Vol. 13 / 2022 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. 13 / 2022 NO. 1

Editorial staff

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

Prof. Dr. Christian Baldus
Faculty of Law, Heidelberg University, Germany

JUDr. PhDr. Stanislav Balík, Ph.D.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, 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 hab. 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

Doc. JUDr. Vilém Knoll, Ph.D.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, Czech Republic

izv. prof. 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, Humanitas University in Sosnowiec, 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

Prof. 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

Dr. Norbert Varga
Faculty of Law, University of Szeged, Hungary

Prof. Dr. Wulf Eckart Voß
Faculty of Law, University of Osnabrück, Germany

TABLE OF CONTENTS

Christian Neschwara: Beethovens Schicksal als „Migrant" in Wien vor 200 Jahren: Vom Untertanen des Erzbischofs von Köln zum österreichischen Staatsbürger 2

Andrew Watson: The Origins and Development of the Cab Rank Rule for Barristers in England and Wales 12

Lana Bubalo, Šejla Maslo Čerkić: Protection of the Right to Honor and Reputation – A Historical Overview 21

Carlos Manuel de Morais Seixas Pires Sardinha: Regeneração, Economic Development and Public-Private Partnership in Nineteenth Century Portugal: a Legal Historical Example 35

Adriana Švecová, Peter Gergel: Materiellrechtliche und linguistische Überlegungen zum Pflichtteil im geltenden Recht der Slowakei an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhunderts bis 1950 43

Adrián Gajarský: Enabling Powers of the Government of the First Slovak Republic from the Perspective of the Constitutional War Practice of 1939–1945 59

David Kolumber: Disputes over Ownership of the Baťa Empire 70

Milan Dobeš: Prostitution as a Special Form of the Offence of Social Parasitism in Socialist Czechoslovakia 80

Marta Baranowska: International Organization as the Foundation of a Peaceful Order after the First World War in the Views of Szymon Rundstein 96

Thomas Gergen: Volksmission und Politik an der Saar bei der Arbeit des Redemptoristenklosters Bous – Ein Blick in die Quellen von 1949 bis 1956 102

Mohammad Alipour: Evolution of Peace: from Social Value to Legal Axiom 114

Lénárd Darázs: Die Entstehung der Teilnichtigkeitsproblematik in dem antiken griechischen und römischen Recht 124

Adam Boóc: Some Issues of Gift Contracts (Donations) in Hungarian Private Law – from a Historical and Comparative Point of View 139

Norbert Varga: Lawsuits on Cartel Presentation Omission After the 20th Act of 1931 Came into Effect 149

Enikő Kovács-Szépvölgyi: Die Jugendgerichtsbarkeit – als Eroberer der Rechtsgeschichte 156

András Karácsony: Additions to the Idea of Nature in Natural Law Thinking – Transition to Modernity 161

Gergely Gosztonyi: Aspects of the History of Internet Regulation from Web 1.0 to Web 2.0 168

Dmitry Poldnikov: Overcoming 'Cultural thesis' in Comparative Legal Studies of Non-Western Societies: the Case of the Nineteenth Century Modernisation in Japan and Russia 174

Natig Khalilov: Codification of Civil Law in Azerbaijan: History, Current Situation and Development Perspectives 185

Katalin Siska: Thoughts on the Role of the Mosul Boundary Commision of the League of Nations in the Mosul Question 195

BOOK REVIEWS

Susanne Beck / Stephan Meder (Hg.): Jenseits des Staates? Über das Zusammenwirken von staatlichem und nichtstaatlichem Recht 203

Julia Paschwitz: Verantwortlichkeit von Online-Archiven bei überholter identifizierender Verdachtsberichterstattung 205

Christian Augustin / Thomas Gergen: „von Natur im Besitze des Gedankens selbst". Elmar Wadles Auseinandersetzung mit dem gewerblichen Rechtsschutz und dem Urheberrecht im Deutschen Bund 209

Marek Kuryłowicz: Rzymskie prawo oraz zwyczaje grobowe i pogrzebowe. Studia i szkice 210

Paul Bushkovitch: Succession to the Throne in Early Modern Russia. The Transfer of Power 1450–1725 212

Jiří Bílý: Od Homéra k Alexandru Velikému. Boj o moc a právo v klasickém Řecku 213

