekë) [51]. Harm or damage caused to roads and transport vehicles according criminal law doctrine meant the partial demolition of roads, road signs and transport vehicles. Whereas, destruction caused to roads and transport vehicles implied their total extinction [52]. For protection reasons the Criminal Law foresaw other criminal offenses regarding the violation of operation discipline provided by Article 80 of the Criminal Code [53]. These criminal offenses were charged for the violations of operating discipline and their deriving consequences lied with the interruption of transport scheduled plans, the injury or damage caused to roads etc., and were carried out by actions and omissions [54].

4. Criminal law overview on criminal offenses committed against road safety based on the Criminal Code of 1995

Criminal offenses committed against road safety are considered as the most dangerous criminal conducts of our contemporary era [55]. Such criminal conducts are treated as special social phenomena and shall be analyzed in theory and in terms of finding proper ways and methods to resolve their serious consequences [56].

Not grouped under a special section of Albanian Criminal Code, criminal offenses committed against road safety are sanctioned on the total of the criminal offenses committed against public order and security [57].

Our criminal law doctrine concerns and dilemmas have been raised when these criminal offences are compared to the total of criminal offenses and the question is whether these offenses

[46] ELEZI, ISMET, *Criminal law of Popular Socialist Republic of Albania,* University of Tirana, Faculty of Political and Juridical Sciences, Tirana, p. 142.
[47] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* "8 Nentori" Publishing house, Tirana, 1977, p. 41-43.
[48] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* "8 Nentori" Publishing house, Tirana, 1977, p. 41-43.
[49] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* "8 Nentori" Publishing house, Tirana, Tirana, 1977, p. 41-43.
[50] THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* "8 Nentori" Publishing house, Tirana, 1977, p. 41-43.
[51] ELEZI, ISMET, *The Criminal Law of the Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana University, Faculty of Law & Political Sciences, Tirana, p. 133.
[52] ELEZI, ISMET, *The Criminal Law of the Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana University Faculty of Law & Political Sciences, Tirana, p. 132.
[53] MINISTRY OF JUSTICE OF POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, *Criminal Code of Popular Socialist Republic of Albania,* press house "8 November", Tirana, 1977, p. 41-43.
[54] ELEZI, ISMET, *Criminal law of Popular Socialist Republic of Albania,* University of Tirana, Faculty of Political and Juridical Sciences, Tirana, p. 135.
[55] HALILI, RAGIP, *Criminology*, 4th edition, Prishtina, 2005, p. 221.
[56] HALILI, RAGIP, *Criminology*, 4th edition, Prishtina, 2005, p. 222.
[57] With criminal offences committed against public security shall be understood criminal acts or omissions committed against public security and legal order carried out willfully by any person. Furthermore: Elezi, Ismet, *Criminal law- special part,* "Erik" Publishing house, Tirana, 2009, p. 379.

shall be considered under the category of criminal offenses committed against life and personal safety or as criminal offenses committed against public order and security[58].

These criminal offenses are foreseen by Article 273 and Articles 290-293 of the Criminal Code of Albania[59]. Until Criminal Code amendments of May 2013, criminal offences committed against road safety fell under two categories:

- Criminal misdemeanors/contraventions of – "Leaving the scene of accident" provided by Article 273 and "Driving while inebriated or without a license" provided by Article 291 of the Criminal Code[60]; and
- Criminal offenses committed against "road safety", "Transport discipline", and "Traffic obstruction" provided by articles 290; 292 and 293 of the Criminal Code[61].

With legal amendments of May 2013, the criminal provision of "Driving while inebriated or without a license" is qualified as a criminal contravention with criminal law provision of "Driving vehicles inappropriately"[62].

The criminal offenses committed against road safety have a number of common characteristics. The first to be mentioned is that these are socially dangerous acts generally addressed against public safety and road safety, specifically. Therefore, object group of these criminal offenses is public security and road safety, implying that human health, life or property is in jeopardy due to the direct violation of public safety or, more specifically, road safety.

Criminal offenses committed in breach of road traffic rules contain as secondary object the violation of human health, life, and property.

According to Professor Elezi, the object of the violation of road traffic rules are legal arrangements established as based on the Road Code to ensure the appropriate circulation of vehicles, also linked with the safety of human life and health, specifically defended by the criminal law against actions and/or omissions committed with this respect.[63]

Criminal offenses committed in violation of road traffic rules are mostly linked with one of the most vital sectors of social life as that of road transport (either private or public) mainly for humans, animals and/or industrial and agricultural products, etc.

The solemnity of rules violated in this sector also assigns the degree of harm or damage caused to the object of the criminal offense. The seriousness of the criminal offences varies with the type of objects violated[64].

These offenses are committed when driving in road traffic.

Violations of traffic rules in terms of the objective side of the offence are committed upon unlawful actions and omissions taken on with this respect. Hereby, the Supreme Court jurisprudence indicates that: "*… the Opel driver has undertaken inappropriate actions at the time of entering the traffic flow and has given no priority to other vehicles by interrupting the movement /drive of Mercedes vehicle owned by the plaintiff*[65]*… According to road traffic expertise report, the accident was due to the violation of road traffic rules such as the high speed driving over consented rates and the loss of control by Alfa Romeo driver…"*[66].

The Road Code has provided acts and omissions in violation of road traffic rules. Actions and omissions mostly taken to violate the road code comprise elements of criminal offenses committed against road traffic rules. They mostly consist in not observing road signaling system, the safety distance between vehicles, not activating the lights to signalize potential risks of injury not using the helmet by drivers of two-wheeled vehicles, any kind of harm or damage caused to road related plants, the changing shape or occupation of road surfaces, creating risky situations in roads; any harm or damage caused through the relocation and/or removal of road traffic signs and any other objects related to it, not implementing technical measures to prevent the discharge of waters and/or any other harm caused by the owners and users of artificial conduits found near road borders, not observing law consented limit on the driving speed, given the driving condition, the load and type of the vehicle, road traffic features and condition and/or any other circumstance to avoid any risks to the safety of moving people and goods and/or any other circumstance that creates traffic disorders, etc[67].

Also, from the judicial practice, the existence of the causal link between actions or omissions and socially serious consequences is essential for the qualification of these criminal offenses[68]. Therefore, the Supreme Court Criminal Panel has found the First Instance decision fair and legitimate noticing that: "*… From the examination of crime scene it was ascertained that the road was paved with ballast, and partially with snow and ice. From the expertise report, the defendant has violated articles 79/4, 13 and 6 / e of the Road Code, and the re- expertise carried out during the case trial from the First Instance Court, has found the defendant in violatation of Article 79 of the Road Code, but according to road code experts, the accident has been due to the difficult and unstable road condition. The First Instance Court of Tropoja, considering that the actions of the defendant contained no elements of the criminal offense as that of violation of road code and the consequences were not as oucome of the actions undertaken by the defendant, decided to declare him innocent. The first instance decision*

[58] JORGAQI, EDLIRA, *Study on the Criminal Offenses committed in Violation of Traffic Rules (Article 290) in the Republic of Albania, 2004-2008*, General Prosecutor's Office, Tirana, 2009, p. 19-20.
[59] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.
[60] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.
[61] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.
[62] LAW No., 144/2013, Date of Act: 02. 05. 2013, Adoption date: 02. 05. 2013, Official Journal No. 83, Page 3526.
[63] ELEZI, ISMET, *Criminal law- special part,* "Erik" Editions, Tirana, 2009, p. 547.
[64] ELEZI, ISMET, *Criminal law- special part,* "Erik" Editions, Tirana, 2009, p. 547.
[65] REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 269, dated 10. 09. 2009*, Tirana.
[66] REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 132, Dated 15. 03. 2006*, Tirana.
[67] LAW No., 8378, Dt.Act: 22. 07. 1998, Adoption date: 22. 07. 1998, Official Journal No. 19, Page 651: amended,
[68] ELEZI, ISMET, & KAÇUPI, SKENDER, & HAXHIA, MAKSIM, *Commentary on the Criminal Code of Republic of Albania*, "Geer" Publishing house, Tirana, 2001, p. 103-105.

was amended by the Appeal Court of Shkodra based the assessment on the same evidence and concluded that there was a causal link between the actions and the consequence. The Supreme Court Criminal Panel found the First Instance Decision as fair and legitimate and turned over the Appeal Court decision of Shkodra as unfair." [69]

The main tools used to commit these criminal offenses are vehicles and other means of transport. According to Albanian Road Code provisions with means of transport shall be understood all types of vehicles circulating in road traffic and driven by people. All means driven/run by children or invalids not exceeding lawful limits, despite of the engine, are not considered transport vehicles under Albanian Road Code [70].

According to Albanian Road Code, transport vehicles are declassified into: vehicles driven/pushed human force; carriages; bicycles; sleds; mopeds; motor-vehicles; vehicles; trolley buses; trailers etc [71].

According to the statistical data of the Albanian Institute of Statistics, the Albanian transport vehicles during the period 1993-2008 consisted in: passenger cars (1,930,067); buses and minibuses (340,255); trucks and trucks (695,653); road tractors (49,506); motorcycles and tricycles (123,316); trailers or trains (104,937) [72]. During 1993-2008, camper vans and other technological machines were not part of Albanian transport vehicles [73]. Agricultural machineries became part Albanian transport vehicles only during 2008 (1,987) [74].

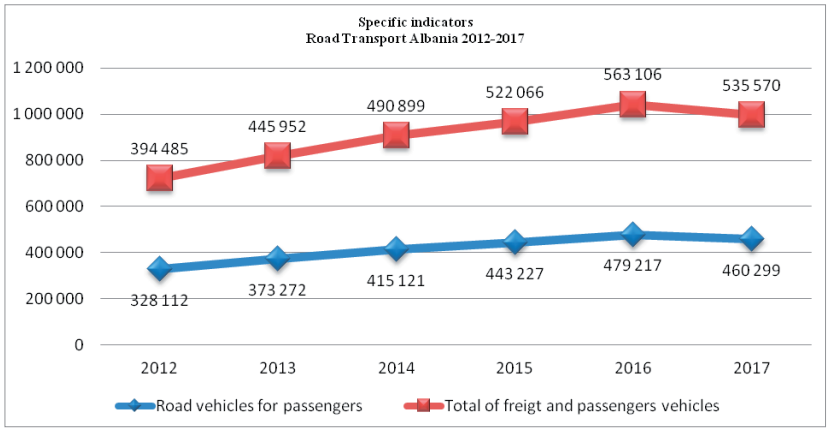
Albanian transport vehicles recognized an increasing trend during the period, 1993-2017.

The increase in passenger cars is 7.5 times higher in 2016 compared to 1993, in particular. Therefore from 56,728 cars in 1993, 264,828 motor-vehicles recorded in 2008 and 436,013 passenger cars in 2016. Also, the increase noticed by motorcycles is from 15,097 in 1993 to 36,096 in 2016 [75].

Transport vehicles recognized a falling tendency especially under tractors from 8,251 in 1993 to 1,976 in 2007, and the difference remained zero in 2008 and the number of trailers from 10,965 in 1993 deceased to 7,217 in 2008. Also, agricultural machineries recorded a falling tendency from 1987 in 2008 into 967 in 2016 [76].

The number of freight and passenger vehicles in Albania has recorded increase over the past years. Therefore, from 394,485 vehicles in 2012, the number of transport vehicles of goods and people increased into 535,570 in 2017 [77]. Passenger vehicles according to specific indicators of transport in 2017 [78] have indicated a prognostic increase during 2012-2017. Therefore, from 328,112 vehicles in 2012, the current figure indicated on 2017 is 460,299 passenger vehicles [79].

Figure 1 Specific indicators



The subjects of these criminal offenses are drivers of the motor vehicles circulating over Albanian road system. The specialty of these criminal offenses is inherent compared to their special subjects.

Albanian criminal law researchers share the opinion that majority of the criminal offenses committed against road safety are committed due to negligence or excessive self-confidence reasons [80]. The offenders are punished with parole sentencing or short-term imprisonment sentences [81]. However, it is not excluded the assumption that these criminal offenses may be committed intentionally.

[69] REPUBLIC OF ALBANIA, Supreme Court *Decision No. 477, dated 07. 10. 2009*, Tirana.
[70] LAW No., 8378, Date of Act: 22. 07. 1998, Adoption date: 22. 07. 1998, Official Journal No. 19, Page 651: amended.
[71] LAW No., 8378, Date of Act: 22. 07. 1998, Adoption date: 22. 07. 1998, Official Journal No. 19, Page 651: amended.
[72] REPUBLIC OF ALBANIA, Institute of Statistics, *Transport*, 1993-2008. Furthermore: www.instat.gov.al.
[73] REPUBLIC OF ALBANIA, Institute of Statistics, *Transport*, 1993-2008.
[74] REPUBLIC OF ALBANIA, Institute of Statistics, *Transport*, 1993-2008.
[75] REPUBLIC OF ALBANIA, Institute of Statistics, *Transport and Accidents*, 1993-2016.
[76] REPUBLIC OF ALBANIA, Institute of Statistics, *Transport and Accidents*, 1993-2016.
[77] REPUBLIC OF ALBANIA, Institute of Statistics, *Transport and Accidents*, 1993-2017.
[78] Compared to previous years, Republic of Albania transport statistics of year 2017 have changed their form. In this sense motorcycles, buses & minibuses, household vehicles are found under Specific indicators by type of transport - vehicles for passengers.
[79] REPUBLIC OF ALBANIA, Institute Of Statistics, *Transport and Accidents*, 1993-2017.
[80] ELEZI, ISMET, *Criminal law- special part,* "Erik" Editions, Tirana, 2009, p. 493.
[81] HALILI, RAGIP, *Criminology*, 4th edition, Prishtina, 2005, p. 223.

4.1 Leaving the scene of the accident

Leaving the scene of the accident is the only criminal contravention/misdemeanor provided by Article 273 of the Albanian Criminal Code[82].

The material object for this criminal misdemeanor is vast and extensive. In addition to the public safety, these criminal contraventions/misdemeanors involve the breach of human health, animals, damage or destruction of either public and/or private property. As rule, the parties involved in the accident shall be considered with the view to be provided with the first medical aid, if requested.

It is understandable that the criminal misdemeanors committed upon leaving the scene of the accident are with active actions undertaken by drivers.

Analyzing the subjective side of these criminal misdemeanors requires the existence of the specific will/intention which is the avoidance of liability despite of being criminal, civil or administrative.

As a rule, the Albanian criminal law doctrine has admitted that mostly subjects of these criminal offenses are the drivers of[83] of motor vehicles, buses, vehicles for mixed transport or special use etc[84].

Fine or up to one year imprisonment are two major types of sanctions enforced by Albanian court decisions on these criminal offenses.

Based on the Ministry of Justice Statistical Data Survey on indicators for 2004-2015, "Leaving the scene of the accident", as provided by Article 273 of the Criminal Code, records 516 convicts[85] and 488[86] cases tried by Albanian criminal courts[87].

Regarding sentences provided on these criminal misdemeanors/contraventions during 2004-2015, only 8 from the total convicted persons are women, comprising only 1.5% of the total convicted[88] whereas men convicted are 508 persons, comprising 98.5% of the total of convicted persons[89].

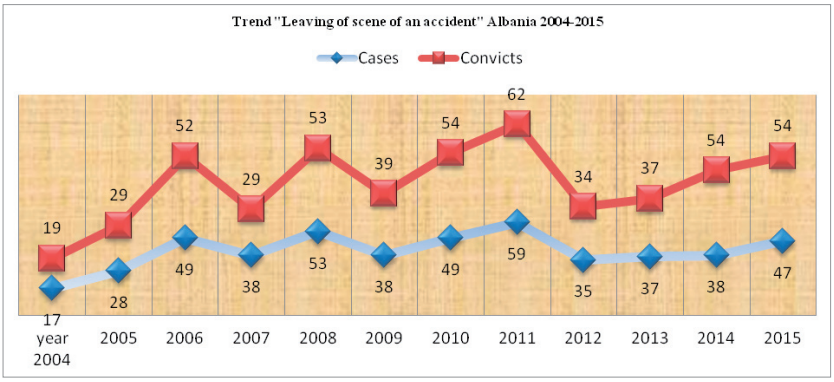
As convicted in the Republic of Albania over 2004-2015 on criminal misdemeanors of "Leaving the scene of the accident" are only 16 minors, comprising 3% of total number of convicts. All minors convicted are educated. Minors sentenced on fine comprise 75% of the total convicted for these criminal misdemeanors provided by Article 273 of Albanian criminal law. Secondly, the number of juvenile offenders is 4 (four) persons sentenced on serving up to two year imprisonment or, otherwise stated, the total number of juvenile offenders sentenced on up to two years imprisonment[90] comprise 25 percent of convicted juveniles.

Criminal offenders foreseen by Article 273 of the Albanian Criminal Code are mostly adults. They comprise 500 convicts or 97% of the total volume[91].

Fine is the major type punishment for these criminal misdemeanors. However, criminal offenders sentenced on this criminal misdemeanor comprise 393 persons or about 76% of the total convicted volume. Secondly, the two-year term of imprisonment is another type of sentence served for these criminal misdemeanors and the convicted persons record 123, comprising 24% of the total of convicted persons[92].

The author recommends the qualification "Leaving the scene of the accident" as criminal misdemeanor provided by Article 273 of the Criminal Code due to the significance born by the criminal misdemeanors born on the objective side.

Figure 2 Trend – "Leaving the scene of the accident" Albania 2004-2015



[82] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended,

[83] Understanding and classification of motor-vehicles are indicated in Article 54 of Albanian Road Traffic Code, Furthermore: LAW No., 8378, Date of Act: 22. 07. 1998, Adoption date: 22. 07. 1998, Official Journal No. 19, Page 651: amended.

[84] Understanding and classification of motor-vehicles are indicated in Article 54 of Albanian Road Traffic Code. Furthermore: LAW No., 8378, Date of Act: 22. 07. 1998, Adoption date: 22. 07. 1998, Official Journal No. 19, Page 651: amended.

[85] With punished shall be understood the information on persons punished/sentenced on final decisions.

[86] With cases shall be understood all judicial dossiers received from the Prosecutor General Office charged with the most serious charges/accusations (maximum sentence).

[87] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, *Tirana Annual Statistics, 2004-2015*. Furthermore: www.drejtesia.gov.al/al/dokumente/statistika

[88] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics, 2004-2015*.

[89] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics, 2004-2015*.

[90] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana *Annual Statistics 2004-2015*.

[91] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana *Annual Statistics 2004-2015*.

[92] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana *Annual Statistics 2004-2015*.

4.2 Driving vehicles inappropriately

Driving vehicles inappropriately is sanctioned by Article 291 of the Criminal Code. The criminal provision in question has undergone two important modifications in 14 months, the first modification/amendment is made by Law No.144 /2013 and second amendment is undergone by Law No. 98/2014.

In May 2013, our lawmaker changed the criminal qualification from misdemeanor to criminal offense. In my opinion the legal qualification has been modified due to the dynamics and intensity of these criminal offences and moreover due to importance the object defended by criminal law provisions.

Therefore, for nearly two decades, (18 years) from drafting the contemporary Criminal Code of the Republic of Albania, the criminal provision sanctioned by Article 291 of the Criminal Code qualified as criminal misdemeanor: *"Driving while inebriated or without a license", constitutes criminal contravention punished by a fine or up to six months of imprisonment*".

The lawmaker of the time had foreseen two ways of committing this criminal misdemeanor: precisely by being inebriated or without license. The main punishments enforced by the lawmaker were through fine and imprisonment.

The legal qualification from criminal misdemeanor modified to criminal offence was made by Law 144/2013. Therefore, "the illegal driving" was substituted by: "*Driving vehicles or other motor-vehicles while inebriated, under the effect of narcotics, or without a relevant driving license, shall be punishable by up to three years of imprisonment*." [93]

With this legal intervention, it was enriched the scope of committing the criminal offence and besides driving inappropriately and while drunk it was added driving under the effect of narcotics [94]. Therefore, as an aftermath of these legal interventions, the only sanction against these criminal offenders provided by Article 291 of the Criminal Code was punishment by imprisonment. Under the circumstance, the judiciary was forced to change the main trend and the type of sentence mostly decided until then (up to that year) from fine to imprisonment as we shall see in the following work-paper.

With the legal intervention of 2014, it was enabled the nomination/determination of the criminal offender and minimal penalty was not less than 10 days of imprisonment compared to five days of imprisonment which was set as minimum penalty by the Criminal Code. And secondly, thanks to these legal amendments, the judiciary possessed the discretion right to substitute the imprisonment sentence with fine, for criminal offenses provided by Article 291 of the Criminal Law. In that sense, our lawmaker sanctioned that: "*Driving vehicles or the other motor-vehicles under the impact of the alcohol, under the impact of narcotics or in absence of the respective driving license shall be sentenced from ten days up to three years of imprisonment. The law court may decide the substitution of imprisonment sentence with an amount payment received in the benefit of the state*" [95].

The material object for this criminal offense is almost the same for any criminal offence committed against road safety. Therefore, in principle is the same group of objects violated by these criminal offenses.

The ways of committing the criminal offense are significant as to the determination of the legal qualification of "Driving vehicles inappropriately" provided by Article 291 of the Criminal Code [96].

The three main ways for committing the criminal offense are: driving drunk, inappropriately or under the effect of narcotics [97].

According to the Criminal Law professors, our criminal law provisions adhere to the principle of not exempting persons who have been driving drunk or under the effects of narcotics from their criminal liabilities [98].

According to criminal law researchers, the criminal liability arises at the moment that persons are aware of what they are committing and should do anything possible to control their actions [99]. The intoxication may be qualified as common intoxication, occasional intoxication, intentional intoxication and pathological dehydration. Occasional intoxication is the one that causes a lowering of mental state capacity and we are in front of an isolated case of intoxication [100]. In this case, the intoxication shall be considered as a mitigating circumstance. It is understandable that when the intoxication is intentionally or deliberately committed it shall be considered by the adjudication panel as an aggravating circumstance to the offender. Pathological intoxication is that kind of drunkenness when the human being totally loses control over his actions and is not liable for the criminal offense committed [101].

The third way to commit these criminal offenses is driving vehicles inappropriately without a driving license.

Criminal law theory does not have a clear definition on what may be the case when we shall be in front of these criminal offenses. In the event that any driver is properly equipped with a driving license by law enforcement authorities the driving license or permit is restricted by another authority, how will this be considered?

The Republic of Albania Supreme Court Jurisprudence withholds the stance that if persons equipped with driving licenses

[93] LAW No., 144/2013, Date of Act: 02. 05. 2013, Adoption date: 02. 05. 2013, Official Journal No. 83, Page 3526.
[94] LAW No., 144/2013, Date of Act: 02. 05. 2013, Adoption date: 02. 05. 2013, Official Journal No. 83, Page 3526.
[95] LAW No., 98/2014, Date of Act: 31. 07. 2014, Adoption date: 31. 07. 2014, Official Journal No. 132, Page 6020.
[96] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.
[97] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.
[98] ELEZI, ISMET, & KAÇUPI, SKENDER, & HAXHIA, MAKSIM, *Commentary on the Republic of Albania Criminal Code*, "Geer" Publishing house, Tirana, 2001, p. 126-127.
[99] ELEZI, ISMET, & KAÇUPI, SKENDER, & HAXHIA, MAKSIM, *Commentary of the Criminal Code of the Republic of Albania*, "Geer", Publishing house, Tirana, 2001, p. 126-127.
[100] ELEZI, ISMET, & KAÇUPI, SKENDER, & HAXHIA, MAKSIM, *Commentary of the Criminal Code of the Republic of Albania*, "Geer" Publishing house, Tirana, 2001, p. 126-127.
[101] ELEZI, ISMET, & KAÇUPI, SKENDER, & HAXHIA, MAKSIM, *Commentary of the Criminal Code of the Republic of Albania*, "Geer" publishing house, Tirana, 2001, p. 127-128.

are suspended by another law enforcement authority over a certain period we shall not be in front of or in the event of criminal liabilities provided by Article 291 of the Criminal Code accordingly [102].

Driving vehicles without the relevant license constitute criminal contravention and an administrative offense at the same time as provided by Road Code provisions. The question arising here is that what will be the reaction in this case and here will this case be addressed to? [103]

Even in this case we shall address to the Supreme Court jurisprudence to properly answer this question. The Supreme Court of Albania has clearly stated that *"… driving vehicles inappropriately without relevant license, as inappropriately acted by the subject under trial constitutes a criminal contravention. Also the fact that the same action provided as an administrative offense (in Article 115/12 of the Road Code), shall not make grounds for the Road Code be effectively applicable and Criminal Code provision remains ineffective. Otherwise based on point 1 of Article 216 of Criminal Procedure Code, for violations considered as criminal offenses, the agent or the verification body has the obligation to immediately notify the prosecutor (without delay), as already happened with the case subject to trial…"* [104].

The arrival of criminal consequences is not necessary in the event of inappropriate driving offense. In this sense, it is sufficient to attest/prove the existence of the fact of missing license, driving drunk or under the effect of narcotics. Therefore, this is a criminal provision that does not request the arrival of criminal consequences as necessary.

Subject of the criminal offence in question can be any person who has reached the age for criminal liability and is liable / accountable of his acts.

The elements of the subjective side have no significant impact on the legal qualification of the offense they may be only considered when the sentence or term of imprisonment is decided by court.

Based on the conducted researches during 2004-2008 and the statistical data provided by the General Prosecutor's Office, from 719 cases registered for inappropriate driving by the prosecution office 656 were sent to trial [105].

During 2004-2015, as tried cases from Albanian judiciary result 6907 and as convicted result 7726 persons [106].

Up to two years of imprisonment is sentence given for perpetrators who have committed the criminal offence of *driving inappropriately* during 2004-2015, provided by Article 291 of the Albanian Criminal Code. As convicted for this criminal offense are 5176 persons, comprising 67% of the total convicted volume [107]. The Albanian courts for years 2004 to 2015 have provided fine sentences for 2502 perpetrators of the criminal offence in question [108]. They occupy 32.38% of the total convicted. 46 persons sentenced from 2 up to5 years of imprisonment make up 0.6% of the total volume. Only 2 convicts or 0.02% of the total of convicts have been sentenced from 5 up to 10 years of imprisonment [109].

As convicted on this criminal offence during 2004-2015 are 402 juveniles, from which 22 are uneducated and 380 are educated juveniles [110]. Educated juvenile held in prison occupy 94.5% of the total volume whereas uneducated juveniles occupy 5.5% of the volume.

The most frequent sentence given for juvenile offenders is up to two years of imprisonment. They occupy 77% of the total volume of juvenile offenders (309 individuals) [111]. 93 juveniles [112] have been fined as perpetrators for this crime and occupy 23% of the total volume.

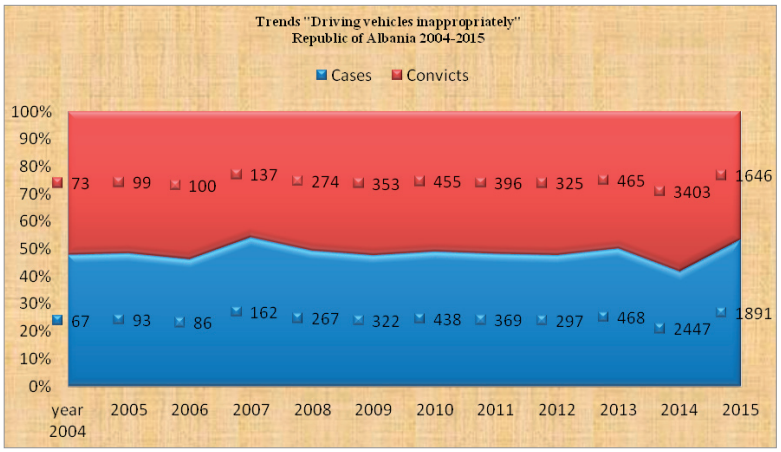
Women convicted on this criminal offense during 2004-2015 are 47 [113] and occupy less than 1% of the total volume (0.6%) compared to male convicts representing approximately 99.4% of the total volume (7679 persons) [114].

During the last two years of the study, precisely during the year 2014 and 2015, Albanian Courts have examined 4338 cases which comprise nearly 62.8% of the total volume of cases examined during 2004-2015 [115].

According to a Ministry of Justice data survey, 65% of the convicts of Albanian courts for the crime of "Driving vehicles inappropriately" provided by Article 291 of the Criminal Code are from the last two years of the study. Thus, out of 7726 convicts for the period of 2004-2015 only 2680 were convicted in 2004-2013 and 5049 people are convicted by a verdict in 2014 and 2015 [116].

[102] REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 177, dated 05. 04. 2006*, Tirana.
[103] TRENOVA, GENTIAN, *Interpretations of the Criminal Code*, "Dita 2000", Tirana, 2009, p. 239.
[104] REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 185, dated 09. 04. 2008*, Tirana.
[105] JORGAQI, EDLIRA, *Study on the Criminal Offenses committed in the Republic of Albania in Violation of Traffic Rules (Article 290) 2004-2008*, General Prosecutor's Office, Tirana, 2009, p. 14-15.
[106] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[107] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[108] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[109] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[110] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[111] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[112] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[113] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[114] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[115] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[116] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.

Figure 3 Trends "Driving vehicles inappropriately" Albania 2004-2015



4.3 Violation of road code rules

The violation of road code rules is one of the four criminal offenses provided by Article 290 of Republic of Albanian Criminal Code [117].

Albanian Supreme Court jurisprudence has stipulated that: "*Article 290 of the Criminal Code represents a "blank" provision not describing Albanian road code rules and their violation constitutes the criminal offenses and in any case, Albanian law courts have the obligation to resolve the cases with reference to Albanian Road Code to determine which provision has been violated…*" [118]

The provision indicating the criminal offense is organized in two paragraphs [119].

In the first paragraph requires the deriving consequence for the legal qualification of the criminal offense. The consequence may be materialized in the material injuries consisting in the breach of human life or serious injury to human health of one persons or slight injury committed to the human health of more than one person.

The consequences shall be a direct outcome of criminal acts and or omissions in any case. In this sense, the Albanian judicial practice has also acknowledged that criminal liability shall arise only when the direct causal link between offender's actions or omissions and the material injury suffered exists [120]. The sanction enforced on the offenders must be closely related to the consequences derived from the criminal conducts, or otherwise, is closely related to the degree and intensity of the object infringed or violated.