ANNEX: XV. JAHRESTREFFEN DER JUNGEN ROMANISTEN

Matthias Ehmer und Francesco Verrico: Einleitende Bemerkungen zu den Beiträgen der Referentinnen und Referenten des XV. Jahrestreffens der Jungen Romanisten 215

István Bajánházy: Urkundenfälschung im römischen Recht, Cicero als Schriftsachverständiger 219

Michael Binder: Procedural Peculiarities of the Lex Publilia de sponsu 227

Julia-Katharina Horn: Gaius libro septimo decimo ad edictum provinciale D.29,5,25 – Betrachtungen zum SC Silanianum in Gaius' Kommentar ad edictum provinciale 233

Guidelines for authors 244

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

© 2022 STS Science Centre Ltd.

All contributions / papers are subject to a peer-review. The journal is indexed in SCOPUS and ERIH PLUS.
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

Beethovens Schicksal als „Migrant“ in Wien vor 200 Jahren: Vom Untertanen des Erzbischofs von Köln zum österreichischen Staatsbürger*

(Beethovens Fate as a „Migrant“ in Vienna 200 Years Ago – He Tacitly Changed his Status as a Subject of the Archbishop of Cologne to that of an Austrian Citizen)

*Christian Neschwara***

Abstract

Following his migration from Bonn to Vienna in November 1792, Beethoven's civil status had changed step by step: From being a subject of the Elector of Cologne living in the residence of the archbishop in Bonn, for the first he became a foreign (and soon a stateless) resident of Vienna, capital of the Archduchy of Austria (beneath the Enns-river). Finally, after the enforcement of the Austrian General Civil Code (ABGB) in January 1812, and a further decade later he became an Austrian citizen – in accordance with § 29 ABGB, because he lived in a German hereditary land of the Habsburg monarchy for ten years of uninterrupted residency. However, Beethoven can be considered an Austrian citizen at least since January 1st, 1822!

Keywords: *administrative law; citizenship; civil law; french foreign rule; austrian General Civil Code; Habsburg monarchy; passport; residence.*

1. Einleitung

Dem Hollywoodregisseur Billy Wilder wird das Bonmot zugeschrieben: „Die Österreicher haben das Kunststück zusammengebracht, aus Beethoven einen Österreicher und aus Hitler einen Deutschen zu machen.“ [1] – Dass der im oberösterreichischen Braunau geborene Adolf Hitler deutscher Staatsbürger geworden ist, unterliegt keinem Zweifel und ist juristisch klar belegt; die Frage, ob der im Rheinland in Bonn geborene Ludwig van Beethoven österreichischer Staatsbürger gewesen sein könnte, ist in der (musikwissenschaftlichen) Literatur zwar schon aufgeworfen worden [2], sie wurde aber rechtshistorisch noch nie untersucht.

Beethoven lebte seit November 1792 ununterbrochen in Wien, seit 1794/95 zeitweise gemeinsam mit seinen – damals noch minderjährigen – jüngeren Brüdern Karl Kaspar und Nikolaus Johann, sowie später mit seinem Neffen Karl in gemeinsamem Wohnsitz. Er wurde in Wien in die Konskriptionsbögen eingetragen, er hatte hier sein gesamtes Vermögen erworben, machte hier seine Steuererklärungen, er führte hier mehrere Prozesse um Urheberrechte und Ansprüche auf Versorgung aus einem Rentenvertrag, er hatte hier über fast ein Jahrzehnt die Vormundschaft über den Sohn seines verstorbenen Bruders, seinen Neffen Karl, übernommen. Es wurde hier nach Beethovens Tod die Abhandlung über seinen Nachlass durchgeführt: Bei keinem dieser Lebenssachverhalte wurde die Frage aufgeworfen, ob Beethoven als „Fremder“ behandelt werden müsste, weil er „Ausländer“ war. Der folgende Beitrag wird sich auf den ersten Aspekt, die ununterbrochene Begründung eines ordentlichen Wohnsitzes als rechtliche Voraussetzung für den Erwerb des Staatsbürgerstatus konzentrieren, die weiteren dafür rechtlich relevanten Umstände können hier aus Platzgründen nicht weiter vertieft werden.

2. Zur Genese der österreichischen Staatsbürgerschaft: von der Landes-Untertänigkeit zur Staatsbürgerschaft im ABGB

Die österreichische Staatbürgerschaft verdankt im mitteleuropäischen Raum seine Entstehung den politischen Ent-

* Überarbeitete und wesentlich erweiterte Fassung meines Beitrags Beethoven als “Migrant“ im Staatsbürgerschaftsrecht seiner Zeit. In: Eszter Cs. HERGER – E. C. HOLCMAN– M. STEPPAN (Hrsg.), *Festschrift für Gernot Kocher zum 80. Geburtstag*, Graz. 2021, S. 302–314.

** ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Neschwara, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Wien, Österreich, E-Mail: christian.neschwara@univie.ac.at.

[1] In der Übersetzung von KARASEK, H., *Billy Wilder – Eine Nahaufnahme*, Hamburg, 1992, S. 308. Das englische Originalzitat lautete: „The Austrians are brilliant people. They made the world believe that Hitler was a German and Beethoven an Austrian.“. – Hitler war bis 1925 österreichischer Staatsbürger, hatte dann seine Entlassung aus dem österreichischen Staatsbürgerverband erwirkt und lebte danach als Staatenloser in München, wo er sich schon seit 1913 aufgehalten hatte; er wurde erst mit 25. Februar 1932, kurz vor der Reichspräsidentenwahl, durch Ernennung zum Regierungsrat Landesbürger des Freistaates Braunschweig und war damit deutscher Reichsbürger geworden: ZIEGLER, W., Staatsbürgerschaft Adolf Hitlers. In: *Historisches Lexikon Bayerns* [https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Staatsbürgerschaft_Adolf_Hitlers] (publiziert am 11. 05. 2006, abgerufen am 28. 12. 2021).

[2] Vergleiche SCHOLZ, G., Wer gilt als österreichischer Komponist? Der „Österreich“-Begriff im Wandel der Geschichte als Problem nationaler Musikgeschichtsschreibung. In: MAHLING, Ch.-H. – WIESMANN, S. (Hrsg.), *Bericht über den Internationalen Musikwissenschaftlichen Kongress Bayreuth 1981*. Kassel, 1984, S. 445–449.

wicklungen im Anschluss an die Revolution von 1789: Durch die Expansion Frankreichs im Raum des Heiligen Römischen Reiches wurde eine Binnenwanderung ausgelöst, die es zunehmend schwierig machte, den „staatsbürgerlichen" Status von Personen, die damals zu Migranten geworden waren, klar einzuordnen: Als Anknüpfungsregel war im Allgemein dominierend das – ius sanguinis, das Abstammungsprinzip, dem, abgleitet vom Ort der Geburt, das – ius soli, einer Person oder aus der Fiktion der Naturalisation eines Fremden im Ausland, etwa aufgrund langandauernden Aufenthalts als eine Art – ius domicilii, zur Seite rückten.

2.1 Ein Nebenprodukt des Umbaus der habsburgischen Länder-Union zu einem Einheitsstaat

Die österreichische Staatbürgerschaft ist gleichsam als Nebenprodukt im Zuge des Umbaus der habsburgischen Länderunion zu einem Einheitsstaat an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert entstanden: Die damit verbundenen unifizierenden und nivellierenden Tendenzen führten zu einer – Vereinheitlichung des Behördenwesens, mit der eine – Vereinheitlichung der Rechtsordnung einherging und mit ihr auch eine – Nivellierung des Untertanenverbandes: Der Status des Untertanen wurde von der lokalen Einbindung einer Person in den Rahmen einer Grund- / Stadtherrschaft als Landes-Untertänigkeit zunächst auf eine regionale Ebene gehoben und schließlich auf die Gesamtheit der deutschen Erbländer transferiert. Dieser Prozess setzte mit dem Teil-ABGB von 1786 ein und führte im ABGB von 1811 zu einer rechtlichen Generalisierung der Angehörigkeit aller cisleithanischen Untertanen im habsburgischen Gesamt-Staat. Der terminus technicus Staatsbürger, tauchte in der Genese des ABGB erstmals im Kontext des Galizischen BGB auf, beschränkte sich aber, anders als der moderne Begriff der Staatsangehörigkeit, nur auf ihre Auswirkungen im Privatrecht, brachte den zu Staatsbürgern gewordenen Untertanen aber keine politischen Rechte. Die Bestimmungen über die öffentlich-rechtlichen Funktionen der Staatsbürgerschaft wurden vom ABGB dem Verwaltungsrecht, überlassen.[3]