In some cases, Albanian judicial practice has reached the conclusion of suspending the execution of the imprisonment sentence for convicted perpetrators/ offenders, and has set them under probation. The e same stance or attitude has been held by the Supreme Court Criminal Panel. Therefore, the Supreme Court Criminal Panel in one of its decisions has ruled out that: "*… as opposed to what is claimed in the recourse of the defendant, both the First Instance and the Appeal Court of Shkoder have examined and appreciated the evidence in a correct way and consequently the legal qualification, the sentence and the service of imprisonment provided by Article 59 of the Criminal Code, is fair and based on the law and should be upheld…*" [121].

In contrast to the first paragraph of Article 290 of the Criminal Code, with the second paragraph the lawmaker has provided an essential requirement that the consequences connected with the breach of human life or serious injury to human health of some people shall be as direct outcome of criminal actions and/ or omissions of the offenders.

In a similar case, the lawmaker has provided the minimum sentence on the offenders that is five years of imprisonment. Whereas the maximum margin of punishment, the lawmaker has left in the discretion of the adjudication panel.

The subject of the criminal offense provided by Article 290 of the Criminal Code is special. They shall be only drivers, Albanian citizens, foreigners or stateless persons, who meet the conditions, set out By Albanian Road Code [122]. The personality of the perpetrators is also taken into consideration when sentencing the type and term of punishment or sanction. Therefore Republic of Albania, Supreme Court has reached the conclusion that: "*The courts also had to consider that the person under trial was young and possessed a university degree and his criminal conviction even with short term of imprisonment, would bear significant negative impacts on the future of social and professional life the judged, and that the provided punishment would be useless with no re-education effects. Criminal conviction, in addition to the punishment that provided by the society for the criminal offense committed, basically means the re-education of the convicted in order to be able to assume the normal life activities after servicing the imprisonment… the Criminal Panel… deems that suspending the execution of serving the imprisonment over a certain term would be the most appropriate sentence for the defendant…*" [123].

[117] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.
[118] REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 359, dated 25. 05. 2005*, Tirana.
[119] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.
[120] REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 359, dated 25. 05. 2005*, Tirana.
[121] REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 400, dated 08. 07. 2009*, Tirana.
[122] ELEZI, ISMET, *Criminal law- special part,* "Erik" Editions, Tirana, 2009, p. 550.
[123] REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 526, dated 08. 10. 2003*, Tirana.

Subjective side elements are not significant for the qualification of this criminal offense.

The forensic expertise and the auto-technical expertise are two legal acts giving a big help to Albanian criminal courts to exercise their duty in connection with fair trial of these criminal offenses. These legal acts also play a major role in determining the legal qualification for these criminal offenses and in deterring the sentence for these criminal offenders. Therefore, in one of Albanian Supreme Court decisions it is noted that: "*… According to the forensic examination act on the examination of the injured party, as a result of the accident, the incurred injuries fell under the category of serious injuries… According to the auto-technical expertise act… it was concluded that the perpetrator driving at the speed of over 80 km / h, has violated road safety rules. On this basis, the perpetrator has been charged with criminal offenses of violation of road traffic rules… provided by Article 290/2 of the Criminal Code*"[124].

Based on the statistical survey performed by Albanian General Prosecution Office, criminal proceedings filed on "the violation of road code regulations" provided by Article 290 of the Criminal Code record 2 or 3 files daily[125]. Also, based on the recent work-paper/research of Mrs. Jorgaqi, the criminal offenders (convicted on this criminal offense) have committed the death of nearly 0.6 persons, daily and wounding 1.2 persons, daily[126].

The criminal offense committed in violation of road traffic rules results with the largest number of convicts for period 2004-2008. More specifically, Albanian criminal courts have tried/ resolved 1279 cases and convicted 1303 on this criminal offense[127].

Albanian criminal courts have provided 28 decisions of innocence or 57 % of decisions have been issued during the last 2 years under study (five decisions in 2004; four decisions in 2005; three decisions in 2006; eight decisions in 2007; eight decisions in 2008).

Criminal offenses tried during 2004-2015 in "violation of road traffic regulations" provided by Article 290 of the Criminal Code result 3439 cases and 3459 convicts[128]. The main type of punishment applied to the perpetrators is up to two-year of imprisonment is exercised on 1950 convicts, comprising about 56% of the total of convicts[129]. Fine as alternative sentence is applied on 1202 persons[130] comprising about 35% of the total number of convicts. From two to five-year imprisonment has been applicable on nearly 238 convicts[131] comprising 7% of the total number of convicts. Five- to ten- year imprisonment has been applicable on 67 criminal offenders in question comprising about 2% of the total convicts[132]. 10-25- year imprisonment has been enforced by Albanian criminal courts only on 2 persons, comprising about 0.05% of the total number of convicts[133].

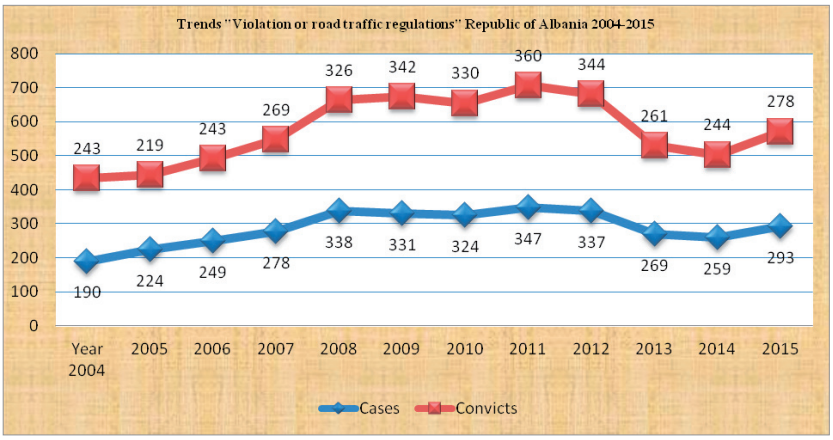
Perpetrators committing road code violations record 98% of tried cases when the majority of convicted persons are male adults. Therefore from the total convicted on these criminal offenses 3408 convicts are male and 3391 male adults[134]. Women occupy only 1.5% of the total convicted on this offense. There are 58 women convicted of this criminal offense[135].

Minors occupy only a small percentage of convicted compared to the other convicts. Convicted minors in violation of Article 290 of the Criminal Code record 68 persons. They occupy only 2% of the total convicted in our country. Minors convicted on this criminal offense are mostly educated. They occupy about 95.5% of the volume representing 65 individuals[136]. Uneducated minors, convicted on these criminal offenses are 3 persons[137] occupying nearly 4.5% of the total convicted persons.

The main punishment applicable by Albanian criminal courts for minors as perpetrators of the criminal offense provided by Article 290 of Albanian Criminal Code is up to two year imprisonment. This sentence has been applicable to 78% of minors 53 of convicts[138]. The fine applied as punishment has been enforced on 10 minors[139] or 15% of convicted persons. 2-5 year imprisonment has been applicable to 4 minors[140] or to 6% of convicts. Whereas, 5-10-year imprisonment has been applied for one convict, only[141], occupying 1% of the total volume of penalties applied to minor offenders.

[124] REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 518, dated 27. 09. 2006*, Tirana.
[125] JORGAQI, EDLIRA, *Study on the Criminal Offense committed in the Republic of Albania in Violation of Traffic Rules (Article 290), 2004-2008*, General Prosecutor's Office, Tirana, 2009, p. 1.
[126] JORGAQI, EDLIRA, *Study on the Criminal Offense of Violating Traffic Rules (Article 290) in the Republic of Albania, 2004-2008*, General Prosecutor's Office, Tirana, 2009, p. 1.
[127] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2008*.
[128] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[129] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[130] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[131] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[132] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[133] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[134] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[135] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[136] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[137] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[138] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[139] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[140] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[141] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.

Figure 4 Republic of Albanian Criminal Code, Article 290 "Violation of road traffic regulations"



4.4 Violation of labor code/ operating discipline in transport

With regard to criminal offenses committed against road code [142], the Criminal Code provided in Article 292 the violation of labor code/discipline transport.

This provision is noticed to be organized by two paragraphs.

The legislator, in the first paragraph, seeks to provide the legal qualification on the criminal offense committed in violation of labor code/ discipline in transport and the consequence which consists in violation of human life or serious injury to human health. Therefore, this paragraph with regard to the objective side of the criminal offense requires the existence of causal link between the criminal act and the consequence. As provided by this paragraph the law court shall enforce on the criminal offenders only two of its major punishments: fine or up to ten-year imprisonment [143].

The affected object in the second paragraph is the same with the first paragraph that is the human life and health of more than one person [144]. Our lawmaker has provided by this provision only the minimum sentence for the offenders [145], meaning that Albanian law courts have that the discretion to provide the maximum term of sentence.

The subject of this criminal offence is special and refers only to the railway, air or water transport employees.

Based on the Ministry of Justice statistical data survey, persons convicted on this provision have recorded the lowest number compared to other criminal offences committed against road safety [146]. These criminal offences are only committed by male adults. No minor or female is recorded as having committed these criminal offenses.

During 2004-2015, Albanian courts have tried/adjudicated 95 criminal cases brought by prosecution offices and 73 persons are convicted by Albanian courts on these criminal offences [147]. 66 convicts are sentenced with fine comprising 90.5% of the total convicted on this kind of offence, up to two years imprisonment has been enforced on 6 convicts, comprising 8% of the total convicted on this offence, and only for 1 convict has been sentenced on up to five year imprisonment recording 1.5% of the total convicted on this kind of offence [148].

Albania records an insignificant volume of this criminal offense committed compared to the overall volume of all crimes committed on our domestic territory.

Over 2004-2010, criminal offenses committed in violation of labor code discipline record only one convicted in 2004 and 91 cases tried/ adjudicated by Albanian law courts on this criminal offense [149]. Expressed in percentage, we have 91% of cases brought to trial by the prosecution office during this period [150]. From 98.7% of the total convicts or 72 convicted by the Albanian courts only for 4 cases were brought to trial by prosecution office over years 2011-2015 [151].

4.5 Obstructing/hampering the circulation / movement of transport vehicles

The criminal offense of "Obstructing the movement of transport vehicles" provided by Article 293 of the Criminal Code has following content: "*Placing obstacles in the way of, or any vehicles blocking the movement to other means of transport, whether automobile, railway, water or air transport is punished by fine or sentenced up to three years of imprisonment*" [152].

The violated object for these criminal offenses is road safety, the free movement of transport road, rail, sea, water and air means.

[142] The author opinion is that it should not be a part of the study of criminal offenses in the field of road traffic, referring to the context of its content.
[143] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.
[144] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.
[145] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.
[146] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[147] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[148] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[149] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[150] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[151] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[152] LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.

With regard to the objective side of the criminal offense, the most significant for the legal qualification of the offense is the existence of the causal link between the criminal act and the consequences that is the slowing, the creation of artifices or halts in the circulation of transport vehicles, and not only.

Reviewing the objective side of the criminal offense, the way and tools used for the legal qualification bear no significance/ are not significant. Therefore, to considered or reviewed as essential is the halting or impeding the circulation/ movement of road, rail, water, or air transport vehicles.

The subject may be any person who has generally reached the required age for criminal liability or is criminally liable.

The lawmaker has provided as sentences for the criminal offender fines or up to three-year imprisonment. What comes out from the logical interpretation/ reasoning of the criminal provision is the fact that our lawmaker has provided the maximum and not the minimum term of imprisonment.

The criminal offence of "Hampering the circulation/ movement of transport vehicles" provided by Article 293 of the Criminal Code, during 2004-2015 has resulted with a relatively small number of convicts compared to other court decisions provided for other criminal offences tried against road safety [153].

Only 96 convicts are sentenced on the criminal offense of "Obstructing the movement of transport vehicles" from 54 cases brought trial by Albanian prosecution office [154].

Albanian Ministry of Justice statistical survey indicates no data regarding either minor or female convicts for the period under study/ survey.

The type of sentence mostly provided by Albanian law courts is fine with 73% of convicts or otherwise said is 70 persons convicted on these criminal offences [155].

The Albanian law court sentences on up two year imprisonment record 25 persons or 26% of offenders tried as based on Article 293 of the Criminal Code [156]. And finally, Albanian judicial system has provided sentences from 2 to 5 year imprisonment for only 1 % of convicted persons on the criminal offense of "Obstructing the movement of transport vehicles" provided by Article 293 of the Criminal Law [157].

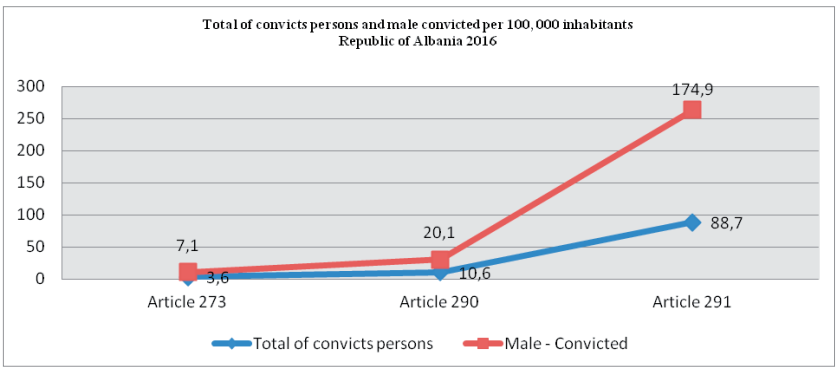
Conclusions

Road infrastructure in Albania is far from the required contemporary European standards. Despite the positive efforts undertaken during 2005-2009, in the Republic of Albania, currently there is no road segment of the same level of development or that meets the core standards of roads compared to Euro-Atlantic countries, based on constructive, technical and functional road features.

All vehicles in Albania are typical of their very old age. The affecting factors are political, economic, and the widespread corruption in the country.

Under the circumstances and based on the statistical data survey of the Ministry of Justice and the Institute of Statistics, Albania is characterized by the very high number of offenses committed in breach of road safety as compared to the number of people. Therefore, the number of convicted/sentenced persons compared per 100,000 inhabitants is 3.6 convicted/sentenced based on Article 273 of the Criminal Code; 10.6 convicted/sentenced on Article 290; as well as 88.7 convicted based on Article 293. In terms of male convicted/sentenced compared to 100,000 inhabitants, number is still higher in Republic of Albania. Therefore, male convicted/sentenced compared to 100,000 inhabitants is 7.1 males sentenced as based on Article 273 of the Criminal Code; 20.1 male convicted/sentences as based on Article 290 and 174 male convicted as based on Article 291.

Figure 5 Criminal offenses committed against road safety



[153] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[154] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[155] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[156] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.
[157] REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015*.

Strengthening the punishment sanctions given for offenders is highly recommended. Fine and up two years of imprisonment should no longer remain the main punishment sanctions. Preventive measures should mostly aim the awareness of Albanian society on the high importance of combating criminal offenses committed against road safety and the main target group should be male adults as this is the category that has recorded more perpetrators for this criminal offense.

The Albanian local and executive government should also undertake appropriate and due steps to construct a better road infrastructure and enrich the Albanian vehicle groups to align with Euro-Atlantic standards of road infrastructure.

In conclusion/ termination of this chapter I would like to recommend our legislator to perform a detailed review on the criminal offenses committed against road safety despite of the fact that our legislator has intervened by different legislative initiatives to our Criminal Law.

Bibliography

ALBANIAN MONARCHY, the Ministry of Justice, *Albanian Criminal Code* "The Sun" Printing House, Tirana, 1929.

ELEZI, ISMET, *The customary criminal law of Albanians*,"8 November" Publishing House, Tirana, 1983.

ELEZI, ISMET, The *Criminal law of The Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana University, Faculty of Law and Political Sciences, Tirana, 1983.

ELEZI, ISMET, & KAÇUPI, SKENDER, & HAXHIA, MAKSIM, *Commentary on the Criminal Code of Republic of Albania*, "Geer" Publishing house, Tirana, 2001.

ELEZI, ISMET, *Labëria customary law*, "Toena" Publishing House, Tirana, 2002.

ELEZI, ISMET, *Canon of Labëria*, "TOENA" publishing house, Tirana, 2006.

GOCI, HAXHI, *Canon of Benda's province*, Press House "Ombra GVG", 2010, Tirana.

GJEÇOVI, SHTJEFËN, *Canon of Lekë Dukagjini,* "Kuvendi" Publishing House, Printing Office "Geer", Tirana, 1999.

HALILI, RAGIP, *Criminology*, 4th edition, Prishtina, 2005.

HOXHA, SHEFQET, *Canon of Luma*, Press House "Geer", Tirana, 2013.

ILIA, FRANO, *Canon of Scanderbeg,* Publishing House "Editrice La Rosa", Milot, 1993.

JORGAQI, EDLIRA, *Study on the Criminal Offenses committed in Violation of Traffic Rules (Article 290) in the Republic of Albania, 2004-2008*, General Prosecutor's Office, Tirana, 2009.

KONOMI, XHORXH, "Causes/grounds for road traffic events and the fight against them", *Journal "People's Justice"*, No. 3, year 1964.

LAW No.7895, Date of Act: 27. 01. 1995, Adoption date: 27. 01. 1995, Official Journal No. 2, Page 23: amended.

LAW No., 8378, Date Act: 22. 07. 1998, Adoption date: 22. 07. 1998, Official Journal No. 19, Page 651: amended.

LAW No., 144/2013, Date of Act: 02. 05. 2013, Adoption date: 02. 05. 2013, Official Journal No. 83, Page 3526.

LAW No., 98/2014, Date of Act: 31. 07. 2014, Adoption date: 31. 07. 2014, Official Journal No. 132, Page 6020.

MARTINI, XHAFERR, *Canon of Dibra*, 2nd Edition, Press house "Emal", Tirana, 2007.

REPUBLIC OF ALBANIA, the Ministry of Justice, Tirana, *Annual Statistics 2004-2015.*

REPUBLIC OF ALBANIA, Institute of Statistics, *Transport*, 1993-2017.

REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 526, dated 08. 10. 2003*, Tirana.

REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 359, dated 25. 05. 2005*, Tirana.

REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 132, Dated 15. 03. 2006*, Tirana.

REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 177, dated 05. 04. 2006*, Tirana.

REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 518, dated 27. 09. 2006*, Tirana.

REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 185, dated 09. 04. 2008*, Tirana.

REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 400, dated 08. 07. 2009*, Tirana.

REPUBLIC OF ALBANIA, *Supreme Court Decision No. 269, dated 10. 09. 2009*, Tirana.

REPUBLIC OF ALBANIA, Supreme Court *Decision No. 477, dated 07. 10. 2009*, Tirana.

SUPREME COURT OF REPUBLIC OF ALBANIA, *Instruction No. 8, date 5. 11. 1982,* "On the criminal offences connected to violations of road traffic rules".

TERPO, PIRO, & BEGEJA, SKENDER, "Strengthening the fight against road traffic violation of rules", *Journal "People's Justice"*, No. 2, year 1960.

TRENOVA, GENTIAN, *Interpretations of the Criminal Code*, "Dita 2000", Tirana, 2009.

THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* Tirana, 1952.

THE MINISTRY OF JUSTICE OF THE POPULAR SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, The *Criminal Code of the Popular Socialist Republic of Albania,* "8 Nentori" Publishing house, Tirana, 1977.

THE PRESIDIUM OF THE PEOPLE'S ASSEMBLY, *Decree No. 4569, date 1. 11. 1969*, Law No. 6943.

www.instat.gov.al

www.drejtesia.gov.al

http://www.gjykataelarte.gov.al/

http://www.pp.gov.al/web/studim_aksidentet_333.pdf

Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 – Teil II.

(The Dreams of Unifying Europe from the Middle Ages to the Foundation of the European Economic Community (EEC) in 1957 – Part II.)

Diemut Majer, Wolfgang Höhne***

Abstract

The book deals with the ideas of Europe. Europe was on one hand the center of many crisis and wars, on the other hand a center of common cultural developments – from Christendom and Enlightment up to music, poetry and arts. The text goes back into history and shows that the visions of a common Europe did not only arise after World War II, but were already present in the Middle Ages. The theories of the ancient state-philosophers and other scholars show surprising similarities with the basic problems of the EU of nowadays. Theses visions were always combined with the deep desire and many appeals for a lasting peace in Europe – in former centuries an utopia, realized only in the second half of the 20th century.

Keywords: *European unification; European peacemaking; sovereignty of states vs European institutions as key question from the medieval ages up to the 20th century; European ideas in the medieval ages - federation of medieval princes; conquer of the holy land - Pierre Dubois; Flavio Biondo / Urban II.; Enea Silvio Piccolomini - Christian nature of the European countries; war against the Osman Empire; reform of the church; Erasmus of Rotterdam; dominance of France in Europe; principals of international law (Hugo Grotius).*

3. Kapitel: Der Europäische Gedanke im Zeitalter der Aufklärung

Mit der Zeit der ausklingenden Renaissance trat die „Nation" an die erste Stelle des Weltbildes. Einen wichtigen Meilenstein bildete das Buch „Six livres de la République" des französischen Juristen und Staatstheoretikers Jean Bodin von 1577, in dem er die Lehre von der Souveränität des Nationalstaates aufstellte.[1] Es entwickelte sich ein System von Machtstaaten, welches üblicherweise mit res publica christiana bzw. république chrétienne (Christliche Republik) bezeichnet wurde. Die geistliche und weltliche Partikularisierung nahm ihren Lauf, die gedankliche Basis bildete der Individualismus (in Bezug auf den Einzelmenschen und die Einzelnation), der jedem Zusammenschluss auf Dauer – unter Hintanstellung eigener Ambitionen – abhold war. Dementsprechend gab es im 16. Jahrhundert auch keine bedeutenden Einigungsaufrufe. Auch wenn Erasmus von Rotterdam 1517 in seiner „Klage des Friedens, der bei allen Völkern verworfen und niedergeschlagen wurde" die Regierenden aufruft, vernünftig zu sein und den Frieden zu wahren, so dachte er dennoch (noch) nicht europäisch. Für ihn spielte die Kultur oder die Regierungsform keine Rolle, er teilte die Welt einfach in christlich (und damit zivilisiert) und nicht-christlich ein.

In dieser Zeit finden wir jedoch die erste Definition Europas auf nicht-religiöser und nicht- geografischer, sondern auf politischer Basis. Der italienische Politiker, Philosoph, Geschichtsschreiber und Dichter Niccoló Machiavelli zeigt in seinen Schriften von 1520 die Grundsätze dieser Sichtweisen: Er empfindet, Europa habe eine eigene „Persönlichkeit" oder Individualität entwickelt. Während in Asien nur absolutistische Monarchien vorhanden seien, gebe es in Europa auch die nicht-absolutistische Regierungsform. Er sieht einen starken Kontrast zwischen Europa und Nicht-Europa: Er stellt zahlreiche, individuelle „Schaffenskräfte" dem Despotismus in Asien gegenüber. Europa bedeutete für Machiavelli die Existenz vieler Staaten, jeder mit nicht unbegrenzter Macht im Innern, mit republikanischer Verfassung; Asien dagegen habe nur wenige Staaten, wo die unbegrenzte Macht der Herrscher regiere und jede republikanische Bestrebung zunichte mache.[2]

Die Reformationsbewegung im Reich verstärkte die Tendenz zum Individualismus der Staaten, die in katholische und evangelische Lager zerfielen und in zahlreichen kriegerischen Auseinandersetzungen die Vorherrschaft im Reich zu erringen trachteten. Die zahlreichen Friedensschlüsse und Religionsfrieden (das Augsburger Interim 1548, der Passauer Vertrag 1552 und der Augsburger Religionsfrieden 1555) brachten keinen endgültigen Frieden. In der 2. Hälfte des 16. Jahrhunderts wurde Europa von weiteren Kriegen erschüttert: den acht Hugenottenkriegen zwischen 1562/63 und 1598 in Frankreich, dem Drei-Kronen-Krieg (Dänemark, Schweden, Norwegen) von 1558 bis 1568, sowie dem niederländischen Unabhängigkeitskriege zwischen 1572 und 1600 mit ihren Fortsetzungen im Dreißigjährigen

* Diemut Majer, emeritierte Universitätsprofessorin. Sie ist Rechtsanwältin in Karlsruhe
** Dr. Wolfgang Höhne ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Frau Prof. Majer.

1 Foerster 1967, S.122.
2 Zit. nach Chabod, S. 67.

Krieg (1618-1648). lm Südosten waren die osmanischen Heere auf dem Vormarsch, vernichteten bei Mohacs 1526 das ungarische Königreich, griffen 1529 erstmals Wien an, verwandelten die umkämpften und eroberten Gebiete in verbrannte Erde und menschenleere Wüsteneien. Die osmanischen Akindschis, die „Renner und Brenner", wurden im öffentlichen Bewusstsein besonders im habsburgischen Teil des Reiches zu Nachfolgern der Hunnen, Awaren und anderer „aus dem Osten" heranziehender Angreifer betrachtet, die Verwüstung und Tod brachten. Obwohl die türkische Flotte im Mittelmeer in der Schlacht von Lepanto 1571 vernichtet wurde, ging die türkische Expansion auf dem Balkan weiter, das Gebiet des heutigen Ungarn und Teile Kroatiens wurden besetzt, die kaiserlichen Heere zurückgeschlagen. 1683 standen die Türken erneut vor Wien, wurden aber in der Schlacht am Kahlenberg von einem kaiserlichen Heer zurückgeschlagen.

Die Religions- und Eroberungskriege fanden ihre Fortsetzung im 17. Jahrhundert, als Habsburg, Preußen, Russland und ihre Verbündeten um die Vorherrschaft in Mitteleuropa rangen. Die zahlreichen Kriege galten nicht als nationale Angelegenheit, sondern dem Interessensausgleich der Fürsten. Zahlreiche Territorien erlebten eine große Verwüstung, besonders durch den Dreißigjährigen Krieg. Ein Drittel der Bevölkerung war durch Kriegseinwirkung, Hunger und Krankheit umgekommen. Die Felder wurden nicht bestellt, Räuberbanden durchzogen das Land. Ganz Mitteleuropa durchlebte eine wirtschaftliche und kulturelle Katastrophe.

Die ständigen Kriege setzten sich im 18. Jahrhundert fort.[3] Über fast 300 Jahre hinweg herrschte in Europa eine Zeit ständiger Friedensgefährdung und Kriegsgefahr, Verwüstung und Verödung, zunehmender Rechtsunsicherheit und allgemeiner rechtlicher und sittlicher Verwahrlosung.[4] Die Bevölkerung litt unter den Plünderungen der Söldnertruppen und dem Nahrungsmangel, der sich mit der Zerstörung der wirtschaftlichen und landwirtschaftlichen Strukturen einstellte. Die Schrecken der unzähligen Kriege waren allgegenwärtig und verursachten Kriegsmüdigkeit und eine allgemeine Friedenssehnsucht. Die Bilder und Texte dieser Epoche beklagen die Zerstörungen und geben der Hoffnung auf Frieden beredten Ausdruck. Sie weisen auf die Verwüstungen vor allem der deutschsprachigen Gebiete des mittleren Europa durch den Krieg hin: *Ich klage mit mir selbst, weil mit so vielen falten verfallen die Gestalt, als die nu soll veralten. Und lassen ihre Zier, die vor das Haupt der Welt und aller Länder Pracht. Den Friede wollen wir, der Krieg kein Heil hat bracht. Es kann der Friede zwar sich selbst nicht anschaffen. Es folget guter Rat und die gerechte Waffen. Wo die gerechte Sach auch hat ein Fundament, Gott selber Richter ist und tritt ins Regiment,* heißt es in einem Klagelied.[5]

Diese Hoffnungen fanden jedoch keine Erfüllung. Zu groß waren die Verwüstungen, zu groß auch die Machtansprüche der europäischen Mächte. Zahlreiche Friedensschlüsse[6] jener Zeit wurden wenig beachtet. Oft waren sie nur der Anlass für neue kriegerische Auseinandersetzungen. In den verschiedensten Regionen Europas herrschte jahrelang Kriegszustand, die Kriege dauerten oft über zehn Jahre. So führte allein Ludwig XIV. während der vierundfünfzig Jahre seiner Regentschaft neunundzwanzig Jahre lang Krieg, darunter die Raubkriege ins Elsass und in die Pfalz. Die Friedensschlüsse hielten meist nicht lange, und kurze Zeit später griffen die Mächte wieder zu den Waffen. Erst mit der Auflösung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation zwischen 1803 und 1806 endete die Expansion der europäischen Mächte (Preußen, Österreich, Frankreich, die Niederlande, Spanien).

Vor dem Hintergrund dieser vielen Kriege schossen Friedenspläne und -ideen wie Pilze aus dem Boden. Schon lange vor den Schriften der klassischen Aufklärer erschienen zahlreiche Aufrufe zur europäischen Einigung. So wurde 1710 ein Pamphlet eines gewissen John Bellert in einer 30-seitigen Denkschrift an Königin Anne von Großbritannien und an das Parlament, an die Mächte, Räte und Staatsminister, die Bischöfe und andere Geistliche veröffentlicht. Er forderte einen europäischen Staat und beschrieb ausführlich dessen Struktur: „Some reasons for an European state proposed to the powers of Europe, by an universal guarantee, and an annual congress, senate, dyet, or parliament, to settle any disputes about the bounds and rights of princes and states hereafter."[7] Auch berühmte Wissenschaftler griffen zur Feder.[8] Aus dem Bewusstsein der unerträglichen Zustände dauerhafter Existenz- und Lebensbedrohung entstanden die Ideen zur Verhinderung weiterer Kriege sowie die Entwürfe zu einer europäischen Friedensordnung, von der man sich eine Verbesserung der katastrophalen sozialen und wirtschaftlichen Lage erhoffte. Landwirtschaft und Gewerbe mussten wieder aufgebaut, die Wirtschaft in den zerstörten Gebieten wieder angekurbelt, die Felder wieder bestellt und Neusiedler gewonnen werden. All das stellte die Landesherren vor fast unlösbare Aufgaben. Die Aufrufe zur europäischen Einigung betonten immer stärker, dass nur das Ende aller Kriege zu einem Neuanfang führen könne.

---

[3] Der große Nordische Krieg (1700-1721), der Spanische Erbfolgekrieg (1701-1713/14), der Polnische Erbfolgekrieg (1732-1735), der Österreichische Erbfolgekrieg (1740-1748), der Schlesische Krieg (1740-1748) einschließlich des Siebenjährigen Krieges, der dritte Russische Krieg (1744-1768); die Teilungen Polens 1772,1793, 1795 müssen ebenfalls den kriegerischen Phasen zugerechnet werden. Die französischen Revolutionskriege beendeten das Jahrhundert. Im ganzen 18. Jahrhundert herrschten nur elf Jahre Frieden. Näher Geier, S.64ff.