2.2 Primäre Verankerung im bürgerlichen Recht

Mit der Schaffung einer österreichischen Staatsbürgerschaft nach Entstehung eines einheitlichen Verbandes von Untertanen unter einem gemeinsamen Landesfürsten war für diese einerseits eine integrative Wirkung verbunden; andererseits aber zog die Schaffung einer Staatsbürgerschaft auch eine exklusive Wirkung nach sich, welche eine Ausgrenzung von Fremden zur Folge hatte. Dies erfolgte allerdings nicht primär im Rahmen des Privatrechts: Das ABGB ging – bei Reziprozität – von einer weitgehenden Gleichstellung der Fremden mit den Staatsbürgern aus, während im Codex Theresianus noch erhebliche Restriktionen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit von Fremden vorgesehen waren.[4]

Die Exklusion der Fremden spielte vor allem im öffentlichen Recht eine Rolle, was sich – in Verbindung mit den politischen Umwälzungen nach der Großen Revolution von 1789 in Frankreich – in einer Intensivierung der Aufsicht über Migranten durch Passkontrollen an den Grenzen und weiteren fremdenpolizeilich motivierten Maßnahmen bei Aufenthalt von Ausländern in den österreichischen Ländern auswirkte, Maßnahmen, deren Wirkung sich über den Vormärz hinweg erhalten haben, nicht nur aus Rücksicht auf die Fernhaltung von politisch suspekten Ausländern, sondern auch aus anderen Motiven, wie der Armuts- und Kriminalitätsbekämpfung.[5] Dem öffentlichen Recht blieb auch die Regulierung der Auswanderung von österreichischen Staatsbürgern vorbehalten.

2.3 Die Bestimmungen des ABGB über die österreichische Staatsbürgerschaft

Die Erwerbsgründe für die österreichische Staatsbürgerschaft waren (zunächst) ausschließlich im ABGB geregelt. Inhaltlich dem Galizischen BGB (§ 56) folgend, fanden sich die betreffenden Tatbestände in § 29 bis 31; die Normierung der Gründe für ihren Verlust überließ das ABGB den politischen Gesetzen (§ 32).[6]

2.3.1 Die Tatbestände des ABGB von 1811

Demnach wurde die österreichische Staatsbürgerschaft grundsätzlich durch Abstammung (Geburt) erworben (bei ehelicher Geburt dem Vater folgend, bei unehelicher der Mutter) oder durch Legitimation bzw. (unter Beachtung der Vorschriften des politischen Rechts) durch Adoption von Ausländern. Darüber hinaus kannte das ABGB für Ausländer allerdings auch eine Reihe von weiteren Erwerbstiteln, nämlich in Verbindung mit dem Antritt eines konzessionierten Gewerbes, für dessen Ausübung eine dauernde Ansässigkeit im Land erforderlich war, oder durch den dauernden Eintritt in den öffentlichen Dienst, ausgenommen Dienste für Gemeinden oder Landstände. Beim Eintritt in den Militärdienst als Offizier war auf das Militärrecht Bedacht zu nehmen. Unabhängig davon konnte die Staatsbürgerschaft auch auf Antrag im Verwaltungsrechtsweg verliehen werden.[7]

---

[3] Dazu eingehend unten in Abschnitt 3.2.1.

[4] ABGB § 33, 1. Satz lautete: „Den Fremden kommen überhaupt gleiche bürgerliche Rechte und Verbindlichkeiten mit den Eingebornen zu, wenn nicht zu dem Genusse dieser Rechte ausdrücklich die Eigenschaft eines Staatsbürgers erfordert wird.". – Im Entwurf des Codex Theresianus sich im Personenrecht (1. Teil, Caput 2), unter den Bestimmungen über den „Bürgerstand" (§ III) mehrere Dutzend Tatbestände (Nr. 1–58), von denen gut sich ein Drittel auf den Status von Fremden bezog: Siehe HARRAS von HARRASOWSKY, Ph. (Hrsg.), *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen*, vol. I–III. Wien, 1883, S. 67–76.

[5] Dazu BURGER, H., Passwesen und Staatsbürgerschaft, in HEINDL, W. – SAURER, E. (Hrsg.), *Grenze und Staat. Paßwesen, Staatsbürgerschaft, Heimatrecht und Fremdengesetzgebung in der österreichischen Monarchie 1750–1867*. Wien etc., 2000, S. 3–170, hier S. 85ff. („Bedenkliche Menschen überhaupt").