[4] Von Raumer, S.66.

[5] Zit. nach Geier, S.64.

[6] Vgl. vor allem den Frieden von Münster und Osnabrück 1648 (Ende des Dreißigjährigen Krieges); den Frieden von Westminster (Ende der englisch-niederländischen Seekriege 1652-1674); der Friede von Oliva, der den schwedisch-polnischen Krieg 1655-1660 beendete; der Friedensschluss von Nimwegen, der den französisch-holländischen Krieg 1667-1678 beendete; der Friede von Rijswijk, der den Pfälzer Erbfolgekrieg 1688-1697 beendete; der Friede von Utrecht und Rastatt, der den spanischen Erbfolgekrieg 1701-1713/14 beendete; der Frieden von Aachen, der den österreichischen Erbfolgekrieg 1740-1748 beendete.

[7] Faksimile-Druck, ECCO, Print Editions, Social Sciences, London 1710. Die Schrift enthält keine Angaben zu dem Verfasser.

[8] So schlug G.F. Leibniz 1670 eine Allianz der deutschen Kleinstaaten und einen „Deutschen Reichsbund" gegen das übermächtige Frankreich vor (zit. nach Foerster 1963, S.73ff.).

Von herausragender Bedeutung sind hierbei die Schriften der englischen Aufklärer. So predigte im England des 17. Jahrhunderts William Penn das Projekt eines europäischen Fürstenbundes, der permanenten Frieden in Europa gewährleisten sollte. Um die gleiche Zeit legte in Frankreich Castel St. Pierre den Entwurf eines Fürstenbunds zur Sicherung des Friedens vor, eine Idee, die dann von J.-J. Rousseau weiter verbreitet wurde. Hundert Jahre nach W. Penn erschien Jeremy Benthams Schrift, die die Ökonomie als einigendes Band unter den Menschen und als Grundlage einer europäischen Friedensordnung sah. Mit diesen Projekten begann für die europäischen Friedensbewegungen das Zeitalter der Aufklärung.

William Penn

Als erstes europäisches Projekt der Aufklärung ist William Penns (1644-1718)[9] *Essay über den gegenwärtigen und künftigen Frieden Europas* (1692)[10] zu nennen, der für die Verfassungsentwicklung Englands von großer Bedeutung war.

William Penns Schrift erregte großes Aufsehen, weil er die Verbindung zu früheren Europaplänen herstellte (so lehnte er sich an die Ideen des Herzogs von Sully *Der Große Plan* an). Dabei nahm er auch erstaunlich detailliert zahlreiche Errungenschaften des Nachkriegseuropa im 20. Jahrhundert vorweg. Vor allem aber zeigt die Schrift Penns Ansätze der parlamentarischen Entwicklung in England. Nach der Glorious Revolution (1688)[11] betrat der Inselstaat nach langer europapolitischer Abstinenz erneut die internationale Politik und konnte die Besonderheiten entwickeln, die seine Konzepte gegenüber den kontinentaleuropäischen Konzepten auszeichneten. Hierzu gehörte die parlamentarische Ausrichtung der Friedenspläne, ferner eine Wandlung vom religiösen zum wirtschaftlichen Einigungsgedanken, die zur Grundlage des englischen Utilitarismus geworden ist.

Ausgangspunkt Penns ist, dass der König nicht mehr als absolutistischer Herrscher, sondern nur noch Mitinhaber der Macht ist („King in Parliament", Bill of rights 1689). Dieser Ansatz erlaubte es Penn, in England eine Friedensphilosophie zu entwikkeln, die unabhängig von derjenigen des Kontinents war. Penns Essay ist sehr von der Quäkerbewegung von 1647 geprägt, die absolute Gewaltlosigkeit predigte, und als erste den Friedensgedanken auf das gesellschaftliche und politische Leben anwendete – jeder Krieg wird abgelehnt, auch der „gerechte Krieg". Der Entwurf Penns, der wegen der unsicheren politischen Lage zunächst anonym erschien, hielt am pazifistischen Konzept fest, versuchte jedoch, dieses an die realpolitischen Verhältnisse anzupassen. In methodisch hervorragender Art definierte er in zehn Kapiteln zunächst Kernbegriffe wie Frieden, Gerechtigkeit oder Regierung, bevor er sich mit der institutionellen Organisation eines vereinten Europas auseinandersetzte, das er als einen europäischen Staatenbund versteht. Zwar verweist Penn im Vorwort auf den experimentellen Charakter seines Vorhabens, nimmt jedoch abschließend mögliche Vorwürfe gegen seinen Vorschlag vorweg und unterstreicht durch ihre Entkräftung die Tragweite seines Entwurfs, den er als Anstoß für eine gründliche Ausführung durch Experten verstanden wissen will.

In Penns Friedensschrift[12] lassen sich Einflüsse verschiedener Denker finden, darunter vor allem Überlegungen von John Locke, die er in beliebiger Abfolge übernahm und kombinierte. So legte er zu Beginn in einer Einführung *Beati Pacifici* (glücklich sind die Friedliebenden) und einem Zitat von Cicero *Cedant arma togae* (mögen die Waffen der Toga weichen) seine pazifistische Grundhaltung dar. Dann übernahm er den Versuch, einen in seiner Zeit weit verbreiteten lateinischen Grundsatz zu widerlegen: Der Friede sei das Ziel des Krieges (Pax quaeritur bello), den zuletzt Oliver Cromwell verwendet hatte, um im englischen Bürgerkrieg den Griff zu den Waffen zu legitimieren. Laut Penn ist jedoch Gerechtigkeit das zweckmäßigere Mittel, um Frieden herzustellen und ihn auf Dauer zu erhalten. Unter dem Eindruck der kriegerischen Auseinandersetzungen seiner Epoche begründete er die Notwendigkeit eines die Waffen ruhen lassenden Europas und unterstrich insbesondere den volkswirtschaftlichen Nutzen, der aus gesichertem Besitzstand, freiem Handel und der Ansiedlung von Industrie resultiere. In organisatorischer Hinsicht schlägt er, wie seine Vorgänger, eine Art Reichstag vor: „Die souveränen Fürsten Europas müssten (…) aus Friedens- und Ordnungsliebe übereinkommen, durch ihre bevollmächtigten Vertreter einen allgemeinen Reichstag, eine Generalversammlung oder ein Parlament zu bilden und Rechtsgrundsätze festzulegen."[13]

Recht und Gerechtigkeit sind für Penn zentrale Begriffe. Penn führt aus, dass zahlreiche Beispiele belegten, dass Menschen ihren Willen gemäß der oben genannten Redewendung mit Gewalt durchsetzen und zur Erweiterung ihres Herrschaftsbereichs „den eigenen Ehrgeiz höher stellen, als das Recht".[14] Er hob jedoch hervor, dass machtgierige Menschen selten seien und ihren Möglichkeiten Grenzen gesetzt seien, wenn eine verbindliche Rechtsordnung bestehe. Diese Ausführungen zeigen eine optimistische Weltsicht, die er dem pessimistischen Weltbild Hobbes entgegenstellte. Frühere Friedensverhandlungen

[9] Biographische Daten: 1644 als Sohn eines Admirals in London geboren, wurde William Penn während seines Studiums am Christ Church College in Oxford zum überzeugten Pazifisten, als er mit den Quäkern in Kontakt kam. Penn wurde zu einem ihrer führenden Vertreter. Den Krieg lehnte er auch in der Form eines „gerechten Krieges", wie ihn Erasmus von Rotterdam noch im Kampf gegen die „Heiden" gerechtfertigt hatte, ab. Penn, der als Anhänger dieser Bewegung Oxford wegen seines religiösen Nonkonformismus schließlich verlassen musste, kehrte nach einem Studienaufenthalt in Frankreich 1663 nach London zurück, wo er die renommierte Rechtsschule Lincoln's Inn besuchte. Sein bekanntestes Werk ist die Schrift *No Cross, no Crown*, welche heute als Pionierschrift des religiösen Toleranzgedankens gilt. Penn war „das Schwert der neuen Sekte, stets aus der Scheide und mitten im Streit" (zit. nach Kurt von Raumer, S.102). Penn prägte auch die Verfassungsentwicklung in den nordamerikanischen Kolonien entscheidend. Seine Schrift *First Frame of Government* (1682), die er zusammen mit John Locke entworfen hatte, wurde hundert Jahre später zur Grundlage der Verfassungen aller nordamerikanischen Kolonien, ebenso wie sie der von Jefferson entworfenen Unabhängigkeitserklärung von 1776 als Vorbild diente. Zu Penn näher Mary Geiter: William Penn, 2006, sowie Foerster 1967, S.163ff.

[10] Essay towards the Present and Future Peace of Europe (1692).

[11] Durchardt, S.105.

[12] Auszüge in Foerster 1963, S.79ff.

[13] Zit. nach Mittag, S.39.

[14] Zit. nach Foerster 1967, S.166.

beurteilte Penn kritisch. Sie seien meist nur notgedrungen und aus Schwäche heraus geführt worden. Sie seien aber jetzt das eigentliche Mittel zur Lösung zwischenstaatlicher Konflikte. Man brauche verbindliche Grundsätze, damit die Diplomatie sowohl erlittenes Unrecht, als auch verletzte Rechtsansprüche als die am häufigsten hervorgebrachten Kriegsgründe entkräften könne. So wie die Gerechtigkeit im Inneren des Staates durch das Gesetz verkörpert wird, das durch Einhaltung der in ihm festgeschriebenen Rechte und Pflichten die Gefahr eines Bürgerkriegs weitestgehend bannt, könne eine nationenübergreifende Justiz auswärtige Konflikte abwenden. Würden die geltenden Normen im Inneren jedoch verletzt, drohe eine Auseinandersetzung zwischen Obrigkeit und Volk. Wenn letzteres sich gegen den Fürsten auflehne, handelt es aus Penns Sicht ungesetzlich. Mit Gewalt erreichten die Revolutionäre ihre Ziele selten und falls sie dennoch siegten, erfüllten sie häufig ihre Verheißungen nicht, so dass das „Heilmittel (…) fast schlimmer [ist] als die Krankheit.“ [15]

Gerechtigkeit war somit für ihn der Weg zum Frieden zwischen der Regierung und dem Volk, zwischen einem Menschen und dem anderen, zwischen einer Gemeinschaft und der anderen. Sie verhüte Zwist und setze ihm schließlich ein Ende. Mit diesem Grundsatz hat Penn in der konkreten Ausformung das Recht auf eine objektive Ebene gehoben und dies als eigentliche Quelle und Grundlage jeglichen Zusammenlebens deklariert. Als einer der ersten Denker führte er das Recht als Maßstab auch für die zwischenstaatlichen Beziehungen an: „Der Friede [wird] durch die Gerechtigkeit gewahrt, die ein Ausfluss der Regierung ist, wie die Regierung in der Gesellschaft und die Gesellschaft im allgemeinen Übereinkommen ihren Ursprung hat.[16] Die sicherste Basis für das Staatsleben bildet somit die gegenseitige Übereinkunft, in der die Menschen Gesetzen gehorchen, die sie sich selbst gegeben haben.

Mit der Betonung der Volkssouveränität nimmt Penn bereits Rousseaus Grundprinzip der demokratischen Staatslehre vorweg. Äußerlich bleibt sein Plan jedoch den Gegebenheiten seiner Zeit verhaftet, wenn er die Notwendigkeit des Friedens als Erfüllung des fürstlichen Glücks als eines seiner Hauptargumente vorbringt. Gemäß den Prinzipien der Aufklärung geht er zudem für den Gesetzesgehorsam von einem idealisierten Bild des vernünftigen Menschen aus, der innerhalb der Gesellschaft nicht mehr „sein eigener König“ ist[17], sondern seine Rechte und Pflichten mit der Gemeinschaft abstimmt und sich Gerichten sowie dem Parlament unterwirft. Als objektive Institutionen sollen diese dem Einzelnen im Gegenzug Schutz gewähren, der Unordnung vorbeugen sowie Gerechtigkeit garantieren. Dem Gesetz als übergeordneter, unparteiischer Instanz unterliegen damit sowohl Untertanen wie auch Herrscher.

Im Gegensatz zu früheren religiösen Einigungsdenkern stellt Penn somit das Prinzip des Rechts, d.h. der Rechtsgleichheit sowie des Rechtsschutzes, in den Vordergrund und lässt dabei wirtschaftliche Erwägungen einfließen. Dies entsprach der Mentalität der bürgerlich-protestantischen Welt der Seemacht England, in der Fortschrittsgedanke und ökonomischer Erfolg das adelig-kriegerische Lebensideal ablösten. Penn predigte ein Christentum der Tat (im Gegensatz zu der theoretisch orientierten Tradition der Kirchenväter), das sich in einem rechtlich geordneten Gemeinwesen manifestiert. Er gilt als letzter, von einem spezifisch religiösen Ansatz geprägter Verfechter der Friedensidee.

Die vorgenannten innenpolitischen Grundsätze wollte Penn nun auch auf die zwischenstaatlichen Beziehungen übertragen und die Fürsten bewegen, in der Fürstenversammlung Recht und Gerechtigkeit durch ihre Beschlüsse zu verwirklichen. Widersetzte sich ein Land dem Richterspruch der Versammlung, indem es zu den Waffen greife oder die Erfüllung der Auflagen über einen festgesetzten Zeitraum zu lange hinaus zögere, so könnte die Einhaltung des Urteils von den anderen Ländern durch eine gemeinsame militärische Intervention erzwungen werden. Die Nation, die den Eingriff ausgelöst hat, müsse Reparationen an die durch sie geschädigte Partei, sowie an die Länder, die sich zu seiner Unterwerfung gezwungen sahen, leisten. Penn beschreibt den künftigen europäischen Staatenbund mit bemerkenswerter Genauigkeit.[18]

Mit diesen Verpflichtungen aufgrund von Beschlüssen der Versammlung werde kein Staat den Wunsch hegen, sich der Entscheidung der Versammlung zu widersetzen. Damit werde der Frieden in Europa hergestellt und dauerhaft erhalten.[19] Mit der Gründung des Staatenbundes werden nach Penn ebenfalls die bisherigen Kriegsgründe hinfällig. Penns europäischer Reichstag kann als ein auf die Völkergemeinschaft übertragenes „House of Commons“ charakterisiert werden.

Penns Überlegungen für die Verteilung der insgesamt 90 Sitze für den europäischen Reichstag je nach Gesamteinkommen des Mitgliedstaats sind sehr modern, weil sie objektive Kri-

[15] Zit. nach Foerster 1963, S.80.

[16] Zit. nach Foerster 1963, S.80.

[17] Von Raumer, 1953, S.325.

[18] Penn schreibt dazu: „Die souveränen Fürsten Europas müssten… aus dem gleichen Grund, der die Menschen ursprünglich dazu bewog, sich zu einer Gesellschaft zusammenzuschließen, nämlich aus Friedens- und Ordnungsliebe, übereinkommen, durch ihre bevollmächtigten Vertreter einen allgemeinen Reichstag, eine Generalversammlung oder ein Parlament zu bilden und Rechtsgrundsätze festzulegen, die die regierenden Fürsten gegenseitig zu beachten hätten, und so jährlich einmal oder mindestens alle zwei oder drei Jahre oder sooft sie Veranlassung sehen, in dieser Versammlung zusammenzukommen, die der Hohe oder Oberste Reichstag, Parlament oder Europäischer Staatenbund heißen sollte; und vor diese höchste Versammlung müssten alle Streitfälle zwischen zwei Souveränen gebracht werden, die nicht vor Beginn der Sitzung durch private Unterhandlungen beigelegt werden können; und wenn eines der in dieser Versammlung vertretenen Länder sich weigern sollte, ihr seine Forderungen und Ansprüche vorzulegen und sich ihrem Richterspruch zu beugen und ihn auszuführen und statt dessen zu den Waffen greift, oder wenn es die Erfüllung des Richterspruchs lange über die festgesetzte Frist hinauszögert, dann müssten alle anderen Länder gemeinsam wie eine Macht den Gehorsam dieses Landes und die Erfüllung des Urteilsspruchs erzwingen und Schadenersatz für die geschädigte Partei verlangen und Kostenzahlung an die Länder, die ihre Unterwerfung erzwungen haben; dann würde Europa gewiss den so ersehnten und für seine gequälten Bewohner notwendigen Frieden erlangen. Kein Land hätte die Macht und könnte daher auch nicht den Wunsch verspüren, sich der Entscheidung zu widersetzen; und der Friede würde infolgedessen in Europa hergestellt und erhalten werden…“; zit. nach Foerster 1963, S.81.

[19] Von Raumer, S.327.

terien für die Sitzverteilung und auch feste Quoten für diese enthalten.[20] Die heutige Berechnung der Abgeordnetensitze im Europäischen Parlament der Europäischen Union nach Bevölkerungszahl ähnelt diesem Modell. Sehr modern mutet auch die Vorstellung Penns zu Protokollfragen und zur Vermeidung von Korruption an.[21] Um das Mächtegleichgewicht nicht durch ungleiche Informationsverteilung innerhalb der Staatengemeinschaft zu gefährden, sieht Penn zahlreiche Maßnahmen vor, die einen gleichberechtigten Zugang zu allen Dokumenten und ein transparentes Protokollverfahren ermöglichen,[22] etwas, das die Europäische Union erst in den 2000er Jahren durch ihre Rechtsetzung zur Informationsfreiheit verwirklicht hat.

Penns Ideen befassen sich schließlich mit dem Dominanzstreben mächtiger Staaten. Der „mächtigste und reichste Staat" (d.h. England) werde sich an einer europäischen Gemeinschaft beteiligen.[23] Da die Länder im Bund gleichberechtigt seien und von gemeinsamen Instanzen kontrolliert würden, sei die stärkste Nation jedoch nicht mächtiger als die übrigen Mitglieder zusammen. Der betreffende Staat müsse deshalb in die Gemeinschaft eingebunden werden, bevor er zu sehr erstarkt ist (Das klingt wie ein Leitfaden für die Politik der Europäischen Union! Anm. d.V.).

Bevor Penn seine Abhandlung mit einem Fazit beschließt, geht er, um die Widerlegung der Einwände gegen den Friedensplan zu unterstreichen, nochmals ausführlich auf die Vorteile ein, die sich aus einer Friedensordnung für Europa ergeben. In psychologischer Hinsicht befreie eine dauerhafte Waffenruhe den krisenerschütterten Kontinent von der Furcht vor militärischen Auseinandersetzungen und damit einhergehendem Leid. Nach außen könne das Ansehen des Christentums nach den blutigen Kreuzzügen gegen „Ungläubige" durch christenwürdiges Verhalten und Absage an den „Heiligen Krieg" rehabilitiert werden. Von den eingesparten Kriegskosten entwirft Penn ein durchaus modernes Konzept: Hinsichtlich des eingesparten Geldes profitieren Wissenschaft sowie Gewerbe, die wiederum den allgemeinen Wohlstand in Europa befördern. Dazu trügen ebenso die Vereinfachung des Verkehrs und die Garantie der Sicherheit in einem Europa ohne Binnengrenzen bei. „Wir können uns leicht die Bequemlichkeit und den Vorteil vorstellen, mit dem Reisepass eines beliebigen Landes durch die Staaten Europas zu reisen, wobei dieser Pass durch die Liga des Friedensstaates legitimiert wird."[24] Damit nimmt Penn unter dem Eindruck des durch zahlreiche Zollschranken zerstückelten Kontinents seiner Zeit nicht nur die Idee des Schengener Abkommens von 1985 vorweg, in Folge dessen auf Kontrollen des Personenverkehrs an den gemeinsamen Grenzen der europäischen Staaten verzichtet wird, sondern greift sogar die Idee eines europäischen Reisepasses auf. Ebenso lässt sich in seinem Gedanken des freien Personenverkehrs ein Vorläufer der heute als eine der vier Grundfreiheiten in Artikel 39 ff. des AEU-Vertrags verankerten Freizügigkeit der Arbeitnehmer erkennen. Penn meint, dass, verglichen mit dem Römischen Reich, man auf diese Weise den Vorteil einer Universalmonarchie nutzen könne, ohne deren Steuerlast mit zu tragen.

Die Vorstellungen Penns haben trotz ihrer Unausgewogenheit die Jahrhunderte überdauert; sie sind gewissermaßen die Quintessenz der Geschichte, die, wie erwähnt, auf den Gedanken des rund hundert Jahre zuvor entworfenen „Großen Plans" Heinrich IV. und seines Finanzministers Herzog von Sully zurückgehen. Diese hatten schon damals versucht, die Fürsten Europas zu einer Politik des Mächteausgleichs zu bewegen. Penn kommt somit der Verdienst zu, den Plan wiederbelebt und weiterentwickelt zu haben.

Jeremy Bentham

Hundert Jahre nach den Werken William Penns erschienen die Schriften von Jeremy Bentham, der die Ideen Penns fortführte, jedoch statt der Friedensliebe den ökonomischen Nutzen als wichtigste Triebfeder für den Zusammenschluss der Menschen zu Bündnissen bezeichnet. Dieser Ansatz wird als Utilitarismus bezeichnet. Bentham[25], der als einer der „schärfsten und un-

[20] Der „Reichstag" sollte insgesamt 77 Mitglieder umfassen: Für das Heilige Römische Reich Deutscher Nation zwölf Stimmen, für Frankreich und Spanien je zehn, für Italien acht, für die verschiedenen italienischen Kleinstaaten acht, für England sechs, für Portugal, Dänemark und Venedig je drei, für Holstein und Kurland je eine, sowie für das russische und osmanische Reich je zehn Stimmen. Zit. nach Foerster 1963, S.83.

[21] So soll das Parlament in einem runden Sitzungssaal mit mehreren Eingängen tagen, um Streitigkeiten über die Rangfolge der einzelnen Staaten zu verhindern. Die Versammlung gliedert sich in Fraktionen, denen jeweils zehn Abgeordnete angehören. Aus ihrer Mitte wird jeweils ein Vertreter bestimmt, dem nach einem Rotationsprinzip die Leitung der Sitzungen obliegt und an den alle Reden zu richten sind. Er zieht die Schlussfolgerungen aus den Debatten und gibt Vorschläge zur Abstimmung frei. Um eine unlautere Entscheidungsfindung zu verhindern, soll die Stimmabgabe nach dem Vorbild des Hohen Rats von Venedig geheim erfolgen. Da die Abgeordneten bei diesem Modus der Kontrolle ihres Auftraggebers entzogen sind, ist das Risiko, betrogen zu werden, für letztere offensichtlich hoch. Die Beschlussfassung durch Zweidrittelmehrheit oder mindestens sieben Stimmen über der Hälfte macht es zudem kostspielig, sich eine Mehrheit durch Bestechung zu erkaufen.

[22] Nach Penn wird in jeder Fraktion ein Schriftführer bestimmt, dessen Aufzeichnungen am Ende der Versammlung von einer weiteren Person der Gruppierung zu prüfen und mit den Mitschrieben der übrigen zu vergleichen sind. Schließlich werden die Dokumente in eine Truhe geschlossen, die über ebenso viele Schlösser verfügt, wie es Fraktionen gibt. Darüber hinaus erhält jedes Land eine Kopie der Denkschriften und Verhandlungsprotokolle. In den Sitzungen sollten alle Delegierten mit der Redefreiheit und -ordnung vertraut sein. Die Verhandlungen werden entweder im Jargon der Juristen auf Latein oder auf Französisch als Sprache des gebildeten Europa und der Diplomatie geführt. Darin spiegeln sich die kulturelle Dominanz des Französischen im 17. und 18. Jahrhundert sowie der ausschließende Charakter der für die Oberschicht konzipierten Versammlung wider.

[23] Von Raumer, S.332.

[24] Zit. nach dem Begleittext in: Deutsches Historisches Museum (Hg.): Idee Europa, S.140.

[25] Jeremy Bentham, geb. 1748, begann sein Studium mit 12 Jahren am Queen's College in Oxford und am „Lincoln's Inn". 1776 veröffentlichte er seine Kritik in A Fragment on Government. 1780 legt er in An Introduction to the Principles of Morals and Legislation seine utilitaristische Theorie dar; das Werk wurde jedoch erst 1789 veröffentlicht. lm selben Jahr beendete er die Arbeiten an seinem Plan for an universal and perpetual peace in den Principles of International Law; der Friedensplan erschien jedoch erst 1843 posthum. 1792 wurde Bentham zum Ehrenbürger der Französischen Republik ernannt. Unter dem Einfluss von James Mill, dessen Bekanntschaft er 1808 machte, entwickelte er sich zunehmend zum Radikal-Demokraten. So schlug er 1817 in seinem Plan of Parliamentary Reform die Einführung des allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlrechts vor. Am 6. Juni 1832 verstarb er in London. Bentham veröffentlichte weitere zahlreiche Schriften zum Common Law und zum Völkerrecht. Seine Werke fanden auch auf dem europäischen Festland Beachtung, näher Bermbach, S.326.

erschrockensten Denker aller Zeiten“ bezeichnet wird, ist der führende Vertreter des Utilitarismus. Der Maßstab des menschlichen Handelns ist bei ihm nicht mehr die Nächstenliebe oder die Friedensliebe, sondern allein der persönliche Nutzen. Der Nutzen für eine größtmögliche Anzahl an Menschen ist damit zugleich der Nutzen der Gemeinschaft und des Staates. Dieser Nutzen bedeutet für die Menschen Glück und Freude – beides wird hier im materiellen Sinne verstanden. Diese Lehre ist die Grundlage des klassischen wie des modernen Utilitarismus, der dann später mit John Stuart Mill einen weiteren Höhepunkt erlebt.

Seit Bentham und John Stuart Mill ist der Utilitarismus die wichtigste moralphilosophische Position der angelsächsischen Sozialphilosophie, der zur Grundlage des liberalparlamentarischen und kapitalistischen Industriesystems des 19. Jahrhunderts wurde. Die Richtigkeit einer Handlung wurde nach den zu erwartenden Folgen bemessen. „The greatest happyness of the greatest number“. Der Utilitarismus war also eine normative Ethik, die das menschliche Handeln auf das allgemeine Wohlergehen verpflichtete. Dabei nimmt der Utilitarismus eine Art Aufrechnung zwischen Freude und Leid vor: Alle Empfindungen von Freude und Leid werden gegeneinander aufgerechnet, um eine Gesamtbilanz des menschlichen Glücks zu ziehen. Da das Eigentum neben der Sicherheit Voraussetzung für ökonomisches Kalkül und Lebensplan ist, sind diese Güter die wichtigste Bedingung des menschlichen Glücks. Worin dieses für den Einzelnen besteht, kann die Regierung zwar nicht definieren, ihre Aufgabe ist es jedoch, Maßnahmen zu erlassen, die die private Glücksmaximierung garantierten. Nicht der mit Rechten ausgestattete Mensch, sondern der „homo oeconomicus“ ist der Kern der sittlichen und politischen Gesellschaft.[26] John Stuart Mill zeigt in seiner Weiterentwicklung des Utilitarismus, dass neben der Quantität des Glücks auch dessen Qualität gemessen werden muss. Als Maßstab dient ihm das Urteil derjenigen, die aufgrund ihrer Lebenserfahrung Vergleichsmöglichkeiten besitzen.

Die Konzentrierung auf den ökonomischen Nutzen ist in Benthams Hauptwerk *A Plan for an Universal and Perpetual Peace*, in: *Principles of International Law* (1843) erläutert, mit dem er zum Begründer des klassischen Utilitarismus wurde. Die Bestimmung und Radikalisierung des Utilitaritätsprinzips als einzigen operativen Maßstab zur Beurteilung der Glücksmaximierung ist die eigentliche Leistung Benthams. Seine Theorie stand stark unter dem Eindruck des Leids und der Verwüstungen, die die Kriege des 18. Jahrhunderts in Europa hinterlassen hatten, wie seine Schriften erkennen lassen. In ihnen vertrat er den radikalen Standpunkt, dass *jeder* Krieg zu vermeiden sei, denn Krieg bedeute immer Leid für beide Seiten. England und andere Staaten sollten daher ihre Kolonien aufgeben und statt dessen Handel treiben, da dieser immer von Vorteil für beide Seiten sei. Seine Prinzipien waren Abrüstung und Abgabe der Kolonien. Innenpolitisch forderte er eine Stärkung der öffentlichen Meinung, die man hier wohl als Ersatz für die damals noch fehlende parlamentarische Kontrolle der Exekutive verstehen kann. In der Innenpolitik vertrat Bentham sehr moderne Grundsätze. Er forderte das allgemeine und geheime Wahlrecht, was damals eine utopische Forderung war,[27] ferner eine Reform des Strafrechts sowie Grundrechte, wie Meinungs- und Versammlungsfreiheit. „Ewige Naturrechte“ lehnte er ab, er baute allein auf „juristische Rechte“ als Ausdruck der vernunftbestimmten, am utilitaristischen Prinzip orientierten menschlichen Gesellschaft.

Bentham setzte aber auch die pazifistischen Traditionen seines Vorgängers W. Penn fort. Er verurteilte alle Vertragstheorien (Thomas Hobbes), die fiktiv und unbeweisbar seien. Aus dieser rationalistischen Grundstruktur leiteten sich seine pazifistischen Prinzipien ab. Die individuelle Glückseligkeit soll zu internationaler Glückseligkeit führen. Dazu braucht es Frieden; Frieden garantiert den freien Handel, der allgemeinen Wohlstand ermöglicht.

Bentham gelingt es damit zum ersten Mal, aus rein materiellen Gründen einen konsequenten Pazifismus zu begründen. Friedensforderungen und europapolitische Ideen stellen bei Bentham eine Einheit dar. Beide Kriterien bedingen einander. Allerdings blieben Benthams Vorschläge wie die von Penn Utopien, weil sich föderalistisch geprägte Staatengefüge, wie sie in den Reformschriften beschrieben wurden, in der Aufklärung nicht durchsetzen konnten. Die Abgabe von Souveränität an einen europäischen Verbund stand mit dem Prinzip der absoluten Herrschergewalt stets in Konflikt. Als Alternative bildete sich in England die Idee des *europäischen Gleichgewichts der Kräfte* heraus, nach der die europäischen Mächte sich gegenseitig kontrollieren sollten. England fiel dabei die Aufgabe zu, sich aus europäischen Konflikten herauszuhalten und die „balance of power“ durch die Unterstützung der jeweils schwächeren Staaten zu gewährleisten. Kriege sind nach dieser Doktrin allerdings nach wie vor möglich. Denn Friedenspläne erscheinen auch in diesem Kontext utopisch, wenn sie nicht mit der „balance of power“ in Einklang stehen.

Angesichts dieser Konstellation, dass Kriege zur Aufrechterhaltung der „balance of power“ nicht ausgeschlossen sind, sucht Bentham in seiner Schrift *Über den Krieg mit Rücksicht auf seine Ursachen und Folgen*[28] einen Kompromiss zu finden. Wenn Kriege nicht allgemein geächtet werden können, sollen sie wenigstens humanisiert werden. Auch diese Forderung war damals utopisch. Bentham entwickelte daher eine weitere Utopie, die dauerhaften Frieden gewährleisten soll. Er überträgt die utilitaristischen Prinzipien vom Individuum auf die Staaten. So schlägt er die Einrichtung eines internationalen Gerichtshofs[29] ohne Zwangsgewalt und einen Kongress der europäischen Staaten nach Vorbild des Deutschen Reichstags oder des Schweizer Bundes vor. Zwei Delegierte pro Nation soll der Kongress umfassen, der öffentlich tagen und die Ergebnisse in allen Ländern verkünden soll. Militärische Intervention soll zulässig sein, wenn ein Land sich den Beschlüssen der Versammlung widersetzt. Bentham will die Fürsten überzeugen, deshalb appelliert er an ihre Ehre, sie könnten Ruhm gewinnen, wenn sie sich

[26] Bermbach, S.239.
[27] Ende des 18.Jh. waren nur 5% der Bevölkerung wahlberechtigt (Anm. d.V.).
[28] Näher Von Raumer, S.406; ferner die Kommentierungen zu Benthams Schrift in: Idee Europa, Deutsches Historisches Museum, Berlin 2003.
[29] Für die Zusammensetzung gibt Bentham bestimmte Schlüssel für die europäischen Staaten vor, Stimmenzahl ca. 90.

zu einem Bündnis zusammenschlössen.[30] Hatten diese Überlegungen, damals im Zeitalter der absoluten Monarchie, keine Chance auf Verwirklichung, so zeigen sie, wie die Schriften Penns, doch überraschend viele Übereinstimmungen mit der Diskussion über ein vereintes Europa nach Ende des Zweiten Weltkriegs.

Die eigentliche Leistung Benthams bleibt die Bestimmung, die Radikalisierung und die Universalisierung des Utilitätsprinzips als einzigen operativen Maßstab zur Beurteilung der Glücksmaximierung.[31] Daraus resultiert sein weltlicher Pazifismus, der nicht mehr auf religiösen Überzeugungen gegründet ist, sondern auf der Idee des weltlichen Wohlstands beruht, nach dem alle streben. Seine moralische Bewertung einer Handlung nach dem aus ihr resultierenden Nutzen impliziert die Verdammung des Kriegs als „Unheil im größten Maßstab".[32] Zur Vermeidung der Kriege appelliert Bentham wiederum an die Staaten, die nach vernünftiger Abwägung streben sollten, ob das betreffende Streitobjekt einen Krieg lohnt oder ein Einlenken möglich ist.[33]

England als die mächtigste Nation Europas sollte hierbei den ersten Schritt zur Kriegsvermeidung tun, doch traute er den Franzosen angesichts der revolutionären Stimmung auf dem Kontinent mehr zu als seinem eigenen Volk, dessen Vorurteile gegenüber Frankreich er als größtes Hemmnis für die Umsetzung seines Vorhabens verspottete. D.h. die Maßnahmen der Regierung würden in England vom Volk nicht akzeptiert, es vertraute der Regierung nicht. „Ich wünschte, das Haupthindernis eines solchen Planes wären die Gesinnungen und die Gefühle Frankreichs. Wäre dies alles, so brauchte der Plan nicht lange auf seine Annahme zu warten." [34] Bentham versuchte daher einen Appell an die Ehre Englands, da sich aus seiner Sicht das Friedensprojekt nur mit der Zustimmung beider Nationen rasch umsetzen ließe. Bereits der Friedensplan Heinrich IV. habe Wirkung gezeigt. „Die Operation mag schmerzlich sein, aber der Lohn ist köstlich. Wie die Hauptschwierigkeit, so wird die Ehre auf eurer Seite sein."

Benthams Schrift bringt in Hinblick auf die Akzeptanz ein neues Element in die Diskussion: Zur Annahme des Vorschlags ist Vertrauen gegenüber den Regierungen notwendig. Dafür muss jedoch erst Überzeugungsarbeit dahingehend geleistet werden, dass *Verlässlichkeit* zwischen den Völkern nichts Unnatürliches ist. Somit sieht er im Abbau von Furcht zwischen den einzelnen Staaten die zentrale psychologische Voraussetzung für den Frieden, eine sehr moderne Vorstellung auch für den Aufbau Europas nach 1945.

Die Pläne Benthams hatten im 18. Jahrhundert eine große Bedeutung. „Die schwer erkennbare Spur des europäischen Friedensdenkens, die sich bis dahin immer wieder beinahe verloren hatte, wurde plötzlich zur breiten Straße, an der alle bauten." [35] Obwohl sich die Einigungspläne häuften, konnte sich deren Konzeption eines internationalen Staatenbunds jedoch auch während der Aufklärung nicht durchsetzen. Ihre Forderung trat aufgrund der mit einem Zusammenschluss einhergehenden Abgabe von Souveränität in Konflikt mit dem geltenden Prinzip der unbeschränkten Herrschergewalt. Sein vom Gegensatz zwischen frommem Anliegen eines nationalen Moralisten und der Analyse der politischen Realität geprägtes Vorhaben bereitete das folgende Jahrhundert jedoch ebenso vor, wie die durch Penns Betonung des Rechts eingeleitete Lösung von religiösen Motiven seinen wirtschaftlichen Überlegungen voranging. Beide Denker, W. Penn und J. Bentham, wirkten bis ins 20. Jahrhundert nach. Wenn Penn auf die Vorzüge eines Europa ohne Binnengrenzen hinweist, das durch freien Personen- und Warenverkehr den Handel und damit den von Bentham geforderten allgemeinen Wohlstand fördert, dann nimmt er damit die Errungenschaften des EWG-Vertrags von 1957 vorweg. Wenn Bentham die Notwendigkeit der Akzeptanz betont, so trifft er bis heute ein brennendes Problem der Europäischen Union.

Abbé de Saint-Pierre

Nicht nur in England, auch auf dem europäischen Festland mehrten sich im 18. Jahrhundert, das wie schon das 16. und 17. Jahrhundert von zahlreichen Kriegen geprägt war,[36] die Aufrufe zum Frieden und die europapolitischen Traktate. Doch während die Schriften aus England deutlich pragmatisch orientiert sind und parlamentarische Züge haben, sind die kontinentalen Entwürfe eher theoretischer Natur und auf gesellschaftspolitische Themen fixiert.

In erster Linie ist hier das Traktat von Charles Ivénée Castel, genannt Abbé Pierre, zu nennen. Geboren 1658 in St.-Pierre-Eglise, war er einer der einflussreichsten Aufklärer seiner Zeit. Er studierte bei den Jesuiten und machte eine außerordentliche Karriere (der Zusatz „Abbé" war unter französischen Geistlichen in dieser Epoche üblich, auch wenn diese den Beruf des Priesters nicht ausübten). St. Pierre wurde 1695 in die Französische Akademie der Wissenschaften ohne eine einzige vorherige Veröffentlichung aufgenommen. Das war eine hohe Ehre. Die Akademie war das Zentrum des liberalen Denkens, sie fungierte unter Ludwig XIV. wie eine parlamentarische Opposition. St. Pierre entwickelte den Plan des Ewigen Friedens in Europa (*Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, veröffentlicht zwischen 1713 und 1717).[37] Besonderen Einfluss hatten seine Erfahrungen als Unterhändler bei den Verhandlungen von Utrecht 1712/13, die das Ende des spanischen Erbfolgekrieges

[30] Von Raumer, S.122.
[31] Höffe, S.10, 35.
Bermbach, S.326, 329.
[32] Von Raumer, S.125.
[33] Von Raumer, S.117, 125, 404.
[34] Von Raumer, S.122.
[35] Von Raumer, S.VII.
[36] So in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts der Große Nordische Krieg 1700-1721, in den Schweden, Dänemark, Sachsen und Russland verwickelt waren. Am Ende des Jahrhunderts stehen die Koalitionskriege 1792-97 (Österreich und Preußen gegen Frankreich), sowie die Napoleonischen Eroberungen.
[37] Zit. nach von Raumer, S.345ff. Näher Foerster 1967, S.167ff.

einleiteten. In der 1718 veröffentlichten *Polysynodie oder die Mehrheit der Räte* kritisierte er die Politik Ludwigs XIV., was zu seinem Ausschluss von der Akademie führte. Dennoch blieb er ein beliebtes Mitglied der wissenschaftlichen Szene und der literarischen Salons von Paris. Er schlug, ähnlich wie Sully und Penn, einen europäischen Staatenbund vor, in dem ewiger Friede herrschen sollte.[38]

Weitere Vorschläge betrafen die inneren Verhältnisse des Staates. Um fähige Bedienstete heranzuziehen, schlug er eine Politische Akademie vor. Junge Männer sollten in der Staatskunst unterrichtet werden (hier sind Anklänge an die heutige École Nationale d'Administration [ENA] erkennbar). Ebenso nahm er zu Moral und Ethik Stellung. Das Ideal war für ihn das größte Glück für eine größtmögliche Anzahl von Menschen. Damit nahm er die Gerechtigkeitsidee des späteren Utilitarismus vorweg, wie sie von Jeremy Bentham vorgelegt wurde. Der Inhalt des Traktats *Ewiger Friede* erschien in drei Bänden und legte die Vorteile des Friedens und die Nachteile des Krieges dar.[39] Aufgrund der Kritik, die ihm Langatmigkeit vorwarf, brachte er später (1726) eine kurze Zusammenfassung seiner Schriften heraus, die noch einmal in größerer Auflage im Jahr 1739 erschien. Insgesamt enthielt der Traktat sieben Hauptstücke. Im Folgenden werden die Hauptstücke eins bis vier behandelt.

Das erste Hauptstück befasst sich mit der Natur des Menschen. Sein Sicherheitsbedürfnis zwinge ihn, eine Gemeinschaft zu bilden, um seinen Besitz zu sichern. Übertragen auf eine internationale Ebene bedeute dies, dass nur ein beständiger Bund es den Fürsten möglich mache, sich ihres Besitzes zu erfreuen. Im zweiten Hauptstück nennt St. Pierre das Heilige Römische Reich Deutscher Nation als Beispiel für einen solchen Staatenbund. Im dritten Hauptstück schildert er die Vorteile des Europäischen Staatenbundes: Verstärkung des Handelsverkehrs, mehr Bevölkerung, weniger Heeresausgaben und daher mehr Einnahmen. Das vierte Hauptstück appellierte an die Fürsten: Alle Herrscher sollen die Bundesurkunde unterzeichnen und einem ewigen Bündnis zur Erhaltung eines dauerhaften Friedens in Europa zustimmen. Der Europäische Bund sollte sich nicht in innerstaatliche Angelegenheiten einmischen, aber den Bestand der Verfassung der Mitgliedstaaten gewährleisten – ein Konzept, das überraschende Parallelen zur Europäischen Union aufweist, in der die Union in Art.4 Abs.2 und 3 EU-Vertrag den Mitgliedsstaaten zusichert, ihre politische Ordnung zu achten.

Was die Struktur des europäischen Bundes betrifft, sollte sich ein europäischer Bundesrat um Streitschlichtung durch Schiedssprüche und um Ausweitung der Handelsbeziehungen kümmern. „Falls der good will der Staaten dies erlaube, sollte er zur Erhaltung der bestehenden Regierung, zur Vermeidung gegenseitiger Kriege und zur Sicherung der Vorteile eines ununterbrochenen Welthandels einen Bund schließen (…), also einen europäischen Staatenbund gründen".[40] Der europäische Bundesrat (oder Senat) sollte auf einer Bundesakte gründen und vierundzwanzig Mitglieder umfassen. Ähnlichkeiten mit der Bundesakte über den Deutschen Bund von 1815 werden deutlich. Ein ständiger Gesandtenkongress würde in einem solchen Bund die Interessen der Mitglieder vertreten, insbesondere die ungefähr zweihundert größeren und kleineren souveränen Staatsgebilde des Heiligen Römischen Reiches repräsentieren.[41] „Wenn der allgemeine und besondere Nutzen erwiesen sein wird, ist nicht mehr einzusehen, was für ein Grund das erfolgreiche Wirken einer Einrichtung verhindern könnte, die nur vom guten Willen derer abhängig ist, die sie erstreben…"[42]

In weiteren Abschnitten[43] sieht der Traktat u.a. die Gewährleistung der Rechte der Herrscher bei Umwälzungsversuchen und Aufständen vor. Die Fürsten anerkennen den Status quo: Kein Herrscher dürfe einen anderen gewaltsam angreifen, wenn dieser nicht vorher zum Feind des Bundes erklärt wurde (Verbot des Aggressionskrieges).[44] Die Besetzung des Bundesrats soll nach St. Pierre den Interessen aller europäischen Mächte Rechnung tragen, gleichzeitig aber föderalistisch strukturiert sein. Die Senatoren oder Bevollmächtigten sollten mit je einer Stimme aus allen europäischen Mächten vertreten sein (Frankreich, Spanien, England, die Niederlande, Savoyen, Portugal, Bayern, Toskana, Venedig, Genua, die Schweiz, Lothringen, Schweden-Dänemark, Kirchenstaat (Papst), Russland (bemerkenswert!), Österreich, Kurland, Preußen, Sachsen, die Pfalz, Hannover, geistliche Kurfürsten jeweils mit Verbündeten). Ein so zusammengesetzter europäischer Bundestag wird, so St. Pierre, niemals einen Aufruhr zu befürchten haben. Die Kosten der Verwaltung sollten die Mitglieder des Bundes tragen, die je nach Volksvermögen und Einnahmen berechnet werden. Bei der Abstimmung herrscht Zwei-Drittel-Mehrheit, jedoch können eilige Verfahrensfragen mit einfacher Stimmenmehrheit entschieden werden. Für Vertragsänderungen gilt Einstimmigkeit (auch hier sind die Ähnlichkeiten mit den EU-Verträgen unübersehbar). Der Bundesvertrag ist verbindlich. Die Mitglieder dürfen nur unter Sanktionen wieder austreten. So wird ein spontaner Seitenwechsel in Konfliktfällen vermieden.

Auffallend ist die vorsichtige Formulierung Abbé Pierres, der pragmatische Ziele verfolgt. Seine Thesen sollten schließlich den absolutistisch regierenden Fürsten (d.h. den französischen König) von den Vorteilen eines Ewigen Friedens überzeugen. Sein Entwurf versucht, das Kräftegleichgewicht in Europa zu bewahren und gleichzeitig die Vorherrschaft Frankreichs nicht anzutasten. Dieses Gleichgewicht der Kräfte sollte durch gegenseitige Versicherung des Nichtangriffs und nicht durch Kriegsführung erhalten werden (ein Vorläufer der Nichtangriffspakte des 19. und 20. Jahrhunderts). Dazu winkten reiche Staatseinnahmen durch Förderung von Handel und Gewerbe.

St. Pierres Vorschläge enthalten jedoch kein Umsetzungskonzept. Dazu war die Zeit noch nicht reif; Ludwig XIV. war

[38] Die Darstellung folgt Foerster, 1967, S.176f. Vgl. ferner Michael, Wolfgang: Castel de St. Pierre, Der Traktat vom Ewigen Frieden, 1922.
[39] Zit. nach von Raumer, S.132.
[40] Mittag, S.39.
[41] Geier S.70, von Raumer, S.352.
[42] Foerster 1963, S.89.
[43] Wiedergegeben in der Bearbeitung Rousseaus in: Foerster 1963, S.87ff.
[44] Wiedergegeben in der Bearbeitung Rousseaus in: Foerster 1953, S.89f., S.91.

auf dem Höhepunkt seiner Macht. Erst einmal musste sich die Überzeugung durchsetzen, dass Friede besser sei als Kriegführung – eine Erkenntnis, die dem 15. und 16. Jahrhundert noch fremd gewesen war, denn Machterweiterung war nur durch Krieg denkbar. Abbé Pierre, der an den Friedensverhandlungen in Utrecht 1712/13 teilgenommen hat, stellte fest: „Das Verhältnis der europäischen Mächte untereinander gleiche eigentlich einem Kriegszustand".[45] Erst als die vielen Kriege Europa in Elend und Not gestürzt hatten, setzte sich seit Mitte des 18. Jahrhunderts die Forderung nach allgemeinem Frieden durch und wurde schon fast als eine Art Modeerscheinung in der europäischen Geisteswelt betrachtet.[46] Allerdings war die Idee vom Ewigen Frieden auch schon in Reflexionen früherer Autoren betont worden, die jedoch nur wenig beachtet wurden. Man kann St. Pierre daher als den ersten großen Propagandisten der Friedensidee bezeichnen, der frühere Ideen aufgegriffen hat.[47]

Die Vorschläge St. Pierres waren wie die seiner Vorgänger umstritten, da – wie Rousseau bemerkte – „die Friedenspläne am Egoismus der Souveräne scheitern würden".[48] Andere hielten ein Gleichgewicht der Kräfte für durchaus möglich. Die Vorschläge wiesen gewisse Ähnlichkeiten mit dem britischen System der *balance of power* auf, das seit dem 17. Jahrhundert als wichtigste Maxime in England verfolgt wurde. Jedoch schloss, wie erwähnt, dieses System kriegerische Auseinandersetzungen nicht aus, während die Ideen St. Pierres den ständigen Frieden als Voraussetzung für das europäische Gleichgewicht forderten.[49]

Jean-Jacques Rousseau

Jean-Jacques Rousseau[50] wurde 1712 in Genf geboren, verließ mit sechzehn Jahren seine Heimatstadt und begann das Wanderleben. Er war als Musiklehrer, Notargehilfe, Graveur und Diener tätig; in Paris arbeitete er kurzzeitig mit Denis Diderot. Ab 1745 lebte er mit Therese Levasseur zusammen, heiratete sie jedoch erst 1768. Die fünf Kinder aus dieser Liaison wurden von ihm jeweils sofort nach der Geburt in ein Findelhaus gegeben. Berühmt wurde er 1753 mit seiner Schrift über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen, in der er die Wiederherstellung der natürlichen Rechtgleichheit und Rückbesinnung auf den natürlichen Urzustand des Menschen forderte. Seine pädagogische Schrift *Emil oder die Erziehung* erschien 1762, die bis heute ihren Einfluss auf pädagogische Theorien ausübt. Am bekanntesten ist seine Abhandlung über den Gesellschaftsvertrag (contrat social), in der er Rechtsgleichheit für alle Bürger forderte. Rousseau, der 1778 in Paris verstarb, wurde als einer der führenden Theoretiker der Französischen Revolution betrachtet. Er ist einer der bedeutendsten politischen Philosophen und Schöpfer der Identitätstheorie: Der gesellschaftliche Wille der Mehrheit darf kein anderer sein, als der des freien, natürlichen Menschen; der Wille des einzelnen muss somit identisch mit dem Gemeinwillen sein. Rousseau hatte jedoch auch europapolitische Vorstellungen.

Rousseau kann als Nachfolger St. Pierres angesehen werden. Er lernte ihn bei Madame Dupain, bei der er als Sekretär beschäftigt war, kennen. M^me^ Dupain übergab Rousseau St. Pierres Manuskripte nach dessen Tod und bat ihn, seine Werke wiederauferstehen zu lassen. Rousseau nahm diese Bitte auf. 1761 erschien seine wichtigste Schrift: *Extrait du projet de paix perpetuelle de Monsieur l'Abbé de Saint-Pierre.*

Diese Schrift war eine Bearbeitung und Zusammenfassung, da die Schriften St. Pierres als zu umfangreich angesehen wurden (insgesamt 23 Bände). Rousseau fügte diesen Ideen von St. Pierres Gedanken eigene Überlegungen bei,[51] so dass eine genaue Trennung der Gedankengänge der beiden Schriftsteller nicht möglich ist. Rousseau greift die Ziele St. Pierres auf. Europäischer Fürstenbund mit rotierendem Vorsitz, religiöse Toleranz, gleiches Völkerrecht, Entwicklung von Wissenschaft und gemeinsamem Handel; föderalistische Regierungsform als Fundament für eine friedliche Zukunft. Die Kernformulierungen lauteten: „Die vertragsschließenden Herrscher werden untereinander einen ewigen und unwiderruflichen Band schließen und Bevollmächtigte ernennen, um an einem festgelegten Ort einen ständigen Bundestag oder Kongress zu halten (…)."[52] Nichtangriffspakt, Auflösung des Militärs, steigende Staatseinnahmen waren weitere Bestandteile des Europäischen Bundes. Mit diesen Ansichten sollte der Friede als *natürlicher Zustand* des Menschen etabliert werden.

In der Analyse ging Rousseau jedoch viel weiter als St. Pierre: nicht der Krieg ist die Krankheit Europas, sondern Ursache ist die Niedertracht und Geldgier der Fürsten und ihrer Minister. Die Errichtung des dauernden Friedens hängt nur von der Zustimmung der Herrscher ab, die diesen Plan annehmen würden, wenn sie ihre wahren Interessen erkennen würden.[53] St. Pierres Pläne seien von „kindlicher Einfalt" gewesen, als er deren Verwirklichung durch einen Beschluss des Bundesrats vorschlug. Das, was der Allgemeinheit nütze, lasse sich nämlich selten anders als mit Gewalt einführen, da dem immer die Sonderinteressen der Betroffenen entgegenstünden. Rousseau erweist sich jedoch als skeptisch gegenüber der gewaltsamen Durchsetzung von Zielen der Allgemeinheit.

Der Ewige Friede sei „im Augenblick ein absurder Plan. Aber man gebe uns einen Heinrich IV. zurück, und der Ewige Friede wird wieder ein vernünftiger Plan werden. Trösten wir uns, ihn nicht ausgeführt zu sehen, denn das kann nur durch gewalt-

[45] Zit. nach von Raumer, S.345ff.
[46] Von Raumer, S.127; Foerster 1967, S.170f.
[47] Von Raumer, S.127.
[48] Jean-Jacques Rousseau, zit. nach Geier, S.71.
[49] Als Friedrich der Große Krieg mit Österreich um Schlesien führte (siebenjähriger Krieg), verurteilte St. Pierre dies heftig. Er forderte Friedrich auf, sich einem englisch-niederländischen Schiedsspruch zu unterwerfen und die Annektierung zu beenden. (L'énigme politique 1742, zit. n. Geier, S.71f.) Darauf schrieb Friedrich eine anonyme Gegenschrift: Anti-St.Pierre ou réfutation de l'énigme politique de l'abbé St. Pierre, zit. nach Geier, S.72.
[50] Näher Meier, Heinrich (Hg.), Diskurs über die Ungleichheit, 2001.
[51] Foerster 1963, S.86. Ausführlich Foerster 1967, S.197ff.
[52] Zit. nach Mittag, S.39.
[53] Ausführliche Zitierung in: Foerster 1963, S.98ff.

tätige und für die Menschen furchtbare Mittel erreicht werden…“ [54] Die Exzesse der französischen Revolution seit 1793 sollten ihm Recht geben.

Fasst man die Rousseau’schen Ideen zusammen, referiert er St.-Pierre nicht nur, sondern, wie erwähnt, kommentiert ihn auch.[55] Hier werden die Gegensätze im Gedankengut der beiden Autoren deutlich. Bei St.-Pierre schließt der europäische Staaten-Bund alle christlichen Staaten ein. Hier ist zu erkennen, welches recht simple Verständnis St.-Pierre von Europa hatte. St.-Pierre glaubte an eine nicht anzuzweifelnde Macht der Vernunft, die den Vollzug des Plans gewährleiste. Rousseau hingegen erklärt eine europäische Einigung hauptsächlich durch christliche Überlieferung und die Relikte des Römischen Reiches. Rousseau bemüht sich also um die Geschichte, um die Fakten. Beide Autoren sehen Europa als ein durch gemeinsame Kultur zusammengehöriges Staatengebilde. Rousseaus Vorstellung von dem, was die europäische Kultur ausmacht, ist allerdings komplexer als im Vergleich zu St.-Pierres Überlegung, die sich rein auf das Kriterium Religion beschränkt.

Bei Rousseau kommt noch der Aspekt einer gemeinsamen Vergangenheit (Römisches Reich) hinzu. Aspekte wie Geographie, Handel, Technik und Verkehr kennzeichnen nach Rousseau ebenfalls Europas Wesen, werden aber von ihm als zweitrangig genannt. Auch die Motive beider Autoren waren verschieden. Für St.-Pierre war ewiger Frieden gut, weil Frieden ein Zustand von Glück ist, in dem es die Nachteile des Krieges nicht gibt. Rousseau hingegen will die Innenpolitik beeinflussen und damit die Rechtsregularien innerhalb des Landes durchsetzen. Liegt die Konzentration durch andauernde Kriege auf der Außenpolitik, so hindert dies den Staat, Reformen durchzusetzen.

St.-Pierre verlangt also nicht die Umgestaltung der Gesellschaft, sondern nur die des politischen Systems. Rousseau hingegen erkannte klar, dass die Friedenspläne St. Pierres nur durch Gewalt möglich waren. Daher blickt er über das aktuelle politische System seiner Zeit hinaus. Er sieht eine Kausalkette in der Verwirklichung seines Traums von einer Gesellschaft der natürlich Gleichen und dem Ewigen Frieden. Für diesen Frieden ist eine Umwälzung von Gesellschaft und Staat notwendig.[56] Die Regierungs*form* verändere schließlich den Menschen selbst, der unter ihr lebe. Interpreten verstanden aber seine Forderung dahingehend, dass diese Umwälzung gewaltsam und radikal sein *müsse* – also einer Forderung nach einer gewaltsamen Revolution, die Rousseau allerdings an keiner Stelle fordert. Voraussetzungen für St.-Pierres neue Ordnung, die ewigen Frieden gewährleistet, sind die Abschaffung des Absolutismus und stattdessen die Einführung einer republikanischen Verfassung, deren Verwirklichung er allerdings im Unklaren lässt. Für eine Umsetzung dieser Ideen war die Zeit zu St.-Pierres Lebzeiten daher noch nicht reif.[57] Zu stark war der monarchische Gedanke in den europäischen Staaten verwurzelt.

Die Aufklärer wollten zwar, „dass auch die Fürsten von der Aufklärung erfasst würden“,[58] aber eine Revolution, die zu einer Demokratie führt, wurde zur Zeit St. Pierres nicht diskutiert. So ist Rousseau „der eigentliche Erneuerer von St.-Pierres Friedensplan, da er dem Projekt neue Impulse gibt“.[59] Nur im Spiegel Rousseaus, der zeigt, was ein schöpferischer Denker aus dem Rohstoff gemacht hat, […], sind daher die Elemente von St.-Pierres Friedensplan noch heute von Interesse“.[60] Es lag jedoch auch an der Epoche, dass Rousseaus Veröffentlichung mehr Wirkung zeigte als die langatmige Schrift von St. Pierre. Der Plan traf den Nerv der vorrevolutionären Zeit und fand in der getrübten Stimmung unter den Bürgern Frankreichs vor Ausbruch der „Großen Revolution“ ein reges Echo.

Hinsichtlich der Verwirklichung der europäischen Pläne war Rousseau von großer Klarsicht: Er prophezeite, das die schrittweise Ausbildung eines europäischen Staatenbundes erst in zweihundert Jahren abgeschlossen sein würde;[61] tatsächlich wurden fast genau zweihundert Jahre später Elemente seiner Ideen mit der Schaffung von internationalen Organisationen wie der EU und der UNO umgesetzt – dies im 20. Jahrhundert nach zwei Weltkriegen. Geebnet wurde der Weg zu einem europäischen Staatenbund tatsächlich durch die Einführung der Demokratie in den europäischen Staaten, ausgelöst durch die Französische Revolution, deren gewaltsame Elemente Rousseau vorhergesehen hatte.

Immanuel Kant und der Ewige Friede

Das 18. Jahrhundert sieht den Aufstieg und die Absicherung Preußens als Großmacht sowie die Ausdehnung Österreichs (Banat, Kroatien, Galizien). Preußen, das 1713 die Anerkennung des Reichsverbandes als Königreich erlangte, wuchs unter dem Großen Kurfürsten zum mächtigsten Staat des Reichs, das seine Nachfolger weiter festigten. Der Soldatenkönig Friedrich Wilhelm I. (1713-1740) schuf die Grundlagen des preußischen Beamten- und Soldatenstaates. Ihm folgte Friedrich II. (der Große) (1740-1786), der „erste Diener seines Staates“. In Österreich folgte auf Karl VI. (1711-1740) Maria Theresia (1740-1780), die sich faktisch als Kaiserin gerierte, obwohl sie formal „nur“ Erzherzogin war (den Kaisertitel trug ihr Gemahl Erzherzog Leopold von Lothringen). Zwischen diesen beiden Mächten herrschte jahrzehntelang Kriegszustand.[62] Bedeutende innere Reformen prägten die beiden Staaten (Aufhebung der Leibeigenschaft, Schulreform, Justizreform). Die mittleren

[54] Zit. nach Foerster 1963, S.101.
[55] Zit. nach Foerster 1963, S.96ff.
[56] Von Raumer, S.127.
[57] Foerster 1967, S.336.
[58] Foerster 1967, S.172.
[59] Von Raumer, S.127.
[60] Von Raumer, S.132.
[61] Foerster 1967, S.184.
[62] 1740-1744 kam es zwischen den beiden Mächten zu den zwei Schlesischen Kriegen (Einfall Friedrichs II. in Schlesien, das Österreich schließlich abtreten musste). England stand mit Frankreich in ständiger Auseinandersetzung in den Kolonien.
1756-1763: *Siebenjähriger Krieg* im neuen Kampf um Schlesien mit Österreich.

Staaten, Sachsen, Hannover, Baden, folgten ebenfalls dem Reformkurs. Baden wurde zum „Musterland“ unter Herzog Friedrich (1776-1811), dem „ersten Fürsten in Deutschland“.

Kants Wirken[63] fiel in diese Zeit allgemeiner Kriegsmüdigkeit. Die stehenden Heere bluteten die Länder aus. Die Gelegenheit für Friedensprojekte schien daher günstig, zumal neben den ständigen Kriegen in den europäischen Staaten auch gerade eine Hochblüte der Aufklärung stattfand. Kant konnte also hoffen, mit seinem Appell an den „Ewigen Frieden“ an die Fürsten die allgemeine Kriegsmüdigkeit zu beschreiben und zugleich die aufgeklärten Monarchen zum ständigen Frieden zu bewegen, da allein sie – nicht das Volk oder die Stände – die Macht zu Verträgen hätten; nur sie waren souverän.

Kants Entwurf zum „Ewigen Frieden“ fällt in die Zeit des ersten Koalitionskriegs 1792-1795 der europäischen Mächte gegen das revolutionäre Frankreich, dem Kant viele Sympathien entgegenbrachte. Sein Entwurf ist unter dem Eindruck dieses Koalitionskriegs und des Baseler Friedens 1795 entstanden. Das Werk fand große Beachtung und erschien in mehreren Auflagen und Übersetzungen.[64] Er sprach allerdings nicht ausdrücklich von Europa, sondern von *allen Staaten*;[65] er wollte gewissermaßen eine Weltfriedensordnung schaffen.

Der Entwurf zum Ewigen Frieden hat drei Hauptteile: Sechs Präliminarartikel, als Verbotsgesetze formuliert, einen inhaltlichen Hauptteil mit drei Definitivartikeln (endgültige Artikel) sowie einen Geheimartikel und zwei Anhänge. Der Aufbau ist dem der damaligen Friedensverträge nachgebildet. Die genannten Artikel werden im folgenden überblickhaft dargestellt.

Erster Abschnitt: Die sechs Präliminarartikel

Die sechs Präliminarartikel sind „vorläufige Übereinkunftspunkte, die einem zu schließenden Vertrag als Grundlage dienen“. Es müssen also grundlegende Punkte erfüllt werden, um sein Ziel des Friedens zu realisieren. Diese sind in den Worten Kants:[66]

1. „Es soll kein Friedensschluss für einen solchen gelten, der mit dem geheimen Vorbehalt des Stoffs zu einem künftigen Kriege gemacht worden.“

Kant meint, ein solcher geheimer Vorbehalt sei kein Frieden, sondern nur ein Waffenstillstand, ein Aufschub des Krieges.

2. „Es soll kein für sich bestehender Staat (klein oder groß, das gilt hier gleichviel) von einem andern Staate durch Erben, Tausch, Kauf oder Schenkung erworben werden können.“

Ein Staat, sagt Kant, sei nicht ein Stück Land, sondern die „Wurzel“ einer Gesellschaft, die es zu bewahren gilt. Kant spielt auf die soziale Inzucht (Cousin-Cousine) in europäischen Adelshäusern an, die eingegangen wird, um Ländereien zu vermehren.

3. „Stehende Heere (miles perpetuus) sollen mit der Zeit ganz aufhören.“

Schon allein, wenn ein Staat ein stehendes Heer hat, sei er damit gezwungen, Krieg zu führen, da das Heer sonst keine Daseinsberechtigung hätte.

4. „Es sollen keine Staatsschulden in Beziehung auf äußere Staatshandel gemacht werden.“

Kant sieht im Kreditgeschäft Nährboden für Kriege, denn Staaten, die davon profitieren, hätten Geld, um Krieg zu führen, und Staaten, die dadurch bankrott gehen, würden besiegt werden.

5. „Kein Staat soll sich in die Verfassung und Regierung eines andern Staats gewalttätig einmischen.“ (Aggressionsverbot).

Kant sieht darin die Souveränität eines Staates gefährdet, und Staaten, die rückschrittlich wären, sollten ihren „inneren Streit“ selber lösen. Falls sie das nicht tun, sei die Autonomie aller Staaten gefährdet.

6. „Es soll sich kein Staat im Kriege mit einem andern solche Feindseligkeiten erlauben, welche das wechselseitige Zutrauen im künftigen Frieden unmöglich machen müssen: als da sind, Anstellung der Meuchelmörder (percussores), Giftmischer (venefici), Brechung der Kapitulation, Anstiftung des Verrats (perduellio) in dem bekriegten Staat etc.“

Kant sieht in diesen unehrbaren Methoden das Ende jeden Friedens, mit der Folge, dass er in „Ausrottungskriege (bellum internecinum)“ ausarten würde. (Derartige Überlegungen fanden ihren Niederschlag auch in der ersten Genfer Konvention 1864, Anm. d.V.)

lm zweiten Abschnitt, den drei Definitivartikeln, spricht Kant von den gesellschaftspolitischen Grundlagen des ewigen Friedens.

Erster Definitivartikel zum Ewigen Frieden.[67]

„Die bürgerliche Verfassung in jedem Staate soll republikanisch sein.“

Republikanische Verfassung heißt bei Kant Beendigung der absoluten Monarchie. Diese Forderung beruht auf der leidvollen Erfahrung der vielen Kriege, die die absoluten Fürsten führten. Die Kriege seien für den Fürsten lediglich eine Lustpartie, das Volk könne bei einem Krieg indes alles verlieren, daher sei es dem Krieg grundsätzlich abgeneigt. Die Fürsten müssten daher an die Verfassung gebunden werden (konstitutionelle Monarchie). Diese müsse auf drei Säulen stehen: Freiheit der Glieder einer Gesellschaft, Abhängigkeit aller von einer einzigen gemeinsamen Gesetzgebung (der Volksvertretung) und rechtliche Gleichheit aller vor dieser. Nur eine solcherart beschaffene Verfassung – also eine republikanische, die auch

[63] Geb. 22. 4. 1724 als Sohn eines Sattlermeisters, gest. 12. 2. 1804, beides in Königsberg. Ab 1740 Studium in Königsberg an der Albertina, 1755 Habilitation und Promotion, nach 1755 Privat-Dozent, erste Bewerbung auf den Lehrstuhl für Logik und Metaphysik 1759 schlug fehl. Er erhielt einen Ruf auf eine Professur in Erlangen und Jena, erst danach erfolgte die Berufung in Königsberg. 1786 und 1788 war Kant Rektor der Universität Königsberg, 1789 wurde er in die Berliner Akademie der Wissenschaften aufgenommen. Kant widmete sich der Erkenntnis- und Moralphilosophie, Staats- und Rechtsphilosophie. Zu letzterer gehört sein Entwurf zum Ewigen Frieden. Kant war der größte Staatsphilosoph seines Jahrhunderts; er verbrachte sein ganzes Leben in Königsberg, wo er 1804 verstarb. (Näher: G. Cavallar: Pax Kantiana, Wien 1992). Die grundlegenden Werke waren: Kritik der reinen Vernunft (1781), Grundlegung der Metaphysik der Sitten (1785), Kritik der praktischen Vernunft (1788), Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (1793), Zum Ewigen Frieden (1795), Metaphysik der Sitten (1797), Kritik der Urteilskraft (1790).

[64] Zum Ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf (1795). Neuauflage Stuttgart 1994, näher Volker Gerhard: Vom Ewigen Frieden, 1995.

[65] Näher Foerster 1967, S.209 ff.

[66] Zit. nach Foerster 1963, S.117.

[67] Zit. nach Foerster 1963, S.117.

den Fürsten bindet – könne einem Rechtsstaat Genüge tun. Ein Volk (und dessen Vertretung) werde nicht selbst beschließen, in den Krieg zu ziehen, weil es sich damit selber schaden und alle Übel heraufbeschwören würde („als da sind: selbst zu fechten; die Kosten des Krieges aus ihrer eigenen Habe herzugeben; die Verwüstung, die er hinter sich lässt, kümmerlich zu verbessern; zum Übermaße des Übels endlich noch eine, nämlich die wegen immer neuer Kriege zu tilgende Schuldenlast, selbst zu übernehmen, heraufbeschwören würde").

Zweiter Definitivartikel zum Ewigen Frieden.

Dieser Artikel beginnt mit: „Das Völkerrecht soll auf einen Föderalismus freier Staaten gegründet sein." Daraus entwickelt Kant seine europapolitischen Vorstellungen. Staaten ohne eine völkerrechtlich föderale Friedensverbindung befinden sich in einem schlechten kriegerischen Naturzustand, ähnlich wie Individuen nach Hobbes Naturzustand. Bei einem Weltstaat anstatt eines Bundes souveräner Staaten besteht die Gefahr eines Weltdespotismus. Die auch aus pragmatischen Gründen angebrachte Lösung Kants ist der Pluralismus in einer moralisch-rechtlichen, vernünftigen Föderation. Der Gedanke dieses Artikels ist, dass Kant sich ein Völkerrecht wünscht, welches alle Völker gemeinsam verfassen könnten. Kant meint, dass eine „Weltrepublik" nicht funktionieren würde. Da es dann nur noch ein Volk gebe, würde somit die Souveränität dieser Republik verschwinden. Auch eine übergeordnete Regierungsinstanz in einer solchen Föderation lehnt Kant ab, da jeder Staat schon eine Regierung hat und deshalb nicht gesonnen ist, „aus diesem Zustande herausgehen zu sollen". Kant sieht die Entwicklung realistisch. Staaten würden daher, so Kant, nicht „ihre wilde (gesetzlose) Freiheit aufgeben". Kant plädiert für einen Völkerbund, welchem ein Friedensvertrag zur Friedenssicherung zugrunde liegt. „Den Strom der rechtscheuenden, feindseligen Neigung aufhalten, doch mit beständiger Gefahr ihres Ausbruchs."

Dritter Definitivartikel zum Ewigen Frieden.

„Das Weltbürgerrecht soll auf Bedingungen des allgemeinen Hospitalismus eingeschränkt sein."

Kant spricht von einem allgemeinen Besuchsrecht für Besucher fremder Länder, in der Weise, dass jeder Bürger sich innerhalb den Grenzen eines anderen Staates aufhalten darf, solange er sich friedlich verhält. Das bedeutet, auf praktische Verhältnisse übertragen, dass die Weißen in den Kolonien nur ein Besuchsrecht haben und keine Herrschaft ausüben dürfen. Die Weißen, so Kant, missbrauchten anfänglich das Gastrecht, um die fremden Staaten (Kant meint offenbar die Herrschaftsgebiete der verschiedenen Stämme in diesen Kolonialgebieten. Anm. d. Verf.) später zu erobern oder durch Handelsniederlassungen in Abhängigkeit zu bringen. Jedoch seien Boden und Bodenschätze für alle Menschen gleichermaßen da; das veranlasst Kant, eine Art kosmopolitisches Besuchsrecht zu fordern. Zu dem Gaststatus ist allerdings die Zustimmung der besuchten Staaten zwingend erforderlich. Die gewaltsame Inbesitznahme von Kolonien sei somit zu verurteilen: „Vergleicht man hiermit das inhospitale Betragen der gesitteten, vornehmlich handeltreibenden Staaten unseres Welttheils, so geht die Ungerechtigkeit, die sie in dem Besuche fremder Länder und Völker (welches ihnen mit dem Erobern derselben für einerley gilt) beweisen, bis zum Erschrecken weit. Amerika, die Negerländer, die Gewürzinseln, das 14. Kap etc. waren, bey ihrer Entdeckung, für sie Länder, die keinem angehörten; denn die Einwohner rechneten sie für nichts". Kant ist damit seiner Zeit weit voraus. Er beschreibt eine globalisierte Welt, wenn er ausführt, dass das Gastrecht unverzichtbar für Handel und Friede mit neuen Völkern sei.

Wie ausgeführt, spricht Kant nicht ausdrücklich von Europa, sondern spricht als Weltbürger. Er forderte für die Völker eine bürgerlich-republikanische Föderativverfassung, eine Konvention zur Verhinderung von Angriffskriegen und die Bildung einer auf Vernunft gegründeten Konföderation, worunter er jedoch die damalige europäische Staatenwelt als einzig bekanntes Staatensystem verstanden haben dürfte.

Auch der geheime Anhang des Ewigen Friedens ist dem des Basler Friedens 1795 nachempfunden. Kant persifliert ihn. So meint er, dass die politischen Maximen der Philosophen von der Realpolitik in Betracht gezogen werden müssten, dass also die Philosophen Einfluss auf die Staatspolitik haben müssten. Diese Forderungen gehen auf das Anliegen des Philosphen zurück, die Öffentlichkeit als republikanische Institution zu verankern. Die Publizität (die hier als eine Art Vorstufe des Parlamentarismus gesehen werden kann), gewährleistet Diskussion und ständige Verbesserung. Ein solcher öffentlich-rechtlich gesicherter Friede war für Kant nicht nur ein frommer Wunsch, sondern eine „notwendige Aufgabe der Vernunft".[68]

Im Anhang beschreibt Kant des Weiteren, dass es zwischen Politik und Moral Einhelligkeit gebe, wenn man nach den Prinzipien der Vernunft handle. Kant versucht damit, die Öffentlichkeit als republikanische Institution zu verankern – Publizität und Aufklärung – gewissermaßen als Vorstufe einer demokratischen Staatsstruktur. Die Vernunft ist Dreh- und Angelpunkt seiner Überlegungen. Zwischen Moral und Politik gab es bisher „Misshelligkeiten". Im Ewigen Frieden verschwänden diese Misshelligkeiten, da die Vernunft Politik und Moral zusammenbringe.

Kants Ideen, eine Föderation der Staaten auf der Basis moralischer Werte, hatte ein umfangreiches Echo. Die klassische deutsche Friedensdiskussion (G. F. Hegel, Fichte, Schlegel, Görres, etc.) ist hierfür ein Beispiel.[69] Fichte maß der Schrift Kants in seiner Rezension in wissenschaftlicher Rücksicht große Bedeutung zu. Wegen ihrer globalen Ausrichtung erfuhren sie eine umfangreiche Rezeption nicht nur zu Lebzeiten Kants, sondern auch in allen späteren Friedensdiskussionen, bis hinein ins 20. Jahrhundert.[70]

[68] Zit. nach Kant, Zum Ewigen Frieden und andere Schriften, Ausgabe Frankfurt 2008.
Vgl. auch Malter, Rudolf: Zum Ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, Stuttgart 1998; Zum Ewigen Frieden. Kommentar von Oliver Eberl und Peter Niesen, Frankfurt 2011.

[69] Anita und Walter Dietze (Hg.), Ewiger Friede? Dokumente einer deutschen Diskussion um 1800, 1989.

[70] So spielten die Ideen Kants auch noch in den Diskussionen des Völkerbunds 1919 eine große Rolle.

4. Kapitel: Der europäische Gedanke und Napoleon

Nach dem Ende der Ära Napoleons[71] standen die europäischen Einigungsprojekte vor einem Neuanfang. Die Theorie der völkerrechtlichen Souveränität der Staaten sprach von vornherein für einen Staatenbund und gegen eine Konföderation im Sinne eines engeren Zusammenschlusses. Ein solches staatenbündisches System erschien nach dem Sturz Napoleons als das Gebot der Stunde, um das Gleichgewicht der Kräfte in Europa wieder herzustellen, das während der napoleonischen Herrschaft über Europa ausgeschlossen gewesen war. Deshalb wird Napoleon heute vielfach aus der Geschichte der europäischen Einigungsbestrebungen ausgenommen. Er sei ein Usurpator und Gewaltherrscher gewesen, gegen alle staatenbündischen Überlegungen, die Frankreichs Vormachtstellung hätten bedrohen können. Napoleon hatte jedoch durchaus Vorstellungen von Europa, wenngleich nicht im Sinne eines Bündnisses, wie sie im 16. und 17. Jahrhundert entworfen worden waren, sondern de facto im Sinne eines Systems von Klientelstaaten unter Führung Frankreichs. Die folgenden Ausführungen mögen dies verdeutlichen.

Die Ideen Napoleons von Europa

Europäische Ideen wurden von Napoleon allerdings nicht während seiner Herrschaft erläutert. Seine Vorstellungen sind nur in vager Überlieferung während seines Exils auf St. Helena erhalten.[72] Sie hatten keine klaren staats- oder völkerrechtlichen Strukturen. Napoleon malte ein Bild von Europa, wie es in seinen Augen hätte aussehen sollen, wenn er nicht von den alliierten Mächten England, Preußen, Österreich und Russland besiegt worden wäre. In diesem Kontext sind auch Napoleons Äußerungen während seiner hunderttägigen Herrschaft nach seiner Rückkehr von Elba zu sehen, die in der Additionalakte (Acte additional aux Constitutions de l' Empire) veröffentlicht wurden, deren Verfasser offiziell Benjamin Constant war. Dort heißt es: *Es war unser (Napoleons) Ziel, ein großes europäisches Föderativsystem zu schaffen, vom dem wir glaubten, dass es dem Geist des Jahrhunderts gemäß sei und dem Fortschritt der Zivilisation dienen würde.*[73] Was meinte er mit Föderativsystem? Beherrschung oder Gleichberechtigung der Mitgliedstaaten? Wohl nur das Erstere. Denn tatsächlich schuf Napoleon aus den besiegten europäischen Staaten nur eine Art Familiendomäne und keinen Staatenbund. Er versicherte aber, dass er einen solchen habe schaffen wollen.

In der Verbannung auf St. Helena sprach er mit seinem Sekretär Las Cases über seine Vision von Europa. Las Cases berichtet in seinen „Denkwürdigkeiten von Sankt Helena", dass der Sieg über Russland das Ende der militärischen Handlungen hätte sein sollen. Danach, so versicherte Napoleon, hätte er ein europäisches System geschaffen. Napoleon wollte daran anknüpfend, so führte er aus, einen gesamteuropäischen Kodex ausarbeiten, ein europäisches Kassationsgericht gründen, ein einheitliches System bei Münzen, Maßen und Gewichten schaffen. Die Europäer hätten sich, so Napoleon, tatsächlich in ein einheitliches Volk verwandelt, und bei Reisen hätte sich jedermann überall in einer großen gemeinsamen Heimat befunden. Napoleon behauptete, eine seiner großen Ideen sei die Verschmelzung und Konzentration aller Völker gewesen, die geographisch zu einer Nation gehören, aber infolge der Revolution und aus politischen Ursachen zersplittert seien. In Europa lebten über dreißig Millionen Franzosen, fünfzehn Millionen Italiener, dreißig Millionen Deutsche. Aus jedem dieser Völker wollte Napoleon eine einzige einheitliche Nation schaffen. Napoleon träumte also offenbar von einem vereinigten Europa auf konföderativer Grundlage mit einheitlicher Gesetzgebung, einer gemeinsamen Währung, einer gemeinsamen Armee usw., d.h. von einer Art Bundesstaat mit zentralen Instanzen. An der Spitze dieses Europas sollte ein Kaiser stehen (der natürlich nur er selbst sein würde, Anm. d.V.). Napoleon wollte damit an die Geschichte des Christentums anknüpfen und gleichzeitig die Einzigartigkeit Frankreichs als Leuchtturm der Zivilisation herausstellen.[74] Kurz vor seinem Tod hatte er in seinen Ratschlägen an seinen Sohn folgendes geschrieben: „Ich musste Europa mit den Waffen zähmen, heute muss man es überzeugen. Ich habe die Revolution gerettet, die verdorben war, ich habe sie von ihren Verbrechen gereinigt, ich habe sie der Welt in ihrer Herrlichkeit gezeigt, ich habe Frankreich und Europa neue Ideen eingepflanzt, die nicht mehr auszulöschen sind […] Europa durch unauflösliche Föderativbande wiedervereinen, überall in der Welt, wo heute Barbaren wohnen, die Wohltaten des Christentums und der Zivilisation verkünden: darauf müssen alle Gedanken meines Sohnes gerichtet sein, das ist die Sache, für die ich als Märtyrer sterbe."[75]

Napoleons Europapläne sind umstritten und man kann sie vielseitig deuten. Ob er tatsächlich einen europäischen Vernunfts- und Friedensstaat gründen wollte oder ob dies eine von ihm nachträglich geschaffene Legende ist und es ihm nur um die Hegemonie Frankreichs ging, ob er tatsächlich eine neue, freiheitliche Ordnung in Europa schaffen wollte oder ob er ein eroberungssüchtiger Despot war, ist im Nachhinein nicht mehr genau zu klären.[76] Betrachtet man jedoch Napoleons Aufstieg in Frankreich vom General zum Ersten Konsul der Französischen Republik, so zeigt sich in diesem Aufstieg doch ziemlich viel von einem „europäischen spirit", der über die Geschichte

[71] Napoleon (1769-1821) war nach dem Besuch der Militärschulen von Brienne und Paris seit Oktober 1785 Leutnant der Artillerie in der französischen Armee, und avancierte 1791 zum Oberstleutnant der korsischen Nationalgarde und 1796 zum Oberbefehlshaber der französischen Armee in Italien. 1799 stürzte er das Direktorium, proklamierte eine Konsulatsverfassung und sich selbst zum Ersten Konsul, seit 1802 auf Lebenszeit. 1804 Selbstkrönung als Kaiser der Franzosen.

[72] Zusammenhängende Äußerungen finden sich in Gesprächen mit seinem Sekretär Las Cases (Denkwürdigkeiten von St. Helena, zit. n. Foerster 1963, S.67) und anderen Exilierten. Seine Vorschläge sind teils dezidiert, teils nebulös, etwa wie folgt: Ein vereintes Europa als Konföderation unter der Führung des französischen Kaisers, außer England, Russland und dem Osmanischen Reich. Näher: Geier, S.75.

[73] Zit. nach Foerster 1963, S.167ff.

[74] Vgl. Tschubarjan, Alexander: Europakonzepte von Napoleon bis zur Gegenwart. Berlin 1992, S.40.

[75] Zit. nach Foerster 1963, S.167f.

[76] Weitergehend Foerster 1967, S.167, der glaubt, Napoleon habe diese Länder (zu einer Einheit) „zusammengeschlossen".

des Christentums noch hinausreichte Letztlich wollte er ein großes europäisches Imperium in Anlehnung an das Römische Reich, dies zeigen die von ihm geschaffenen Institutionen (Senat, Konsuln). Er wollte somit Kaiser eines neuen Römischen Reichs christlicher Prägung, aber auf säkularer Grundlage sein, also mit einer Kirche als Ordnungsfaktor zusammenarbeiten. Daher bestand er auch auf der Krönung durch den Papst, bei der er sich allerdings die Krone selbst aufs Haupt setzte.[77]

Die Wirkungsgeschichte Napoleons auf Europa

Auch unter einem anderen Aspekt muss Napoleon in gewisser Weise als ein Wegbereiter Europas gesehen werden. Betrachtet man nämlich die *Wirkungsgeschichte* seiner Herrschaft, so hatte diese in hohem Maße einen vereinheitlichenden Effekt. Die bedeutendste Reform war die Säkularisierung von Kirchen und Klöstern aufgrund des Reichsdeputationshauptschlusses (1803) und die Gründung des Rheinbundes (1806), eines Militärbündnisses mit den durch Frankreich besetzten (und von ihm abhängigen) Staaten (linksrheinische Gebiete, Baden, Württemberg, Bayern, Großherzogtum Berg, das [von Napoleon] neugeschaffene Königreich Westfalen, insgesamt neununddreißig Mitglieder). In diesen Staaten wurden tiefgreifende Reformen nach französischem Vorbild eingeführt, die, wenngleich sie oft auf den erbitterten Widerstand des Adels und der Zünfte stießen, die entscheidende Wende zum modernen Staat einläuteten. Die Reformen betrafen vor allem Verwaltung und Rechtspflege (Stärkung der Zentralgewalt, Einrichtung von Mittelbehörden und unteren Verwaltungsbehörden [Kreisbehörden], eine Festigung des Berufsbeamtentums, Verantwortlichkeit der Minister, Abschaffung der Patrimonialgerichtsbarkeit). In den Verfassungen (Westfalen 1806, Bayern 1808) wurde die allgemeine Gleichheit, vor allem die Steuergleichheit aller Bürger, gewährleistet; der Adel verlor seine Privilegien und unterlag der Steuerpflicht. Im materiellen Recht wurde der Code Civil und damit die Zivilehe eingeführt. Die Wirtschaft nahm einen starken Aufschwung durch die (teilweise) eingeführte Gewerbefreiheit und die Aufhebung des Zunftzwangs sowie die Aufhebung der Leibeigenschaft. Ein effektives Finanzsystem und die Einführung des Haushaltsplans pro Jahr gewährleistete höhere Einnahmen des Staates. Das Münzwesen sowie Maße und Gewichte wurden vereinheitlicht. Die bisher üblichen Maße wie Zoll, Elle oder Fuß wurden durch das metrische System mit Meter, Liter und Kilogramm ersetzt, die in Frankreich seit der Revolution üblich waren.[78] Wirtschaft und Handel erlebten dadurch während der französischen Herrschaft einen enormen Aufschwung.

Diese Reformen entsprachen denen, die Napoleon in den Jahren vor seinen Kriegszügen bereits in Frankreich eingeführt hatte und die gewissermaßen als Muster für die Reformen in den besetzten Ländern (z.B. in Bayern) dienen konnten. Er straffte die während der Revolution eingeführten „Départements“, an deren Spitze jeweils ein Präfekt stand. Bildung und Wissenschaft erhielten die Strukturen, die noch heute in Frankreich maßgebend sind. Napoleon förderte die Neugründung von Universitäten. 1794 wurde die Ingenieurshochschule „Ecole Polytechnique“ und im Bereich der Geisteswissenschaften die Elitehochschule „Ecole Normale Supérieur“ gegründet. Napoleons Feldzug nach Ägypten (1798-1801) beendete die dortige Osmanenherrschaft und schuf in Ägypten eine moderne Verwaltung. In ganz Europa verbreitete sich das Interesse an der Altertumswissenschaft. Aus all diesen Gründen ist Napoleons Platz in der Geschichte der europäischen Einigungsbestrebungen trotz seiner Eroberungskriege gerechtfertigt.

Aus dem Blickwinkel der Wirkungsgeschichte war Napoleon somit ein großer Reformer, der alle Reformen „von oben“ verordnete und durchsetzte. Die Zeitströmungen waren allerdings gegen ihn. Die Ideen, die seit Ende des 17. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts diskutiert wurden, standen unter dem Postulat von Demokratie und Volksherrschaft, von Gesellschaftsvertrag und Freiheit. In Napoleons Reformen hatten diese, abgesehen vom Gleichheitssatz, keinen Platz. Die Interessen der von ihm eingesetzten Herrscher in den besiegten Staaten lagen selbstredend in der Aufrechterhaltung des obrigkeitsstaatlichen Regimes. Die Bewertung der Französischen Revolution legte Napoleon einseitig im Sinne Frankreichs aus, indem er dieses als Heilsbringer für die ganze Welt betrachtete.[79] Von den Errungenschaften der Revolution hatte Napoleon aber nur die „unpolitischen“ Materien übernommen, die Idee eines europäischen Staatenbundes blieb ihm jedoch fremd. Napoleons Ziele waren Eroberung und Unterwerfung anderer europäischer Staaten mit Waffengewalt. Gleichzeitig wollte er ihnen zivilisatorische Fortschritte bescheren, um sie dadurch zu „unifizieren“.[80] Diese Politik war lange erfolgreich, und das französische Recht galt über seinen Tod hinaus in den früheren Rheinbundstaaten (z.B. im Großherzogtum Baden als „Badisches Landrecht“) bis zur Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900 weiter.[81] Napoleons Reformen berühren das Leben der Menschen bis heute, auch im Alltag.[82]

---

[77] Auch der Vatikan sollte zu diesem Reich gehören; 1801 kam das Konkordat zum Abschluss, ebenso die Neustrukturierung der Kirchenorganisation, um die gallische Kirche enger an die weltliche Macht zu binden.

[78] In den preußischen Ländern erfolgte diese Vereinheitlichung mit der Reichsgründung 1871.

[79] Tschubarjan, S.25ff., 28ff.

[80] Napoleon wird vielfach auch der Universalmonarch genannt, weil er nach einer Universalherrschaft strebte, die nach außen und im Inneren seine Handschrift trug, vgl. Schmale, S.91.

[81] Vgl. Tschubarjan, S.36.

[82] So hatte z.B. die bayrische Verwaltung unter dem Einfluss Napoleons und seinen Anordnungen den Übergang der Allmendeflächen in Wald und Flur, die auf den Dörfern im Gesamthandeigentum der Bauern standen, als Eigentum der politischen Gemeinde zugeschnitten. Mit den altgermanischen Instituten des gesamthänderischen Eigentums hatte Napoleon nichts im Sinn. Er war Zentralist und Förderer des politischen Gemeinwesens auf der Basis der Gleichheit. Die politische Gemeinde als neuer Eigentümer wurde dadurch in die Lage versetzt, diese Flächen gewinnbringend zu nutzen und zugleich das Allgemeinwohl im Auge zu behalten. So besteht bis heute der Gemeingebrauch für jedermann in Wald und Flur, die im Eigentum der öffentlichen Hand oder auch in Privathand stehen (entsprechendes gilt für die oberirdischen Gewässer, wie dies in den Naturschutz-, Wasser- und Waldgesetzen von Bund und Ländern festgelegt ist). Die Gemeinden können die Nutzungsrechte an Private verpachten, die denselben Nutzungsbestimmungen wie die öffentliche Hand unterliegen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Politik Napoleons ambivalent war. Im Inneren unifizierend, nach außen hin ohne konkrete staatspolitische Vorstellungen. In außenpolitischer Hinsicht gestaltete er Verschiebungen, die nicht „europäisch", sondern ausschließlich auf ihn persönlich ausgerichtet waren. Nach der Zerschlagung des Alten Reiches initiierte er 1806 den Rheinbund, eine Konföderation von zunächst sechzehn deutschen Fürsten unter französischem Protektorat, dem später weitere deutsche Staaten beitraten. Er wollte keine europäische Föderation von prinzipiell gleichberechtigten Staaten. Er gedachte hingegen, „sein" Europa wie das Besitztum einer Großfamilie (aus der er selber stammte) zu gestalten: d.h. ein Europa mit Klientelstaaten in Familienbesitz zu schaffen. Zu diesem Zweck gründete er sogenannte Schwesterrepubliken. Er erklärte sich zum König von Italien und seinen Stiefsohn Eugen Beauharnais zum Vizekönig. Das Königreich Westfalen bekam ein Bruder des Kaisers - Jerôme. Sein Bruder Louis wurde König von Holland. Das Königreich Neapel erhielt sein Schwager Murat und Spanien sein Bruder Joseph Bonaparte. In den Jahren 1809 bis 1810 verwandelte Napoleon eroberte Staaten in gewöhnliche Provinzen. In direkter Subordination unter Frankreich standen Portugal, Spanien, Holland und die Illyrischen Provinzen. Das riesige Imperium umfasste das Gebiet von der Ostsee bis zum Schwarzen Meer. Faktisch war ganz Europa außer Russland und England ein von Frankreich beherrschtes Territorium.[83] Die gewaltige französische Armee, die 1812 nach Russland eindrang (und zu drei Vierteln aus Soldaten der verbündeten Staaten bestand), verkörperte die hegemonistischen Pläne Napoleons, die zugleich aber auch Zeichen seiner Hybris waren, Unmögliches zu erreichen.[84]

„Abendländischer Universalismus" von nach gleichen Rechtsprinzipien[85] regierten Staaten[86] (Code Civil 1804), damit könnte man vielleicht Napoleons Tendenz umschreiben. Vielleicht war das ein „Ersatz" für das bisher fehlende Bündnis der europäischen Staaten? Den nüchternen Zeitgenossen musste sein Vorgehen jedenfalls als der Versuch erscheinen, eine Alleinherrschaft in Europa aufzurichten oder zumindest eine Hegemonie über diejenigen Staaten aufzurichten, die von seinen Gnaden existierten. Die Monarchen dieser Länder suchte er durch Familienbindungen an Frankreich und untereinander zu binden. Er selbst heiratete die Tochter des österreichischen Kaisers Leopold II., Marie-Louise. Im Inneren jedoch waren seine Reformen[87] Wegbereiter für die Modernisierung dieser Staaten. Man sprach von einer „neuen Verfassung" dieser Staaten,[88] die vom Bürgertum gestützt wurde und Handel und Verkehr großen Auftrieb verliehen.

Jedenfalls kann festgestellt werden, dass Napoleon im Inneren der besiegten Staaten faktisch ein Stück europäische Integration durch seine Rechtsreformen schuf. Außenpolitisch bewirkte er jedoch das Gegenteil: Seine Eroberungszüge zeigten, dass die Vereinigung Europas mit Hilfe längerer Kriege und Aggressionen den Interessen der europäischen Völker und Staaten widersprach, deshalb war der Zusammenbruch dieses Imperiums unvermeidlich.[89] Zwar hatte er schon vor dem Russlandfeldzug die Möglichkeit gehabt, auch außenpolitisch als Patron einer irgendwie gearteten Einigung Europas aufzutreten. Diese Möglichkeit bestand schon nach der Niederlage Österreichs 1805/06. Sein Außenminister Talleyrand hatte, anscheinend in vorauseilendem Gehorsam, Ideen entwickelt, die von den tatsächlichen Kräfteverhältnissen und den natürlichen Bedingungen ausgingen.[90] Es hat den Anschein, dass der Wendepunkt insoweit mit dem Russlandfeldzug eintrat: Die französische Propaganda behauptete, es bestehe kein Krieg zwischen Frankreich und Russland, sondern einer zwischen Europa und

[83] Diese Beherrschung erreichte Napoleon durch Kriege gegen England und Österreich (1805-1807). Preußen war besetzt und mit Napoleon formell verbündet. Erst im Jahre 1812 mit der Niederlage Napoleons im Feldzug gegen Russland, begann Napoleons Niedergang. Die sogenannten Befreiungskriege (1813 bis 1815), befreiten Deutschland, Italien und Spanien von der französischen Herrschaft und bereiteten dem Kaiserreich Napoleons ein Ende. Napoleon dankte am 6. April 1814 ab und erhielt die Mittelmeerinsel Elba als souveränen Besitz und durfte seinen Kaisertitel behalten. Im März 1815 kehrte Napoleon noch einmal nach Paris zurück, für die „Herrschaft der Hundert Tage". Es kam zur Schlacht von Waterloo am 18. Juni 1815, die die endgültige vernichtende Niederlage für Napoleon bedeutete. Er wurde auf die englische Insel Sankt Helena im Südatlantik verbannt, wo er am 5. Mai 1821 starb.

[84] Vgl. Tschubarjan, S.35ff., 38. Vgl. auch Göhring, S.150.

[85] Schubert, Werner; Schmoeckel Mathias (Hg.): 200 Jahre Code Civil, S.1.

[86] Foerster 1967, S.238.

[87] Foerster,1963, S.167.

[88] Der Code Civil blieb z.B. auch nach Napoleons Niederlage in Kraft, als die linksrheinischen Gebiete an Preußen fielen. Zum Ganzen auch der Überblick von: Lenz, Thierry: Welches Europa mit Napoleon? in: Kunst- und Ausstellungshalle der BRD (Hg.) Europa, Traum und Trauma, München / Berlin / London / New York 2010, Katalog zur Ausstellung 17. 12. 2010–25. 4. 2011, Bonn, S.41ff. Ferner: Wilms, Napoleon und Europa, S.147ff. Dort sind auch die Gespräche Napoleons mit Las Cases zitiert.

[89] Tschubarjan, S.43.

[90] Die Darstellung folgt Göhring, S.74ff. Europa, so schrieb Talleyrand in einem berühmten Brief am 5. Dezember 1806 an den Kaiser, zähle vier Großmächte: Frankreich, England, Österreich, Russland. Preußen sei ihnen in keiner Weise mehr gleichzustellen. Dieser Brief ist ein Musterbeispiel nationaler Interessenpolitik. Es komme darauf an, Österreich als Großmacht zu erhalten und die Mächte so zu gruppieren, dass Frankreichs Vormachtstellung dauernd gesichert und Englands Einfluss ausgeschaltet sei. Zu diesem Zweck müsse Österreich eine Barrieremacht auf dem Balkan werden und dafür Gebietsentschädigungen erhalten: Die Moldau, die Walachei, Bessarabien und den ganzen Donauraum. Dadurch solle zugleich eine Entschädigung für den Verlust Venetiens und Tirols erfolgen. Früher, sagte Talleyrand, waren die Türken die Feinde Europas, und Österreich deckte Europa gegen die von dort kommenden Gefahren ab. Jetzt seien die Russen an ihre Stelle getreten, und es gelte nun, Österreich gegen sie stark zu machen und es zugleich zu zwingen, bei Frankreich Anlehnung zu suchen. Russland bleibe so lange der Hauptgegner, als es die Vernichtung des Osmanischen Reiches anstrebe – (sind hier Anfänge der Russlandfeindschaft zu sehen, die im 20. Jahrhundert zu den großen Konflikten des Ersten und Zweiten Weltkriegs führten? Anm. d.V.) Auch ein anderer kaiserlicher Berater, d'Hauterives, folgte diesen Ideen, auch für ihn war Preußen keine europäische Macht mehr, dafür solle Österreich aufgewertet werden, es solle ein Wall im Osten sein. Durch seine kleinmütige Politik habe Preußen sich zu den Mächten zweiter Ordnung erniedrigt und nicht auf der Höhe gehalten, auf die Friedrich der Große es gehoben; „es möchte wachsen, ohne etwas zu wagen, möchte Früchte des Sieges ernten, ohne sich zu schlagen"; so wird man für lange Zeit nicht mehr mit ihm rechnen dürfen (a.a.O.).

dem außereuropäischen Zarenreich, und somit eine Art Kreuzzug.[91] Auch dieser Begriff hatte Tradition. Kreuzzugsideen hatten die europäischen Ideen schon seit dem 11. Jahrhundert begleitet.

In der neusten Forschung scheint allmählich anerkannt zu werden, dass Napoleons Beitrag zu „überindividuellen Entwicklungen" eine europäische Komponente hatte und seine Rechtsreformen in Europa große, ja umwälzende Wirkungen hatten; sie reichten sogar über Europa hinaus bis nach Russland und Südamerika.[92] Diese Rechtsreformen haben seine Kriege überdauert und bis heute deutliche Spuren in Europa hinterlassen. Der Code Civil gilt (mit entsprechenden Änderungen) noch heute.

Exkurs: Novalis – Sehnsucht nach dem Mittelalter

In den zeitlichen Kontext der napoleonischen Reformen fällt ein europäisches Konzept, das im Gegensatz zu diesen Reformen nicht vorwärts, sondern rückwärtsgerichtet war. Ende des 18. Jahrhunderts, als Napoleon sich anschickte, Europa zu erobern, stand Deutschland kulturgeschichtlich im Banne der Romantik, die bis weit ins 19. Jahrhundert andauerte. Die Welt ist in Vernunftwelt und Gefühlswelt gespalten. Die Sehnsucht nach Zusammenführung aller Gegensätze („blaue Blume") richtete den Blick auf geheimnisvolle Wälder, mittelalterliche Ruinen, das Dämmerlicht in den mittelalterlichen Domen, auf ständische Ordnung, Märchen und Sagen, auf die Mythen des Mittelalters. Es war die Sehnsucht nach Gewissheiten, nach der Vergangenheit, nach den althergebrachten Gemeinsamkeiten.

Dem letztgenannten Ziel war vor allem der Dichter Friedrich Freiherr von Hardenberg, genannt Novalis (1772-1801) verpflichtet. Novalis, ein Zeitgenosse von Schiller, Goethe, Herder und Jean-Paul, der mit Ludwig Tieck, Friedrich Wilhelm Joseph Schelling und den Brüdern Friedrich Schlegel und August Wilhelm Schlegel befreundet war, suchte in seiner Europarede von 1799 die Wiederherstellung Europas auf Grundlage eines „poetischen Christentums", eine politische Utopie im Spiegel der Mittelalterrezeption[93], die erst 1821 veröffentlicht wurde.

Die hier abgedruckten Passagen der Schrift[94] zeigen eine Verherrlichung der mittelalterlichen Mönche, die die milde Botschaft des Christentums durch ganz Europa tragen und von jedermann geachtet werden sollten. Das umfangreiche Skript – eine wahre Fundgrube romantischer Utopien – predigt ein Christentum im Sinne des alten katholischen Glaubens, an dem Europa genesen sollte. Die Christenheit sollte wiederauferstehen. Es war die Sehnsucht nach Geborgenheit in der Religion und die Ablehnung der Ratio im Glauben. Im Folgenden einige Beispiele, die zeigen, in welch rückwärtsgerichteten Gedankengängen offenbar ein großer Teil der geistigen Elite in Deutschland noch im 18. Jahrhundert lebte:

Die wildesten, gefräßigsten Neigungen mußten der Ehrfurcht und dem Gehorsam gegen ihre Worte (der Himmelsmutter) weichen. Friede ging von ihnen aus. – Sie predigten nichts als Liebe zu der heiligen, wunderschönen Frau der Christenheit, die mit göttlichen Kräften versehen, jeden Gläubigen aus den schrecklichsten Gefahren zu retten bereit war. Sie erzählten von längst verstorbenen himmlischen Menschen, die durch Anhänglichkeit und Treue an jene selige Mutter und ihr himmlisches, freundliches Kind, die Versuchung der irdischen Welt bestanden, zu göttlichen Ehren gelangt und nun, schützende, wohlthätige Mächte ihrer lebenden Brüder, willige Helfer in der Noth, Vertreter menschlicher Gebrechen und wirksame Freunde der Menschheit am himmlischen Throne geworden waren.

Einmal war doch das Christenthum mit voller Macht und Herrlichkeit erschienen, bis zu einer neuen Welt-Inspiration herrschte seine Ruine, sein Buchstabe mit immer zunehmender Ohnmacht und Verspottung. Unend-liche Trägheit lag schwer auf der sicher gewordenen Zunft der Geistlichkeit. Sie war stehn geblieben im Gefühl ihres Ansehns und ihrer Bequemlichkeit, während die Layen ihr unter den Händen Erfahrung und Gelehrsamkeit entwandt und mächtige Schritte auf dem Wege der Bildung vorausgethan hatten.

Indeß liegt dem Protestantismus bei weitem nicht bloß jener reine Begriff zum Grunde, sondern Luther behandelte das Christenthum überhaupt willkührlich, verkannte seinen Geist, und führte einen andern Buchstaben und eine andere Religion ein, nemlich die heilige Allgemeingültigkeit der Bibel, und damit wurde leider eine andere höchst fremde irdische Wissenschaft in die Religionsangelegenheit gemischt – die Philologie – deren auszehrender Einfluß von da an unverkennbar wird. Er wurde selbst aus dunkelm Gefühl dieses Fehlgriffs bei einem großen Theil der Protestanten zum Rang eines Evangelisten erhoben und seine Uebersetzung canonisirt…[95]

Das Christenthum ist dreifacher Gestalt. Eine ist das Zeugungselement der Religion, als Freude an aller Religion. Eine das Mittlerthum überhaupt, als Glaube an die Allfähigkeit alles Irdischen, Wein und Brod des ewigen Lebens zu seyn. Eine der Glaube an Christus, seine Mutter und die Heiligen. Wählt, welche ihr wollt, wählt alle drei, es ist gleichviel, ihr werdet damit Christen und Mitglieder einer einzigen, ewigen, unaussprechlich glücklichen Gemeinde. Angewandtes, lebendig gewordenes Christentum war der alte katholische Glaube, die letzte dieser Gestalten. Seine Allgegenwart im Leben, seine Liebe zur Kunst, seine tiefe Humanität, die Unverbrüchlichkeit seiner Ehen, seine menschenfreundliche Mittheilsamkeit, seine Freude an der Armuth, Gehorsam und Treue machen ihn als ächte Religion unverkennbar und enthalten die Grundzüge seiner Verfassung.[96]

Sie muß das alte Füllhorn des Seegens wieder über die Völker ausgießen. Aus dem heiligen Schooße eines ehrwürdigen eu-

[91] Der Russlandfeldzug hinterließ bei den Überlebenden einen traumatischen Eindruck. Noch in den 1960er/70er Jahren sprachen die Urgroßmütter (der 1880er Jahrgänge) davon, wie sie ihrerseits als Kinder den Alten gelauscht hatten, die in ihrer Jugend den Durchzug bzw. den Rückzug der „grande armée" noch miterlebt hatten.

[92] Siehe dazu den Bericht von Axel Dröher, FAZ 2. Mai 2012, über eine Fachtagung des Deutschen Historischen Instituts über die Transformation der Geschichte zwischen Revolution und Restauration.

[93] Die Anregung hierzu findet sich in Friedrich Schleiermacher, Über die Religion, 1799.

[94] Quelle: Novalis: Schriften. Die Werke Friedrichs von Hardenberg. Band 3, S.507-525.

[95] Werke, Band 3, S.507.

[96] Werke, Bd.3, S.523.

ropäischen Consiliums wird die Christenheit aufstehn, und das Geschäft der Religionserweckung, nach einem allumfassenden, göttlichem Plane betrieben werden. Keiner wird dann mehr protestiren gegen christlichen und weltlichen Zwang, denn das Wesen der Kirche wird ächte Freiheit seyn, und alle nöthigen Reformen werden unter der Leitung derselben, als friedliche und förmliche Staatsprozesse betrieben werden.

Wann und wann eher? Darnach ist nicht zu fragen. Nur Geduld, sie wird, sie muß kommen die heilige Zeit des ewigen Friedens, wo das neue Jerusalem die Hauptstadt der Welt seyn wird; und bis dahin seyd heiter und muthig in den Gefahren der Zeit, Genossen meines Glaubens, verkündigt mit Wort und That das göttliche Evangelium, und bleibt dem wahrhaften, unendlichen Glauben treu bis in den Tod…“

Diemut Majer / Wolfgang Höhne

Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957

Karlsruhe: KIT Scientific Publishing, 2014, 238 S., ISBN 978-3-7315-0286-9

Die Karlsruher Rechtswissenschaftlerin *Diemut Majer*, seit ihrer legendären Habilitationsschrift *Fremdvölkische im Dritten Reich. Rechtslehre und Rechtspraxis des NS-Staates* (unter besonderer Berücksichtigung der eingegliederten Ostgebiete und des Generalgouvernements [Polen]) als renommierte Kennerin des NS-Unrechtsregimes ausgewiesen und durch zahlreiche weitere Veröffentlichungen bekannt, hat sich nicht auf dieses Forschungsfeld beschränkt.[1] An der Universität Bern entstand aus inhaltsreichen Lehrveranstaltungen ihr weiteres, 2008 erschienenes Grundlagenwerk *Frauen-Revolution-Recht, die großen Europäischen Revolutionen in Frankreich, Deutschland und Österreich 1789 bis 1918 und die Rechtsstellung der Frauen unter Einbezug von England, Russland, der USA und der Schweiz*, das wiederum auf große Resonanz gestoßen ist.[2] Nunmehr hat *Diemut Majer* zusammen mit ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter *Wolfgang Höhne* eine neue bemerkenswerte Schrift vorgelegt, die aus ihren über viele Semester an der Universität Karlsruhe, heute Karlsruher Institut für Technologie, gehaltenen europarechtlichen Seminaren hervorgegangen ist und als Studienbuch für alle an der Entstehung des heutigen Europas Interessierten dienen soll.

Die Abhandlung kommt zur rechten Zeit. Der Europagedanke ist seit Jahren schweren Belastungen ausgesetzt, was sich nach Erscheinen des Buches dramatisch weiter verschärft hat: Die Stichworte Brexit, nationalautoritäre Umgestaltung der EU-Mitgliedstaaten Polen und Ungarn sowie große Wahlerfolge antieuropäischer Parteien in vielen Mitgliedsstaaten zeigen dies eindringlich auf. Anliegen der Schrift ist es, Europa als Krisenherd und Hort jahrhundertalter kultureller Entwicklung – angefangen von Christentum und Aufklärung bis hin zu Musik, Dichtung und Kunst – im Einzelnen vorzustellen. Zugleich soll aufgezeigt werden, dass der europäische Gedanke nicht erst nach dem Zweiten Weltkrieg, sondern bereits im frühen Mittelalter aufgekommen ist.

In acht Kapiteln wird der Gang durch die Geschichte absolviert. In der vorausgestellten Einleitung wird der Unmut der Bürger über die heutige EU anhand von griffigen Beispielen, wie etwa die Regelungswut der EU-Bürokratie, die verheerenden Eingriffe in die staatliche Daseinsvorsorge der Mitgliedstaaten (Verkehr, Wasserversorgung, Sparkassen) oder die fehlende Überprüfung der ausgekehrten EU-Subventionen, beschrieben und die wachsende Missachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes durch die Kompetenzgier der EU-Behörden anschaulich dargestellt. Im Anschluss hieran werden die vielfältigen europäischen Gemeinsamkeiten in Sprache (Latein, Französisch), Wissenschaft und Kunst sowie Recht und Verwaltung angesprochen und als *eigentliches Europa* bezeichnet, das es wiederzuentdecken gilt. Abschließend wird in der Einleitung unter Ziele, Begriffe, Abgrenzungen auf die methodischen Grundlagen der Studie eingegangen, die sich bewusst auf die tragenden Grunderscheinungen des europäischen Gedankens beschränkt und damit wichtige Zusammenschlüsse auf räumlich beschränkten Bereich, wie etwa die traditionsreiche Hanse, nicht einbezieht.

Im ersten Kapitel wird *Der europäische Gedanke im Mittelalter* anhand von drei repräsentativen Persönlichkeiten erläutert. *Pierre Dubois* (1250-1320), normannischer Herkunft und Jurist am französischen Königshof, der mit seinem um 1306 veröffentlichten Werk über die Wiedergewinnung des Heiligen Landes erstmals den Gedanken eines europäischen Gedankens entwickelte, allerdings mit dem Ziel in einem künftigen Fürstenbund die französische Vorherrschaft zu verankern. Erstmals von Europa selbst sprach der italienische Historiker und Humanist *Flavio Biondo* (1392-1463) in seinem Bestreben, gegen die wachsende Bedrohung durch die Osmanen eine alle Völker des Abendlandes verbindende Gemeinsamkeit zu begründen. Dessen Ideen nahm dann sein Zeitgenosse *Enea Silvio Piccolomini* (1405-1464), der spätere Papst Pius II., in seiner „Türkenrede" auf dem Frankfurter Reichstag im Jahre 1455 auf und forderte im Hinblick auf den Fall von Konstantinopel eine gemeinsame europäische Streitmacht – wie die Autoren schreiben, die Formierung einer Art von Europa-Armee. Das zweite Kapitel befasst sich mit dem *europäischen Gedanken in der Renaissance*. Auch hier werden überwiegend Vertreter der Ideengeschichte präsentiert, die - wiederum die Türkengefahr zum Anlass nehmend - Entwürfe für Staatenbünde und Zusammenschlüsse vorlegten. So trat der böhmische König *Georg von Poidebrad* (1420-1471) mit einem Europäischen Friedensplan zur Sicherung des Friedens und zum Schutze vor der osmanischen Bedrohung hervor. In einer weiteren Schrift wurde ein kollektives System der Friedenssicherung mit institutionellen Vorkehrungen vorgeschlagen, die bereits Ansätze für eine europäische Rechtsordnung mit einem gemeinsamen Gerichtshof und eine vereinigte Streitmacht erkennen lassen. *Erasmus von Rotterdam* (1466-1536), der Humanistenfürst vom Oberrhein, wird mit seiner bahnbrechenden Schrift Klage des Friedens als Pionier des Friedensgedankens auf gesamteuropäischer Ebene gewürdigt. Daneben werden weitere Projekte von führenden Denkern der Renaissance vorgestellt, so der große Plan (le grand dessein) von *Maximilien de Béthume, Herzog von*

[1] Zum akademischen Werdegang von Diemut Majer, D. Fischer, Journal on European History of Law, 2017, Nr. 1, 167-169.
[2] D. Fischer, Journal für Juristische Zeitgeschichte, 2009, 126-127.

Sully (1560-1641), der eine europäische Föderation mit Gleichberechtigung aller christlichen Konfessionen vorsah. Auch das anschließende Kapitel *Der europäische Gedanke im Zeitalter der Aufklärung* steht noch unter der Vorherrschaft der maßgeblichen Denker dieser Epoche. *William Penn* (1644-1718), *Jeremy Bentham* (1748-1832), *Abbé de Saint-Pierre* (1658-1743), *Jean-Jacques Rousseau* (1712-1778) und schließlich der große Weise aus Königsberg, *Immanuel Kant* (1724-1804), werden prägnant – bezogen auf ihre der europäischen Einigung gewidmeten Schriften – vorgestellt, Gemeinsamkeiten und Gegensätze gut herausgearbeitet.

Mit dem vierten Kapitel *Der Europäische Gedanke und Napoleon* – gemeint ist *Napoléon I.* (1769-1821) – wechselt der Ansatz der Darstellung; nicht Schriften maßgeblicher Staatsdenker, sondern das politische und militärische Handeln eines Staatenlenkers, des französischen Kaisers, und dessen Auswirkungen auf die europäischen Völker stehen im Vordergrund. Zutreffend wird herausgearbeitet, dass Napoleon mit seinem schrankenlosen Expansionsdrang nach Osten, der Annexion des rechten Rheinufers bis in die Niederlande und darüber hinaus, der Zerschlagung des Alten Reichs, der Errichtung des Rheinbundes als Bund von ihm abhängiger Satellitenstaaten keineswegs eine europäische Föderation gleichberechtigter Staaten begründen wollte, sondern ein diktatorisches und hegemoniales Gewaltsystem errichtete. Gleichwohl wurde durch die von ihm veranlassten Vereinheitlichungsmaßnahmen in Recht (etwa Code Civil) und Verwaltung (etwa zentralistisches Departement-System; Münz- und Gewichtssysteme) ein *Stück europäischer Integration* bewirkt, das auch nach dem Sturz des Kaisers noch Bestand haben sollte und sich als nachhaltig erwies. Das nachfolgende Kapitel *Der europäische Gedanke im Zeitalter des Wiener Kongresses* beschäftigt sich mit der Friedensordnung des Wiener Kongresses (1815), das dem geschlagenen Frankreich – außer der Rückgängigmachung seiner zahlreichen Annexionen – keine Verluste seines Territoriums einschließlich des Elsasses und der deutschsprachigen Teile Lothringens abverlangte sowie der Heiligen Allianz zwischen Russland, Österreich und Preußen, der sich bald andere kontinentaleuropäische Mächte, unter ihnen auch Frankreich, anschlossen. Eine gesamteuropäische Ordnung restaurativer Art wurde angestrebt und führte zu manchen Interventionen gegen demokratische Kräfte. Im dritten Teil dieses Kapitels befassen sich die Autoren mit der Bildung des Deutschen Bundes (1815-1866), der bekanntlich nicht nur deutschsprachige Teile umfasste, sondern auch Teile der italienischen Besitzungen Österreichs, während die östlichen preußischen Provinzen außerhalb des Staatenbundes lagen. In diesem auf Mitteleuropa bezogenen Bund lassen sich bereits europäische Komponenten nachweisen, Gleiches gilt allerdings auch für die demokratischen Bewegungen, die durch den restaurativen Bund bekämpft und niedergeschlagen wurden.

Die letzten drei Kapitel sind ausschließlich der Entwicklung in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gewidmet. Das sechste Kapitel, *Europäische Einigungsbestrebungen nach dem Ersten Weltkrieg*, widmet sich zunächst dem Versailler Friedensvertrag und dessen für das besiegte Deutschland erdrückenden Regelungen. Deutliche und aus der Sicht des Rezensenten geradezu erfrischende Worte finden sich hier zu der maßlosen, verhängnisvollen Siegerpolitik gegenüber dem demokratischen Deutschland; was diesem verwehrt (etwa der Anschluss Deutsch-Österreichs an das Reich), wurde bekanntlich in den Dreißiger Jahren dem diktatorischen Hitlerregime zugestanden. Im Nachfolgenden werden die Paneuropabewegung von *Richard N. Coudenhove-Kalergie* (1894-1972) und das Briand-Memorandum, das ein hoffnungsvolles Zeichen der Umkehr setzte und den Beginn einer deutsch-französischen Annäherung hätte sein können, näher behandelt. Die zwei letzten Kapitel sind dem NS-Regime im Zweiten Weltkrieg gewidmet. Das breit angelegte Kapitel *Der europäische Gedanke im NS-Staat* schildert zunächst anhand der vom Oberkommando der Wehrmacht herausgegebenen Auslands-Propaganda-Zeitschrift *Signal*, die eine Gesamtauflage von mehr als 2.400.000 Exemplaren hatte und in zahlreichen Sprachen in herausragender Druckqualität erschien, wie der Europagedanke von der NS-Propaganda missbraucht wurde, in dem eine freie Partnerschaft der souveränen Völker vorgespiegelt wurde, obwohl das NS-Regime gegenüber seinen Verbündeten keineswegs gewillt war, auf Vorherrschaft und Unterdrückung zu verzichten. Ausgewählte Originalauszüge aus dieser Zeitschrift belegen, mit welcher Infamie und Raffinesse das verbrecherische NS-Regime in West- und Nordeuropa, aber auch im Osten Freiwillige für den Dienst in den Waffen-SS anwarb. So wurde unter Ziehung aller psychologischen Register von einem Großeuropa, von *L'Europe? Communauté de lutte* und *la jeunesse européenne* gesprochen, um die NS-Europa-Ideologie mit konservativen Europavorstellungen dieser Länder zu verschränken und um zugleich die wahren Ziele, die Errichtung eines „großgermanischen" Reiches, zu verschleiern. In den anschließenden Abschnitten dieses Kapitels befassen sich Diemut Majer und Wolfgang Höhne mit der weiteren Entwicklung der europapolitischen NS-Propaganda ab 1943 und enden mit den eigentlichen Kriegszielen Hitlers, wirtschaftliche Autarkie und Lebensraum. Das letzte Kapitel ist den *Folgen der NS-Großraumtheorie* gewidmet, Vertreibung, Versklavung und Hungerstatus der einheimischen Bevölkerung in Osteuropa. Leider nur noch kurz befassen sich die Autoren am Ende ihres empfehlenswerten Studienbuches mit den Europaplänen der frühen Nachkriegszeit. Diese zukunftsweisende Entwicklung sowie die europapolitischen Bestrebungen der Widerstandsbewegungen gegen das NS-Regimes einschließlich des deutschen Widerstands hätten eine breitere Kommentierung verdient gehabt.

Insgesamt eine prägnante Gesamtdarstellung des Europäischen Gedankens, die sich als Studienbuch wie auch als Nachschlagewerk anbietet. Zu bedauern ist, dass dem Werk kein Personen- und Sachverzeichnis beigefügt wurde. Ihm ist eine weite Verbreitung zu wünschen. Deshalb ist es sehr zu begrüßen, dass sich das *Journal on European History of Law* entschlossen hat, einzelne Kapitel aus dem Studienbuch abzudrucken.[3]

Detlev Fischer*

[3] Journal on European History of Law, 2017, Nr. 2, S. 140-158 (Teil 1) sowie in dieser Ausgabe.

* Dr. Detlev Fischer, Richter am Bundesgerichtshof a.D., Vorsitzender des Vereins Rechtshistorisches Museum in Karlsruhe.

Philipp Spiller

Personalpolitik beim Berliner Kammergericht von 1933 bis 1945

Berlin: BWV 2016, 285 S., ISBN 978-3-830-3470-9

Während es an übergreifenden Studien zur Justiz in NS-Deutschland nicht mangelt, blieben Arbeiten zur Rekonstruktion der Schicksale, der Verhaltensweisen, ihrer Spielräume und subjektiven wie objektiven Möglichkeiten von Richtern nach 1933 für einzelne Gerichte längere Zeit seltener. Erst der vergleichsweise späte Zugang zu Personalakten hat dann Arbeiten ermöglicht, die viele Lücken, auch zu den Situationen an Oberlandesgerichten ausgefüllt haben. Das Kammergericht als eines der wichtigsten Obergerichte war zwar schon Gegenstand von Forschungen. Eine genauere Analyse der Personalpolitik, wie sie der Autor vorlegt, schließt in bemerkenswerter Weise an ein Forschungsprojekt *Hubert Rottleuthners* an, der Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen, u.a. auch am Kammergericht, zwischen 1933 und 1964 aufgrund von Basisdaten untersucht hat. Seine Zielrichtung war allerdings die Justiz als Massenphänomen. *Philipp Spiller* sieht hingegen das Phänomen Justiz in der Diktatur nicht aus der „Vogelperspektive", sondern primär „von unten", d.h. die Justizangehörigen des Kammergerichts Berlin mit ihren persönlichen und beruflichen Daten im Kontext der allgemeinen Entwicklungen; dabei interessierten ihn spezielle wie allgemeine Forschungsfragen (S.22f.). Damit entwirft er eine Sozial- und Politik-Geschichte eines bedeutenden deutschen Gerichts, in der die Einzelfragen nach Verhaltensweisen der etablierten Richterschaft nach der Machtergreifung, aber auch die personellen Änderungen, ihre Hintergründe, speziell die Personalpolitik innerhalb der Machtinstanzen Staat und Partei, Justiz und politischer Polizei genau in den Blick genommen werden. Die Forschungsfragen, die notwendigerweise die allgemeine Personalpolitik, aber eben auch dafür die Einzelbiografien darstellen und analysieren, werden in beeindruckender Weise angesichts der Fülle des Materials sehr differenziert beantwortet, führen aber auch zu allgemeineren Schlussfolgerungen, die weit über die Werdegänge und Einzelschicksale hinausgehen.

Die bei *Rainer Schröder* (HU Berlin) entstandene vorbildliche Pilotstudie greift auf der Basis des allgemeinen politischen Hintergrunds und der handelnden führenden Akteure (u.a. Hanns Kerrl, Franz Gürtner, Otto Thierack, Franz Schlegelberger) zunächst die Maßnahmen gegen Richter jüdischer Herkunft, gegen politisch missliebige Richter auf, rekurriert aber bei aller Einbeziehung der geänderten normativen Grundlagen und Entwicklungen vor allem auf die aus Personalakten detailliert ermittelten Einzelbiographien. Die statistischen Auswertungen vermitteln Einsichten in die Alterskohorten, die früheren und nach 1933 gewandelten Parteizugehörigkeiten, die Berufsverläufe, die Zusammenhänge der früheren und eilends angepassten Parteikarrieren mit den beruflichen Entwicklungen, den Beförderungen, Versetzungen, Entlassungen bis hin zu Differenzen zwischen RJM und NSDAP-Stellen innerhalb des „dual state" (*Ernst Fraenkel*), in welchem auch die Justiz sich willfährig als Subjekt und Objekt des Maßnahmenstaates erwies. Nicht unerwartet ist das Ergebnis, dass zwei Drittel der Richter des KG der NSDAP angehörten oder, bis auf ganz wenige Ausnahmen, anderen NS-Organisationen, insbesondere dem NSJB. Für Beförderungen war die Parteizugehörigkeit ein maßgeblicher Faktor. Auch der weitere Aufstieg zumal in höhere Ränge war ans Parteibuch gekoppelt. Dass fachliche Fähigkeiten dabei auch eine Rolle spielten, dass sie sogar auch bei politisch als besonders förderungswürdig gesehenen Personen sich zuweilen bei erheblichen Mängeln negativ auswirken konnten, wird deutlich. Effektive und – im Sinne üblicher Anforderungen der Vorgesetzten - tüchtige Arbeit bleibt ein Kriterium. Gleichwohl wird der früher zuweilen erweckte Eindruck, Justizangehörige, auch älterer Generation aus der Weimarer Zeit, hätten sich nicht politisch konform verhalten, hier klar widerlegt.

Bei den unterschiedlichen Perspektiven von NS-Juristenbund, politischen und fachlichen Beurteilungen und Anforderungen der neuen Präsidenten, der Personalreferenten, des RJM und der Parteikanzlei bis hin zu „Führerentscheidungen" blieben auch Konflikte nicht aus. Bei näherer Betrachtung wird man wohl doch zu dem Resümee kommen, dass sie sich als in der „Polykratie" der Diktatur nicht ungewöhnliche, fast als Strukturmerkmal zu charakterisierende Machtkämpfe zwischen diversen, sich zuständigkeitshalber bekämpfenden NS-Instanzen darstellten und selten einmal als Abweichungen von den ideologisch-normativen Ansprüchen des Staates, es sei denn, dass jede sich eifrig als bessere Nationalsozialisten gebärdeten oder auf je unterschiedlich mächtige Protektoren zu berufen wussten.

Wie schnell sich auch die Justiz etwa bei der sog. verschärften Vernehmung, der Folter in politischen Verfahren, mit der politischen Polizei konform ging, zeigt, dass die Richterschaft sich nicht nur mit dem Regime arrangierte, sondern im Grunde relativ umstandslos allen Anforderungen zu entsprechen bereit war.

Der Verfasser beschreibt an Einzelfällen prototypisch, aber eben auch anhand der Persönlichkeits- und Berufsprofile die Durchgängigkeit der Kriterien für Karrieren, die nicht nur wegen der besonderen Bedingungen nach 1933 im NS-Staat keine Probleme damit hatten, letztlich auch mehr oder weniger rechtswidrige und verbrecherische Gesetze umzusetzen.

In vielen Konstellationen tritt plastisch oder implizit eine „Kultur des Denunziatorischen" (*Bernhard Schlink*) hervor, in der die Meldung von „abweichendem Verhalten" des Kollegen als normale Pflicht, als Dienst an Staat und Partei verstanden oder verlangt

wurde. Die Gemengelage zwischen Karrierewünschen, persönlichen und institutionellen Konkurrenzkämpfen, Anpassungsneigungen und vermeintlichen oder realen Notwendigkeiten, Aufstiegswünschen bis hin zu direkter oder indirekter Korruption und zu taktisch-strategischen Durchsetzungsmethoden politischer und privater Ziele wird in dieser stets quellennahen Arbeit sichtbar: Unter welchen Konstitutionsbedingungen verwandelt sich der Einzelne in der Masse aus einem noch im Geiste des Wilhelminismus und in der Weimarer Republik sozialisierten Juristen vergleichsweise problemlos in einen sog. „Märzgefallenen", in einen Konjunkturgewinner, nicht nur als „alter Kämpfer", wird zu einem widerspruchslosen Diener eines neuen Systems, in welchem er, immer radikalere Zielsetzungen verinnerlichend, sich allen Zumutungen, wie widersprüchlich zu allen vorherigen Maßstäben auch immer, anbietet oder aussetzt. Die Strukturbedingungen eines Systems werden hier einmal mehr aber besonders plastisch aufgezeigt. Im Fokus steht dabei die Personalpolitik, die Art und Weise der Überprüfung, der Personalbeurteilung, der Mittel und Wege der Beeinflussung und Lenkung, seltener die Auswirkungen auf psychische Befindlichkeiten oder die Auswirkungen dieser Personalpolitik auf die Urteilspraxis. Sie wird allerdings in der politischen Justiz des KG klarer erkennbar. Wer hier nicht im Sinne des Regimes funktionierte, was gewiss selten geschah, wurde von den maßgeblichen Gatekeepern erneut sortiert – das heißt aussortiert.

Da *Spiller* auch die Werdegänge von Staatsanwälten mit einbezieht, wo sich eine in Teilen noch deutlichere Politisierung feststellen lässt, ist auch insoweit ein aufschlussreicher Vergleich möglich. An der herausragenden Karriere von Ernst Lautz wird das besonders sichtbar: In Weimar noch Republikaner der DVP wird er nach anfänglichen Partei-Einwendungen doch fast unaufhaltsam erfolgreich Karriere machen – bis hin zu einem willigen Vollstrecker des sog. Nacht- und Nebel-Erlasses von 1941 in besetzten Gebieten und dann zum rabiaten Ankläger am Volksgerichtshof.

Die in sehr subtiler Art und Weise vorgelegte, zuweilen fast lakonisch stilisierte, nüchtern-ernüchternde Bestandsaufnahme könnte auf solcher Basis systematische, mit ebensolchen sozialwissenschaftlich-rechtshistorischen Mitteln arbeitende Nachfolger finden, welche solche Justizkarrieren, die ja nicht durchweg vor Kriegsende mit Pensionierung endeten, über die Zäsur von 1945 hinaus vor den Spruchkammern, vor und bei Gerichten nach dem 2. Weltkrieg und in den Justiz-Berufen verfolgt, wie das partiell für manche hohe Gerichte durch die Arbeiten von *Klaus-Detlev Godau-Schüttke* (betreffend BGH-Richter), von *Diemut Majer* zur NS-Justiz, zu einzelnen Persönlichkeiten bis hin zu Richtern des Bundesverfassungsgerichts durch *Helmut Kramer* oder zu anderen Protagonisten wie in der Reihe „Täter, Helfer, Trittbrettfahrer" (hrsg. v. *Wolfgang Proske*) geschehen ist. Der erwähnte Oberreichsanwalt Lautz gehörte zu den 16 Angeklagten im Nürnberger Juristenprozess. Dabei ging es u.a. um seine Durchführung der Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in Ostgebieten von Ende 1941, die bei kaum greifbaren Tatbeständen Todesstrafen verhängte. Die US-Richter, die ihn zu 10 Jahren Haft verurteilten, schrieben in den Strafzumessungsgründen einen psychologisch und rechtspolitisch seltsam ambivalenten, hier nur zitierten Satz: „…aber zu seinen Gunsten kann gesagt werden, daß wäre das deutsche Gesetz eine Entschuldigung, was es nicht ist, viele seiner Handlungen entschuldbar wären."

Albrecht Götz von Olenhusen*

* Prof. Dr. jur. Albrecht Götz von Olenhusen, Heinrich Heine-Universität Düsseldorf, Deutschland.

Detlev Fischer

Rechtshistorische Rundgänge durch Karlsruhe. Residenz des Rechts (Heft 10 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe, herausgegeben von Detlev Fischer und Marcus Obert)

Dritte, erweiterte Auflage, Karlsruhe: Verlag der Gesellschaft für Kulturhistorische Dokumentation e.V., 2017, 201 S., ISBN 978-3-922596-26-4

Das Heft 10 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe ist traditionell den Rechtshistorischen Rundgängen durch Karlsruhe gewidmet, die Dr. Detlev Fischer initiiert hat und nunmehr in bereits dritter Auflage vorliegt. Was könnte das Titelblatt besser zieren als ein Foto des Erbgroßherzoglichen Palais, das bekanntlich seit 1950 Sitz des Bundesgerichtshofes ist?

Geboren 1950 in Göttingen, aufgewachsen in Karlsruhe trat Detlev Fischer 1979 in den badischen Justizdienst ein, zunächst bei den Justizbehörden in Baden-Baden, sodann am Landgericht Karlsruhe. Dem Bundesgerichtshof diente er als wissenschaftlicher Mitarbeiter in den Jahren 1989 bis 1992. Ende 1995 bis Anfang 2002 fungierte er als Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe (15. Zivilsenat), war alsbald Vorsitzender einer Kammer für Handelssachen beim dortigen Landgericht. Er hielt Karlsruhe die Treue und wirkte als Richter am Bundesgerichtshof (IX. Zivilsenat) von 2005 bis 2015.

Als Experte für Maklerrecht schreibt und referiert Detlev Fischer regelmäßig über dieses Rechtsgebiet bei Seminarveranstaltungen, in Fachzeitschriften und als Dozent beim Deutschen Anwaltsinstitut e.V. in Bochum. Sein „Maklerrecht anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung" erschien ebenfalls 2017 bereits in vierter, völlig neu bearbeiteter und erweiterter Auflage im Verlag R & W Fachmedien Recht und Wirtschaft. Erwähnenswert erscheint der Beitrag „Die wirtschaftliche Verflechtung im

Maklerrecht – eine richterrechtliche Rechtsfigur“ in der jüngst erschienenen Festschrift für Heinz Georg Bamberger „Recht und soziale Gerechtigkeit“, S. 35-52 (München 2017).

Dr. Detlev Fischer wurde im Januar 2018 die Ehrung einer umfänglichen Festschrift zuteil, welche 49 Beiträge vieler Kollegen und Freunde des Autors verzeichnet. Beispielgebend waren auch hier seine Rundgänge, denn der Name der Festschrift lautet „Rechtshistorische und andere Rundgänge“; diese ist bei der Gesellschaft für Kulturhistorische Dokumentation erschienen.

Seit 2005 war und ist der Autor ununterbrochen Vorsitzender des Vereins Rechtshistorisches Museum e.V. Karlsruhe. Wer, wenn nicht Detlev Fischer, kann den rechtshistorischen Besucher durch Karlsruhe führen? Seine „Bewerbung“ hierzu hat er längst abgegeben durch die bereits publizierten Auflagen seiner Rundgänge. Dazu gesellen sich, aus der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe, die Hefte 16 (Eduard Dietz), Heft 12 (150 Jahre Badische Amtsgerichte) sowie Heft 9 (Karlsruher Juristenportraits aus der Vorzeit der Residenz des Rechts). Passend zum letztgenannten Heft sei der Beitrag genannt „Gang durch die Karlsruher Rechtsgeschichte anhand von zwölf Juristenportraits“ (KVVH 2016, S. 40-45).

Die nun vorliegende Neuauflage schlagen dem Besucher fünf Rechtshistorische Rundgänge durch Karlsruhe vor. Zunächst offeriert der Autor Stätten, die die Grundlagen des Badischen Staates schaffen. Im Anschluss steht die Badische Justiz im Allgemeinen im Mittelpunkt, dann im Westend. Jeweils eigene Rundgänge sind dem Bundesverfassungsgericht sowie schließlich dem Bundesgerichtshof gewidmet.

Zweifellos vermag diese Rezension nicht alle Stationen der Rundgänge aufzuzählen oder gar zu besprechen; dazu dienen Lektüre sowie das eigene Begehen, die „Streifzüge“ durch die Gerichtsstadt Karlsruhe. Dem Autor gelingt es indes lückenlos, Gebäude kurz in ihren historischen Kontext zu stellen und vor allem die dazu gehörigen Persönlichkeiten zu benennen und dem jeweils besprochenen Ort einzubeschreiben, angefangen bei Friedrich Weinbrenner, Markgraf Karl Wilhelm, Eduard Dietz, Karl von Rotteck, Karl Theodor Welcker, Karl Joseph Anton Mittermaier sowie natürlich Großherzog Karl Friedrich von Baden, um nur einige prominente Namen des ersten Rundganges aufzulisten. Damit hat der Leser so viel Spannung aufgesogen, dass er sofort zum zweiten und dritten Rundgang übergeht; dort ziehen die Juristen Anton von Stabel, Otto Levis, Ludwig Marum, der Freirechtler Ernst Fuchs und sein Sohn Albrecht Fuchs sowie Eduard Dietz, aber auch Reinhold Frank den Betrachter in ihren Bann. Detlev Fischer erweist sich einmal mehr als ausgezeichneter Biograph. Das gleiche gilt für die Rundgänge 4 und 5, welche von einem sehr nützlichen Personenverzeichnis abgerundet werden.

Gern schließe ich mich den Worten von Professor Dr. Dr. Norbert Gross an, der in der NJW 2012, S. 742 bereits zur Vorauflage schrieb: „Das 150 <und nunmehr über 200, Anm. Gergen> Seiten starke Buch mit vielen Abbildungen eignet sich nicht nur für den juristischen Stadtwanderer auf Detlev Fischers Spuren, sondern ist ein Geschenk für jeden Juristen, der drei Jahrhunderte deutscher Rechtsgeschichte in Stein gewordenem Miniaturformat in der ‚Residenz des Rechts‘ nachlesen will.“

Thomas Gergen*

* Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, Institut Supérieur de l‘Économie, ISEC Université Luxembourg.

Patricia Zambrana Moral

El transporte en la Ordenanza de la marina francesa de 1681

Navarra/Spanien: Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2015, 173 S., ISBN 978-84-9098-000-2

Patricia Zambrana Moral ist im nationalen wie internationalen See- und Transportrecht sowie hauptsächlich in der dazugehörigen Rechtsgeschichte bereits des Öfteren hervorgetreten, so etwa in den Zeitschriften „European Transport Law“ oder der französischen „Revue historique de droit français et étranger“. Zu nennen ist in diesem Kontext selbstverständlich die „Revista europea de derecho de la navegación marítima y aeronáutica“, die vom Ordinarius für Rechtsgeschichte Manuel J. Peláez (Universität Málaga) herausgegeben wird. 2013 veröffentlichte die Verfasserin das Buch zur Geschichte des „contrato de pasaje marítimo“, wobei es ihr schon dort gelang, die Brücke zwischen dem mittelalterlichen Recht bis hin zur europäischen Rechtsvereinheitlichung zu schlagen.

Im vorliegenden Werk widmet sich die Wissenschaftlerin dem Transportrecht der französischen Ordonnanz („Ordonnance de la marine, Du mois d‘août 1681“), die bis zum französischen Handelsgesetzbuch von 1807 die dominierende Vorschrift für den Seetransport von Personen und Handelsgütern darstellte. Damit untersucht sie eine Norm, die Vorläufer einer Uniformisierung von Recht war und die sich in das Forschungsprojekt der andalusischen Regierung „Derecho europeo uniforme de contratos marítimos: Fundamentos históricos. Implicaciones medio-ambientales y económicas“ einschreibt.

Die Autorin zeigt in einem ersten Abschnitt die Wichtigkeit der Ordonnanz auf und liefert obendrein eine reichhaltige Bibliographie, die sie gründlich auswertet (S. 9-20, 163-173). Einzelne Bestimmungen zum Personen- und Gütertransport thematisiert sie anschließend anhand der Ordonnanz und der sie ergänzenden Bestimmungen; so geht sie vornehmlich auf die Personen Kapitän, Schiffsgeistlicher, Schriftführer, Arzt und die Seeleute ein (S. 21-67). Von besonderem Interesse sind darüber hinaus das Seete-

stament (S. 68-75) sowie der Sklaventransport (S. 76-83). Angeheuerte Passagiere („engagés“) werden gleichfalls angesprochen (S. 84-88).

Ein weiteres Kapitel (S. 89-134) widmet sich der Befrachtung und Schiffsvermietung („fletamente“, „affrčtement“) und den Frachtpapieren im Allgemeinen („póliza de carga o conocimiento de embarque“), ehe zuletzt die Rechtsgrundlagen für Havarie oder gar der Schiffskaperung analysiert werden (S. 135-162).

Das vorliegende Buch bietet eine detaillierte Studie zur „Ordonnance de la Marine“ von 1681, aber auch zu den damaligen und zum Teil heutigen Rechtsfragen des See- und Transportrechts. Überdies gelingt es Patricia Zambrana Moral, die Ordonnanz in eine rechtsvereinheitlichende Entwicklung einzubetten, die wohl im Ancien Régime begann und mit der Kodifikation Napoleons, hier dem Handelsgesetzbuch von 1807, zu einem naturrechtlichen Abschluss kam. Dabei wird augenfällig, dass das See- und Transportrecht wegen seiner schon damals globalisierten Dimension ein geeigneter Gegenstand war, das Recht grenzüberschreitend, international, ja allgegenwärtig zu betrachten.

Thomas Gergen*

* Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg.

Sämtliche Prozessreden von Marcus Tullius Cicero (Marcus Tullius Cicero összes perbeszédei. Fordította, jegyzetekkel ellátta és a bevezetést írta Nótári Tamás)

Ins Ungarische übersetzt, mit Anmerkungen und einer Einleitung versehen von Tamás Nótári. Szeged: Lectum Verlag, 2010, 1276 S.

Zum ersten Mal sind sämtliche Prozessreden von Marcus Tullius Cicero auf Ungarisch erschienen. Diese *orationes* sind nicht nur Meisterwerke der Beredsamkeit (*ars oratoria*), sondern auch Dokumente, die uns hinter die Kulissen der historischen Vorgänge des ersten vorchristlichen Jahrhunderts einen Einblick gewähren. Der rechtsgeschichtliche Quellenwert des Lebenswerks von Cicero als ein *Corpus*, das wesentlicher Bestandteil des römischen Rechts *(ius Romanum)* ist, darf zugleich nicht unterschätzt werden, da es eine einzigartig reiche Fundgrube für unsere Kenntnisse über das Recht und das staats- und rechtstheoretische Denken des letzten Jahrhunderts der Republik darstellt. Eine der wichtigsten Qualitäten dieses Bandes zeigt sich gerade in dieser Komplexität: In der Übersetzung und Kommentierung der Texte sind sowohl für die mit wissenschaftlichen Ansprüchen verfasste Einleitung und die Anmerkungen als auch für die mit großer Sorgfalt verfeinerte Übersetzung philologische Präzision und die juristische Untersuchung der Fakten charakteristisch, die die Grundlage für die Prozesse gebildet haben.

1. Der Band baut sich folgendermaßen auf: Nach einem Vorwort, in dem Nótári die von ihm angewandte Methode der Übersetzung und Kommentierung darlegt und im Einklang mit Wilfried Stroh [1] gegen die in der älteren Literatur von Jules Humbert [2] vorgeschlagene „atomistische Zerlegung“ der ciceronianischen Prozessreden Stellung nimmt (S. 7–12), wendet er sich Ciceros Lebenswerk und der römischen Kriminalgerichtsbarkeit in der nachsullanischen Zeit zu (S. 13–48). Diese Einleitung ist durchaus angebracht, denn zum potentiellen Leserkreis des Bandes gehören ja nicht ausschließlich die ungarischen Romanisten und klassischen Philologen, sondern alle *homines litterati*, die sich für die Meisterwerke der antiken Kunstprosa interessieren und begeistern können, von denen aber keine profunden Kenntnisse der römischen Strafgerichtsbarkeit, der Entstehung der *quaestiones ordinariae* und der Rolle der forensischen Rhetorik in Rom erwartet werden können. In einem weiteren Abschnitt nimmt Nótári den historischen und rechtshistorischen Hintergrund, die ciceronianische Tatbestandsbehandlung bzw. die rhetorischen Charakteristika der einzelnen Reden in der Reihenfolge ihrer Entstehungszeit ausführlich unter die Lupe (S. 49–150). Diese knapp 150 Seiten langen Ausführungen stellen, obwohl sie bloß als Einleitung zu den Übersetzungen dienen, die ausführlichste Behandlung der ciceronianischen Redekunst als Gesamtwerk dar, die über das Lebenswerk Ciceros in den letzten hundert Jahren in Ungarn erschienen sind, und sie hätten sogar als Kurzmonographie separat veröffentlicht werden können.

2. Um nur ein Beispiel für den Aufbau der einleitenden Erklärung zu den einzelnen Reden herauszugreifen, soll hier kurz von der längsten uns überlieferten und tatsächlich gehaltenen *oratio* Ciceros einiges gesagt werden, nämlich von der im Jahre 66 v. Chr. für Aulus Cluentius Habitus gehaltene Rede. „Aus gewisser Hinsicht ist sie einer der Edelsteine der ciceronianischen Redekunst: Ihre Narrative ist lebhaft und spannend, wie die eines Kriminalromans; die Ereignisse, die Tatorte und die Zeitebenen wechseln in ihr gewagt und manchmal scheinbar unlogisch, sie ergeben aber zum Schluß eine präzis abgerundete, geschlossene, dem Ziel des Redners dienende Einheit.“ (S. 92) Gegen Cluentius, der dem Ritterstand *(ordo equester)* angehörte, wurde einerseits mit jener Begründung Anklage erhoben, dass er seinen Stiefvater, den Statius Albius Oppianicus, vergiftet haben soll. Andererseits wurde gegen ihn im Verfahren auch vorgebracht, dass er vor acht Jahren in einem Prozess, den er gegen Oppianicus deswegen angestrengt

[1] Vgl. Stroh, W.: *Taxis und Taktik. Die advokatische Dispositionskunst in Ciceros Gerichtsreden*. Stuttgart 1975.
[2] Vgl. Humbert, J.: *Les plaidoyers écrits et les plaidoiries réelles de Cicéron.* Paris 1925.

hatte, weil dieser angeblich versucht hatte, ihn zu ermorden, die Richter bestochen haben soll, was zur Folge hatte, dass Oppianicus den letzten Teil seines Lebens im Exil zu verbringen hatte. Den gesetzlichen Hintergrund der Anklage wegen Giftmordes bildete die *lex Cornelia de sicariis et veneficis* aus dem Jahre 81 v. Chr., in der allerdings nur für jene Art der Richterbestechung eine Sanktion festgesetzt war, die von Mitgliedern des Senatorenstandes begangen wurde. „Cicero selbst beruft sich als beispielhaftes Exempel der Mischung der drei Stilarten auf seine *Cluentiana*, in der das in die Länge gezogene *Exordium*, die nüchtern kurzen Beschreibungen, die präzise Argumentation, die farbigen Erzählungen, die emotionalen Begründungen, der Pathos und die Ironie, der sprachliche Humor und die mit Leidenschaft eingeprägten Stichwörter, die zutreffenden Charakterisierungen, die auch Übertreibungen nicht entbehrenden Verallgemeinerungen, die mit Wucht gestellten Fragen und die invektivenartigen Exkurse in einer sonst nirgends gesehenen Harmonie miteinander verflochten werden.[3] Cluentius wurde – dank Cicero – freigesprochen, aber, wie wir von Quintilian erfahren können, jedoch gestand der Redner auch zu, dass dies nur mit der geschickten Manipulation der Richter erreicht werden konnte.[4] Vielleicht auch deswegen betrachtete Cicero seine Rede für Cluentius als eine der Höchstleistungen seiner rednerischen Laufbahn,[5] worin ihm sowohl Quintilian,[6] als auch Plinius der Jüngere, der diese *oratio* als die hervorragendste Gerichtsrede Ciceros lobpries, beipflichteten.[7] Die Rede ist wahrlich beispielhaft gestaltet: Der Redner wechselt meisterhaft die Stilarten, er bringt Pathos, einfache Beschreibungen und Humor miteinander in Einklang, stellt mit großer Präzision abenteuerliche Ereignisse und dramatische Persönlichkeiten dar und verbindet die Zeitebenen und Argumente plastisch miteinander, ohne – außer es steht in seinem Interesse – den Tatbestand noch rätselhafter zu machen. Er fesselte bis zum Schluß die Aufmerksamkeit seiner Hörerschaft und lenkte die Entscheidung der Richter in die von ihm gewünschte Richtung, da es ihm gelang – wie er später selber eingestand – ihnen Sand in die Augen zu streuen.[8“9]

3. Die Übersetzung der dreißig – ihrer Chronologie nach geordneten – Prozessreden nimmt fast 1000 Seiten ein (S. 151–1074). Man könnte sich fragen, ob es ratsam gewesen wäre, eine zweisprachige Ausgabe herauszugeben; aber es ist überaus wahrscheinlich, dass für diejenigen, die sich ins lateinische Original vertiefen möchten, die maßgebenden Editionen zur Verfügung stehen, was die Entscheidung Nótáris, den Band nicht um weitere 1000 Seiten zu vermehren, verständlich macht. Der Band enthält die folgende Reden: *Pro Quinctio*, *Pro Roscio Amerino*, *Pro Roscio comoedo*, *Divinatio in Caecilium*, *In Verrem I.*, *In Verrem II, 1–5.*, *Pro Tullio*, *Pro Fonteio*, *Pro Caecina*, *Pro Cluentio*, *Pro Rabirio perduellionis*, *Pro Murena*, *Pro Sulla*, *Pro Archia poeta*, *Pro Flacco*, *In Vatinium testem*, *Pro Sestio*, *Pro Caelio*, *Pro Balbo*, *Pro Scauro*, *Pro Plancio*, *Pro Rabirio Postumo*, *Pro Milone*, *Pro Marcello*, *Pro Ligario* und *Pro rege Deiotaro*.

Die in den Band aufgenommenen Prozessreden lassen sich folgendermaßen gruppieren: Cicero versah in fast allen Fällen die Verteidigung, sein einziger Auftritt als Ankläger fand im Prozess gegen Verres statt – hiervon zeugen die Rede gegen Caecilius und die Reden gegen Verres. Fast alle in den Band aufgenommenen Reden sind Prozessreden, die tatsächlich vor einem Gericht gehalten wurden: Ausnahmen bilden natürlich die fünf Bücher der zweiten Rede gegen Verres, die nach dessen Flucht aus Rom als politische Kampfschrift in Form einer Prozessrede veröffentlicht wurde. Von der Invektive gegen den Zeugen Vatinius kann nicht mit vollkommener Klarheit ermittelt werden, ob sie im Zusammenhang mit dem Prozess gegen Sestius wirklich gehalten wurde oder ob sie bloß als politisches Pamphlet kursierte. Bezüglich der Rede für Milo hebt auch Nótári ausdrücklich hervor, dass sie mit der vor Gericht gehaltenen Rede nicht als gänzlich identisch gelten darf. Die Rede für Marcellus ist zwar keine Prozessrede im engeren Sinne des Wortes, sondern eher eine Danksagung an Caesar dafür, dass er Marcellus aus dem Exil heimkehren ließ. Aber Nótári hielt es – mit vollem Recht – für angebracht, diese Rede nicht von den anderen sog. *orationes Caesarianae* (*Pro Ligario* und *Pro rege Deiotaro*) zu trennen, daher entschloss er sich dazu, auch diese Rede in den Band aufzunehmen. Was die Distinktion des *ius publicum* und des *ius privatum* anbelangt, entstanden die meisten Prozessreden in Fällen, die vor einer *quaestio ordinaria* verhandelt wurden; Reden, die in privatrechtlichen Prozessen gehalten wurden, sind die *Pro Quinctio*, die *Pro Roscio comoedo*, die *Pro Tullio* und die *Pro Caecina*. Die wichtigsten strafrechtlichen Tatbestände, die als Grundlage des jeweiligen Prozesses dienten, waren Mord (*parricidium*, *homicidium* und *veneficium* – in der Rede für Roscius aus Ameria und in der für Cluentius), Gewalttaten (*vis* – in den Reden für Sulla, für Sestius, Caelius und für Milo), Wahlbestechung (*ambitus* – in den Reden für Murena und für Plancius), Ausbeutung der Provinz (*crimen repetundarum* – in der Rede gegen Verres und in den Reden für Fonetius, für Flaccus, für Scaurus und für Rabirius Postumus) und die Erschleichung des Bürgerrechts (in den Reden für den Dichter Archias und für Balbus).

4. Im Anschluss daran finden sich die – schon ihrer Zahl nach imposanten – Endnoten zur Einleitung und zu den Übersetzungen (S. 1075–1236), die gleichsam als Kommentar dienen, das Abkürzungsverzeichnis der zitierten antiken Autoren (S. 1237–1240), ein Namensregister (S. 1241–1270) und das Literaturverzeichnis (S. 1271–1275).

Es gilt hier auch einiges über die Übersetzungstechnik Nótáris zu sagen. Da der Übersetzer Romanist und zugleich klassischer Philologe und damit Kenner der ciceronianischen Prozessreden ist, was aus seinen Monographien[10] und zahlreichen Artikeln (über

[3] Classen C. J.: *Recht – Rhetorik – Politik. Untersuchungen zu Ciceros rhetorischer Strategie.* Darmstadt 1985. 105.
[4] Quint. *inst.* 2, 17, 21.
[5] Cic. *Or.* 107 f.
[6] Quint. *inst.* 4, 1, 35; 6, 5, 9.
[7] Plin. *epist.* 1, 20, 4.
[8] Quint. *inst.* 2, 17, 21.
[9] Nótári, T.: *Tényálláskezelés és szónoki taktika Cicero védőbeszédeiben. (Tatbestandsbehandlung und forensische Taktik in Ciceros Verteidigungsreden)* Szeged 2010. 75 f.
[10] *Law, Religion and Rhetoric in Cicero's Pro Murena.* Passau 2008; *Handling of Facts and Forensic Tactics in Cicero's Defence Speeches.* Passau 2012.

die *Sestiana*,[11] die *Miloniana*,[12] die *Marcelliana*,[13] die *Mureniana*,[14] die *Caeliana*[15] und die *Planciana*[16]), die sich mit der forensischen Redekunst Ciceros befassen, ersichtlich ist, steht die Präzision der Übersetzungen außer Zweifel. Der Stil seiner Übersetzungen ist zugleich gehoben, wo aber der Stil Ciceros ins Einfache oder Geistreiche überschlägt, bereitet es dem Übersetzer keine Schwierigkeiten, ihm zu folgen. Der Inhalt fällt allerdings der Form nicht zum Opfer: den Prosarhythmus der ciceronianischen Sätze lässt Nótári bewußt außer Acht, da der heutige Leser dafür kein Ohr mehr hat, vor allem, weil er ja die Reden liest und nicht *in vivo* hört, auch nicht– wie im Altertum – sie laut vorliest.

5. An dieser Stelle erscheint es angebracht, ein paar Worte über die Gedankenwelt des berühmten Sohnes von Arpinum – und ihre Nachwirkungen – zu sagen. Das Lebenswerk von Marcus Tullius Cicero ist von besonderer Aktualität: Es lohnt sich auch *anno Domini* 2011 noch, sich auf einen Problemkreis zu konzentrieren, und zwar darauf, dass im Lebenswerk von Cicero, von dem seine Gerichtsreden einen wichtigen Teil ausmachen, der Staat und das Recht (einschließlich der Moral) als Kategorien konzipiert werden, die ein bestimmtes organisiertes System, sozusagen ein System von Institutionen voraussetzen. Der Staat, das mit dem Staat organisch verbundenes Recht und der vom Recht unzertrennliche *mos*, bzw. die *mores*, d. h. die Sitten, können also ohne die Institutionen und Institute nicht dargestellt werden. Das bedeutet aber nicht, dass n u r die Institute den Staat zum Staat machen, denn das tut auch das von der Moral unzertrennliche Recht. Im Einklang damit kann der Gedanke von Horaz zitiert werden: *„leges sine moribus vanae proficiunt"* (carmina 3,24,35), d. h. frei übersetzt, dass die Gesetze ohne Moral Kategorien ohne Werte sind.

Dieser Gedanke von Horaz hat seine Wurzeln zweifellos in der Idee „Moral – Staat – Recht" von Cicero. Der Begriff der Verfassung und der des konstitutionellen Staates („Verfassungsstaates") können eigentlich ebenfalls auf Cicero zurückgeführt werden. Solch essenzielle Gedanken wie der *consensus*, d. h. der gesellschaftliche Konsens – der später im XVIII. Jahrhundert von den französischen politischen und philosophischen Denkern, u. a. von Montesquieu, weiterentwickelt wird –, der *consensus omnium* (*bonorum*) werden in erster Linie im Werk *De re publica* von Cicero erörtert; aber diese Ideen spielen schon in den Prozessreden (so zum Beispiel in *Pro Sestio* und in *Pro Milone*) eine Rolle. Cicero hat den Begriff des *consensus omnium bonorum* nicht auf bestimmte privilegierte Schichten der Gesellschaft beschränkt: Er hat die Meister, die Handwerker – und die der gesellschaftlichen Ordnung treuen Sklaven – in diese Kategorie ebenfalls miteinbezogen, d. h. also, dass der berühmte Sohn von Arpinum eigentlich auch in Bezug auf das soziale Denken als Vorläufer von modernen Gedanken betrachtet werden kann. Der andere, ebenfalls sehr bedeutende Gedanke in den Werken von Cicero außer dem *consensus omnium bonorum* ist die *utilitas publica*, d. h. die Idee des Gemeinwohls, der Nützlichkeit, die jedem Bürger, jedem *civis Romanus* zukommt und ihn mit Rechten ausstattet. Es sind mithin in erster Linie der *consensus* und die *utilitas publica* und nicht die Institute diejenigen Ideen, die den Staat und das Recht legitimieren.

6. Noch ein paar Worte über das Fortleben von Cicero in Ungarn. Die Gedankenwelt von Cicero hat in der ungarischen juristischen und rechtsphilosophischen Literatur, im *Tripartitum* von István (Stephanus) Werbőczy, in den Werken von Johann Nepomuk Újfalusy, bei den berühmten Rechtsphilosophen Theodor Pauler und Rudolf Werner, bei den Strafrechtlern Franz (Ferenc) Finkey und Julius (Gyula) Moór, sowie vor allem bei einem der hervorragendsten Gestalten der ungarischen Rechtsphilosophie, bei Barna Horváth, eine besondere Rolle gespielt. Außerhalb Ungarns sind die Einflüsse der besonders reichen, vielfältigen Gedankenwelt von Cicero bei Dante, bei Christian Wolff und bei Emmanuel Kant in höchst konkreter Form nachzuweisen.

Zur Antike zurückkehrend: zur Zeit der Kodifikation bzw. Kompilation von Kaiser Justinian I. (527-568), im sechsten nachchristlichen Jahrhundert, kommen die Termini *lex* und *mos* – obwohl der Ausdruck von Cicero nicht erwähnt wird – in den vom *vigor legis*, d. h. von der Gesetzeskraft *(vigor legis)* handelnden *Institutiones* zweimal, im ersten und auch im vierten Buch an hervorgehobenen Stellen vor. Der Gedanke *„omnes populi, qui legibus et moribus reguntur"* (Inst. 1,1), d. h. „jedes Volk, das von Gesetzen und Sitten geleitet (regiert) wird" hat seinen Ursprung bei Cicero. In Bezug auf die Plädoyers ist im 17. *caput* des vierten Buches im Zusammenhang mit der Darstellung der richterlichen Pflicht *(De officio iudicis)* das Folgende von ähnlicher Bedeutung: *„…in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus atque constitutionibus aut moribus proditum est",* d. h. „dass im Verlauf des Urteilens der Richter in erster Linie das beachten soll, was die Gesetze, die kaiserlichen Verordnungen und die Sitten vorschreiben." Folglich widerspiegelt die Instruktion über die Pflicht und den Aufgabenbereich des Richters im vierten Buch der *Institutiones* von Justinian etwa 600 Jahre nach dem Tode von Cicero eindeutig den Einfluss seiner Gedankenwelt.

Schließlich will ich auf den letzten großen Humanisten, auf den Schweizer Jacob Burckhardt hinweisen, in dessen Gedanken über das Richteramt sich zweifellos die Ideenwelt von Cicero widerspiegelt. In dieser Hinsicht sollen die Prozessreden, d. h. nicht die Dialoge oder andere Werke von Cicero erwähnt werden, sondern ausdrücklich die Prozessreden, die auf Ungarisch zum ersten Mal in der Übersetzung von Tamás Nótári erschienen sind: aus ihnen können wir zwischen dem Recht, dem Gewohnheitsrecht, dem Staat, der Moral und Cicero eine Brücke schlagen. In den Prozessreden von Cicero kann all das an mehreren Stellen in konkreter Form gezeigt werden: all seine Gedanken, die er in Bezug auf den Staat, auf die Moral und das Recht in seinen philosophischen

[11] *Cum dignitate otium – Staatsgedanke und forensischen Taktik in Ciceros Rede Pro Sestio.* RIDA 56. 2009. 91-114; *La Teoría del Estado de Cicerón en su „Oratio pro Sestio".* Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico y Político 32 (2010) 197-217.

[12] *Notwehr oder Tyrannenmord? Tatbestandsbehandlung und forensische Taktik in Ciceros Pro Milone.* RIDA 57 (2010) 331-357.

[13] *Staatsdenken und Rhetorik in Ciceros Marcelliana.* Fundamina, A Journal of Legal History 16 (2010/2) 64-84.

[14] *De duabus caeremoniis iuris antiqui in Ciceronis oratione pro Murena.* Vox Latina 45 (2009) 2-9; *On the Legal and Historical Background of Cicero's Speech „Pro Murena".* Studia Iuridica Caroliensia 4 (2009) 125-138.

[15] *Die „improvisierte" Komödie als forensische Taktik in Ciceros Caeliana.* In: V. Draganova / S. Kroll / H. Landerer / U. Meyer (Hrsg.): Inszenierung des Rechts. Law on Stage. Yearbook of Young Legal History, 6 (München 2011) 49-69.

[16] *Election Bribery and Forensic Strategy in Cicero's Planciana.* Fundamina 17. 2011/1. 96-111.

und politischen Werken begründet, verwendet er in seinen Plädoyers auch in konkreter Form – unter anderem gerade bezüglich der Tätigkeit der Richter. In diesem Sinne ist dies die konkrete Kontaktknüpfung, die Brücke zwischen der richterlichen Tätigkeit, einer der Staatsgewalten und dem Gedanken von Cicero und es ist eine weitere Aktualität bezüglich der Gedankenwelt von Cicero. Das reiche Material, das in den Prozessreden von Marcus Tullius Cicero – jetzt auch in ungarischer Übersetzung – zur Verfügung steht, ist auch deswegen von großer Bedeutung für unsere Zeit.

Gábor Hamza*

* Dr. Gábor Hamza, Universitätsprofessor, „Eötvös Loránd" Tudományegyetem /ELTE/. Ordentliches Mitglied der Ungarischen Akademie der Wissenschaften (auf Ungarisch: Magyar Tudományos Akadémia – MTA)

Eberhard von Künßberg

Die Entwicklung der deutschen Rechtssprache

Baden-Baden: Nomos-Verlag, 2017, 153 S., ISBN 978-3-8487-3041-4

Eberhard Georg Otto Freiherr von Künßberg erblickte 1881 in Porohoy damals österreich-ungarischen Galizien das Licht der Welt. Außerdem entstammte er der Thurnauer Linie des oberfränkischen Adelsgeschlecht Künsberg, die bereits 1690 in der Linie Thurnau-Ermreuth in Wien in den Reichsfreiherrnstand erhoben worden war.

Er studierte von 1899 bis 1904 in der Kaiserstadt Wien und promovierte zum Doktor der Rechte. Danach folgte der Jungakademiker einer Einladung zur wissenschaftlichen Hilfsarbeit an dem bei der königlich preußischen Akademie der Wissenschaften begründeten, in Heidelberg von Richard Schröder betreuten Deutschen Rechtswörterbuch. Ab 1908 arbeitete Künßberg am Deutsche Rechtswörterbuch an der Seite Schröders, nach dessen Tod 1917 in Alleinregie. Im Jahr 1910 habilitierte sich Künßberg mit einer Schrift über die Acht in der älteren deutschen Rechtssprache für Rechtsgeschichte. Da er sich als Rechtshistoriker verstand und keine Vorträge über geltendes Recht halten wollte, war eine Berufung auf eine ordentliche Professur ausgeschlossen. Zwar bekam Künßberg noch im selben Jahr einen Ruf ins eidgenössische Neuchâtel (Neuenburg), aber er blieb der Arbeit am Deutschen Rechtswörterbuch treu. Als Bestätigung für seine Entscheidung wurde ihm der preußische Rote Adlerorden verliehen. Darüber hinaus erhielt er die badische Staatsangehörigkeit. In der Folge setzte er das Deutsche Rechtswörterbuch fort, drei Bände erschienen bis zu seinem unerwarteten Tod an den Folgen einer schweren Magenoperation wenige Monate nach seinem 60. Geburtstag im Jahr 1941. Ein vierter Band wurde zur Publikationsreife gebracht.

Künßbergs Analyse über die Entwicklung der Rechtssprache ist bei der Anordnung von Lehrveranstaltungen zur Historie der Rechtssprache, geschichtlichen Rechtsgeografie und juristischen Volkskunde (als neue Wissenschaftsrichtung) für Rechtswissenschaftler und Sprachforscher entstanden. Diese wurden als Übungen seit dem Wintersemester 1920/21 durchgeführt und sind überdies auch als Vorlesungen seit dem Sommer 1923 beglaubigt. Obwohl der wegen seiner Heirat mit der Jüdin Katharina Samson in der Zeit der NS-Herrschaft bedrängte Künßberg rechtssprachliche Lehre bis 1939 anbot, lassen Literaturverweise vermuten, dass er Anfang der 30er-Jahre des letzten Jahrhunderts in die Abfassung seines Entwurfs eingriff. Eine Publikation war gewollt, blieb aber aus – und die schriftliche Einteilung stimmt keinesfalls mit dem Text überein.

Das maschinenschriftliche Muster ist ein Stück des in der Universitätsbibliothek zu Heidelberg aufbewahrten Nachlasses. Sie ist in dem zu rezensierenden Büchlein wiedergegeben. In Fußnoten unterbrachte Anmerkungen in kleinen Buchstaben sind keineswegs als Endnoten vermerkt. Folglich sind nach einer Auswahlbibliografie von und zu Künßberg die Ideen des eindrucksvollen und guten Akademikers über die Entstehung der deutschen Rechtssprache für immer zugänglich. Dafür ist den in Potsdam lehrenden Stefan Saar auf jeden Fall mehr als nur zu danken und ein dickes Lob auszusprechen.

Andreas Raffeiner*

* Mag. phil. Andreas Raffeiner, Bozen, Italien.

Gerd Kleinheyer / Jan Schröder (Hg.)

Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten

Heidelberg/Tübingen: utb (in Zusammenarbeit mit Mohr/Siebeck Verlag), 6. neubearb. und erg. Aufl., 2017, 622 S., ISBN 978-3-8252-4526-9

Man muss kein Prophet sein, um zu wissen, dass die gelehrte Ausbildung von juristischem Fachpersonal mit Imerius und seinen Schülern im frühen zwölften nachchristlichen Jahrhundert einsetzte. Spätestens in den ersten Lehrveranstaltungen rechtshistorischer Prägung ist uns dieser Name einmal über den Weg gelaufen. Im Umkehrschluss ist es keineswegs falsch zu behaupten, dass es europäische Juristen seit neun Jahrhunderten gibt. Und es gibt viele. Eine Aufzählung aller würde wohl den Rahmen sprengen und mehr als nur eine Sondernummer der vorliegenden Zeitschrift beinhalten.

Es ist eine Herkulesaufgabe, die bekanntesten Vertreter der europäischen und deutschen Juristerei zu einer handlichen wie in der gleichen Weise kompakten Einheit zu verschmelzen. Und Hand aufs Herz, es ist keineswegs nur eine Herkulesaufgabe, sondern gar ein gewaltiges Unterfangen. Dem renommierten Herausgeberduo Gerd Kleinheyer und Jan Schröder ist es gelungen, seit der Erstausgabe 1975 in Kooperation mit zusammen 21 Mitarbeitern, diesen gewaltigen Schritt zu setzen und in beeindruckender Manier fortzuführen. Das hier zu besprechende, epochale und dennoch über 600 Seiten starke und handlich gebliebene Werk, liegt in der sechsten Auflage vor.

Für die gegenwärtige Auflage erfolgten nach kurz gehaltenen einführenden Worten eine Überarbeitung der Einleitung und aller Artikel. So wurden alle bibliografischen Angaben auf den neuesten Stand (Herbst 2016) gebracht. Der über die Grenzen Österreichs bekannte Rechtsgelehrte Hans Kelsen kommt dabei eine besondere Ehre zu teil. Er wird aus dem Anhang in den Hauptteil überführt. Diese Anerkennung wird wohl das Ergebnis der intensiven wissenschaftlichen Beschäftigung mit seiner Person sein. Im Anhang finden wir viele neue Juristen aus der alten Bundesrepublik Deutschland.

Wenn man ein grundlegendes Buch mit einer Vielzahl von Biografien keineswegs nur im Inhalt, sondern auch vom Umfang her ändert, wird erfahrungsgemäß die Auflistung der bekannten Juristen zum Nachschlagewerk. Mehr noch: Es ist zudem ein Lernbuch geworden, das perfekt zur Vorbereitung auf rechtshistorische Prüfungen dienen kann. Es bleibt zu hoffen, dass das schöne und formvollendende Band seine hehren Ziele nach bestem Wissen und Gewissen erreichen kann. Kleinheyer und Schröder haben mit ihrer Herkulesaufgabe wohl dazu beigetragen, dass die rechtsgeschichtliche Forschung nicht nur zahlreiche Forscher an den Tag legt, sondern dass man von ihnen lernen kann und die mehr als nur interessante Teildisziplin der Rechtswissenschaft den Stellenwert bekommt, der ihr zusteht. Denn ohne historische Bezüge kann die Juristerei oftmals trocken und langweilig sein, wenn man das Anwenden und Interpretieren von Paragrafen ausklammert.

Andreas Raffeiner*

* Mag. phil. Andreas Raffeiner, Bozen, Italien.

Andreas Deutsch / Peter König (Hg.)

Das Tier in der Rechtsgeschichte (= Schriftenreihe des deutschen Rechtswörterbuchs, Bd. 27)

Heidelberg: Universitätsverlag Winter, 2017, 673 S., ISBN 978-3-8253-6767-1

Man muss wissen, dass Tiere von Anfang an immer für den Menschen bedeutsam waren. Daran hat sich bis in die Jetztzeit hinauf überhaupt nichts verändert. Die Tiere haben wiederholt Eingang in unser Denken und Handeln gewonnen. Viele, ja unzählige Beispiele haben sich im Laufe der Geschichte in der Schrift niedergeschlagen. Das Herausgeberduo Andreas Deutsch und Peter König hat sich den außergewöhnlichen Einfluss der Tiere auf den Menschen zu Eigen gemacht und in ihrem mehr als wissenswerten Sammelband viele Ansichten über die Rolle der Tiere im Kernbereich der deutschen Rechtshistorie ermittelt. Als Grundlage für das zu beschreibende Werk diente eine Fachtagung internationaler Prägung, welche von der Forschungsstelle Deutsches Rechtswörterbuch der Heidelberger Akademie der Wissenschaft getragen wurde. Die verschriftlichten, höchst aufschlussreichen Vorträge bilden das nötige Gerüst zu rezensierenden Bandes.

Herausgeber Deutsch skizziert gewissermaßen einleitend in einem Umriss die Thematik und erwähnt dazu die deutsche Rechtsentwicklung. Auf diese Art und Weise geht er selbstverständlich auch auf die Beziehung zwischen Mensch und Tier ein, die ungleicher nicht sein kann. So kann das Tier als Feind oder auch als Nutzobjekt angesehen werden. Die Vermenschlichung des Tieres, das Tier als Metapher oder Sinnbild, aber auch das Tier als Freund dürfen dabei keinesfalls fehlen. In der Summe findet der neugierige Leser 24 vortreffliche und sehr gut recherchierte Aufsätze, die in fünf Themenkreise eingeteilt sind.

So geht es etwa um die Rolle der Tiere in gesichteten Rechtsquellen, aber auch um die interdisziplinäre Annäherung zum Umgang mit Tieren. Überdies erkennt das geschulte Auge des Lesers auch öffentlich-rechtliche Blickwinkel im Umgang mit Tieren in Land und Stadt, Täter, Opfer und Objekt in der Strafrechtswissenschaft sowie Tiere und Recht in Sprache und Kultur.

Rasch erkennt man – und das ist nur wegen der einzelnen Themenkreise so – die Vielfalt der durchleuchteten Themenkreise. Medizinhistorische Perspektiven, die Begrifflichkeit in den Leges, aber auch die Tierquälerei kommen klar zum Ausdruck. Und auch Franz von Assisi darf keineswegs fehlen. Bleibt ein mehr als ausgewogenes Tierverzeichnis, das von A (wie Aal) bis Z (wie Ziege) beinahe 150 Tiere aufweist. So gesehen kann man den äußerst beachtenswerten Sammelband von Deutsch und König über das Tier in der Rechtshistorie als aufschlussreich, lehrreich und gelungen beschreiben.

Andreas Raffeiner*

* Mag. phil. Andreas Raffeiner, Bozen, Italien.

Tina Bode

König und Bischof in ottonischer Zeit. Herrschaftspraxis – Handlungsspielräume –Interaktionen.

Husum: Matthiesen Verlag, zugl. Univ. Diss. Jena 2011/12, 2015, 626 S., ISBN 978-3-7868-1506-8

Tina Bode hat ihre sehr ansehnliche Dissertation im Wintersemester 2011/12 an der Jenaer Friedrich-Schiller-Universität eingereicht und 2015 in der Reihe der Historischen Studien publiziert. Schon der von ihr ausgewählte Arbeitstitel „König und Bischof in ottonischer Zeit" klingt interessant und herausfordernd zugleich. Neben der Kampfansage, die auf die Autorin zukam, ist das Ganze wie ein zu lösendes Versprechen, welches durch das Werk mit annähernd 3300 Fußnoten bereichert wurde und mit einem sehr nachhaltigen Quellenstudium in Zusammenhang zu bringen ist. Auf diese Weise ist die akribisch arbeitende Verfasserin in der Lage, auf keinen Fall bloß die allgemeine Eigenart der gebietenden Praxis oder vorstellbare Schnittmengen zwischen König und Bischof bekannt zu geben, sondern auch ein vielschichtig und möglicherweise komplex zu beschreibendes Puzzle mit integralen und lebensnotwendigen Ingredienzen zusammenzusetzen.

Den Anfang macht eine Analyse der Kirchenprovinz Mainz in der Zeit Otto des I. und Otto des II. Dabei spannt die Autorin mit ihrer profunden und spitzen Feder den interessanten, historischen Bogen zwischen dem keineswegs in der Bedeutungslosigkeit versinkenden Gesichtspunkt der Bischofseinsetzung zur Partizipation der Geistlichkeit am Urkundenwesen. Die Autorin schafft es ferner, ihre Schlüsse in einen klar und vernunftgemäß angeordneten Kontext zu stellen und erkennt das ottonisch-frühsalische Reichskirchensystem. Doch die Verfasserin lehnt dieses komplementär zu den jüngeren Ergebnissen anderer Historiker im Unterschied zur Wendung der Reichskirche ab.

Doch nicht nur die Abschnitte sind anschaulich und gewissermaßen folgerichtig gegliedert, sondern auch die verhältnismäßig kurz-konzis gehaltene Einführung, der Stand der derzeitigen Forschung und die Beschäftigung mit den (Erz-)Bischöfen der Kirchenprovinz Mainz von 936 bis 983, zeugen von einem schlüssigen und schlüssigen Aufbau, der gepaart mit einer lesbaren Art des Schreibens und dem Hang zur gründlichen Detailliebe angereichert ist. In der Folge wartet die akribisch arbeitende Autorin mit einer planmäßigen und zielbewusst zu charakterisierenden Betrachtung auf und beschreibt personale und institutionelle Interaktionen während der Regierungsgewalt Otto des I. und Otto des II.

Dass die Autorin diese Themenstellung gut aufarbeitet und sich auch auskennt, zeigt das Faktum, dass über 150 Seiten den beiden Herrschern gewidmet werden. Die Verfasserin geht es in ihrer Arbeit auf keinen Fall um die Besonderheit der im Grundsatz zu kategorisierenden Lebens- und Karrierewege, sondern um die „Nähe" zum Gebieter und der Beziehung zur Region des zu besetzenden Bistums. Eröffnet werden diese gut geschriebenen Abschnitte von andersartig aufgebauten Überlegungen zu „Grundstrukturen der Herrschaft" der beiden Ottonen. Dem Leser fällt auf, dass Otto I. neun Seiten und seinem Sohn das Neunfache an Seiten gewidmet werden. Das ist nicht so schlimm, denn auch die prinzipielle und generelle Anlage der beinahe gleichen Teile weist Wesensmerkmale auf. Bode versteht es trotz des Ansatzpunkts der Vita von Johannes Laudage mehrere Forschungsgegenstände und Fragestellungen in kursorischer Art und Weise zu umreißen und zwei Phasen der Herrschaft Otto des Großen zu erkennen.

Der Sohn Ottos des Großen wird eigenständig behandelt, wenngleich es auch für ihn grundverschiedene Zeitabschnitte seiner Befehlsgewalt gibt und diese gegeneinander abgegrenzt werden. Die angesehene, solide und mehr als bloß sachkundige Arbeit der

Autorin endet mit einer Konfrontation der Reichskirchenpolitik der beiden Ottonen und einer Schlussbemerkung. Unterschiedliche Materialien wie beispielsweise Bilder und Übersichtslisten runden gemeinsam mit einer Anmerkung über die Bildung des Magdeburger Erzbistums und einem kleinen geschichtlichen Aufsatz über die Entstehung der Prager Bistums das zu rezensierende Werk a la bonne heure ab. Wer sich mit der sehr interessanten Thematik explizit näher beschäftigen möchte, findet im üppigen und reichhaltigen Literaturverzeichnis die beste Möglichkeit dazu.

Alles in allem ist Bode ein gutes und lesbares Buch gelungen. Die beinahe endlos scheinende Fülle von vorbildlichen und mustergültigen Einzelbeobachtungen kennzeichnet den Erkenntnisgewinn, aber auch die Versuche der Begriffsbestimmung der Verfasserin machen Hunger auf mehr. Und wer weiß, vielleicht kann die Welt der Ottonenforscher sich darauf beziehen und ansatzweise für die kommende Nachwelt ähnlich strukturierte und didaktisch-methodisch gut aufgezogene Arbeiten fördern. Denn es ist immer ein unterhaltsamer Aspekt unserer Geschichte, wie die Menschen vor 1000 Jahren gelebt haben und wie der Bezug zwischen Herrschaft und Kirche ausgesehen hat.

Andreas Raffeiner*

* Mag. phil. Andreas Raffeiner, Bozen, Italien.

Michael Stolleis

Verfassungs(ge)schichten
Mit Kommentaren von Christoph Gusy/Anna-Bettina Kaiser (= Fundamenta Juris Publici, Bd. 6)

Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, 90 S., ISBN 978-3-16-155404-9

Nach einem kleinen Prolog der Herausgeber ist diese Reihe gleichzusetzen mit Schriftenreihe des Gesprächskreises Grundlagen des öffentlichen Rechts. Dieser wurde 2011 als Sektion der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer geründet und hat sich zur Aufgabe gemacht, in jedem Jahr ein gehaltenes Referat mit Kommentaren abzurunden und dann zu veröffentlichen. Es geht den Veranstaltern um den wissenschaftliche Diskurs, der im ideen-, verfassungs-, verwaltungshistorischen, rechts-, sozial-, staatsphilosophischen, aber auch im rechtstheoretischen, -dogmatischen und -soziologischen Wirkungsbereich anzusiedeln ist.

Kern des kleinen Büchleins ist das Referat von Michael Stolleis, das bei der Staatslehrertagung in der oberösterreichischen Landeshauptstadt Linz gehalten wurde. Der Vortragende widmete seine Aussagen Dietmar Willoweit zu dessen 80. Geburtstags und sprach über Verfassungs(ge)schichten als Objekt juristischer Ideenfolge und Theoriebildung in sechs Abschnitten. Dabei ging es um die Lage des Faches an deutschsprachigen Universitäten, Reichs-, Staats-, Rechts-, Verfassungsgeschichte, Verfassungs(ge)schichten und Theoriebildung, aber auch um die Verknüpfung von Verfassungs- und Ideengeschichte, Verfassungsleitbilder der Jetztzeit und die Entwicklung von der nationalen zur europäischen und weltweit vergleichenden Verfassungshistorie.

Stolleis erörtert sieben Lehrsätze, nach denen die deutsche Verfassungsgeschichte in der juristischen Ausbildung ein Teil der Rechtsgeschichte ist. Leider ist letztere eine Randdisziplin mit schwindender Bedeutung. Die Verfassungstheorie bleibt ohne historische Basis ein Vakuum. Das kann zur Folge haben, dass bei stetig wachsender Globalisierung das Fundament geschichtsträchtiger Quellen und die dazu abgeleiteten Aussagen präziser bestimmt werden müssen. Die beiden Kommentare sind mit keinem grundlegenden Einwand gespickt. Sie beinhalten bloß einige zusätzliche und interessante Denkanstöße, welche sich in Relativierungsvorschlägen widerspiegeln.

Andreas Raffeiner*

* Mag. phil. Andreas Raffeiner, Bozen, Italien.

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. **Keywords.** 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 English language – write down in the underlined comments in such a way:
BRAUN, A., *Kirchenrecht.* Wien, 2005, p. 151-152.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: *Journal on European History of Law,* vol. 6, Nr. 1, 2016, p. 25-34.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: KLEIN, O. (Hrsg.), *Enzyklopädie der österreichischen Rechtsgeschichte.* Wien, 2016, p. 25-34.

Quotation from publications in German language – write down in the underlined comments in such a way:
BRAUN, A., *Kirchenrecht.* Wien, 2005, S. 151-152.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: *Journal on European History of Law,* vol. 6, Nr. 1, 2016, S. 25-34.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: KLEIN, O. (Hrsg.), *Enzyklopädie der österreichischen Rechtsgeschichte.* Wien, 2016, S. 25-34.

Peer review process

- Submitted manuscripts first undergo an in-house review by the Editors who decide on acceptance or rejection for the full review procedure, on the grounds of conformity to the formal and substantive requirements of the journal.
- If accepted, the article is then sent to two reviewers, experts in the given area of research.

Every effort is made to maintain both professional and personal independence between the author and the reviewers; however, we ask the authors to indicate the persons who have read the paper, and/or have cooperated in its completion before its submission. Also, the author may state in a separate letter the reasons why he wishes specific person should not be contacted for reviewing purposes; the Editors however reserve the right of final decision on the reviewers.

Please allow two months for the completion of the review process. Based on the verdicts, we will either:
- publish the article as it is or after minor revisions (specified and subsequently reviewed by the Editors), or
- ask the author for a major revision and resubmission, after which another round of external reviewing will take place, or
- decline the text for further consideration.

Although the opponents' reviews are of crucial importance, the final decision on acceptance of the article for publishing, or its rejection, is solely the right and responsibility of the Editorial team and the Editor-in-Chief. In case of contradictory or otherwise conflicting reviews, a third one will be solicited.