[6] Von der grundsätzlichen Exklusivität der (österreichischen) Staatsbürgerschaft gab es Durchbrechungen durch das adelige Indigenat (einer Art von Habilitation für den ausländischen Adel bei Erwerb von Grundbesitz) und die Existenz von österreichischen Schutzgenossen im Ausland (im Osmanischen Reich): Hierzu BURGER, Paßwesen und Staatsbürgerschaft, S. 103–106. – Vergleiche dazu auch GRAWERT, R., *Staat und Staatsangehörigkeit. Verfassungsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Staatsangehörigkeit.* Berlin, 1973, S. 240–343.

[7] Dazu BURGER, Paßwesen und Staatsbürgerschaft, S. 109–117

Eine Besonderheit bildete aber wohl der stillschweigende Erwerb der Staatsbürgerschaft durch zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalt in einem österreichischen, cisleithanischen, also nicht-ungarischen Land.

2.3.2 Die Genese der Bestimmungen des ABGB

2.3.2.1 Vor Beginn der Kodifikationsarbeiten: Differenzierung in den Landesrechten

Für das Erzherzogtum Österreich war dieser Tatbestand für den Erwerb der Landesuntertänigkeit Mitte des 18. Jahrhunderts als geltendes Recht anerkannt.[8] Auch die anderen Landesrechte der österreichischen Erbländer standen damit in Einklang und damit auch in Gegensatz zu den Rechten der böhmischen Länder, wo eine stillschweigende Aufnahme in den Landesverband ausgeschlossen war.[9]

2.3.2.2 Berücksichtigung in den Arbeiten der Kompilationskommission (1753–1790)

Im Entwurf des Codex Theresianus wurde die Frage der Landesuntertänigkeit offengelassen, sie blieb weiter der Regelung der jeweiligen Landesverfassungen vorbehalten. Es erfolgte nur eine Festlegung darüber, dass „der bürgerliche Stand… Allen eigen" sei, „welche in demselben Staat unter einer höchsten Gewalt vereiniget leben, und in dieser weiten Bedeutung kommt solcher allen […] Unterthanen zu" [10]; wovon aber – neben dem Adel und den Stadtbürgern – die Untertanen der Grundherrschaften zunächst noch ausgenommen blieben.

Erst das Teil-ABGB (JGS 220) enthielt eine Legaldefinition (2. HS § 3) zum Begriff Staatsbürger: „Alle, die in den Erbländern unter der landesfürstlichen Gewalt vereiniget leben, sind für Inländer und Unterthanen zu halten, und genießen ohne Unterschied die Unterthanen und Inländern allgemein gebührenden Rechte".

2.3.2.3 Arbeiten der Gesetzgebungs-Hofkommission (1790 bis 1796)

Im Zuge der nach dem Tod Josefs II. eingeleiteten Revision seiner Gesetzbücher wurde von Josef Sonnenfels darauf aufmerksam gemacht, dass die nach den geltenden Landesrechten vorgesehenen Tatbestände der Rekrutierung von Fremden in den Verband dieser Untertanen, insbesondere die Anordnungen, dass man durch einen zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalt zu einem Landes-Untertan wurde [11], im Teil-ABGB fehlten. Auf den Revisionsbericht erging sodann im Oktober 1791 die kaiserliche Entschließung, wonach Bestimmungen, darüber aufzunehmen seien, „welche willkürliche Handlungen dem Fremden die Eigenschaft eines österreichischen Unterthans geben". Die Gesetzgebungs-Hofkommission hatte dabei das Einvernehmen mit der Vereinigten Hofkanzlei zu suchen. Die Hofkanzlei wollte in Bezug auf den Erwerb der Staatsbürgerschaft zwischen Geburt und Verleihung unterscheiden. Hierbei war vorzusehen, dass das Gesetz sie demjenigen verleiht, welcher (1.) „darum ansucht, vorausgesetzt, daß er unbescholten und erwerbsfähig ist"; (2.) ein öffentliches Amt oder Gewerbe antritt, „welchem persönliche Verbindlichkeiten gegen den Staat anhangen" oder welches ihn in eine Korporation einführt; (3.) eine Liegenschaft erwirbt, welche persönliche Anwesenheit erheischt, oder „zu persönlichen Verbindlichkeiten gegen den Staat verpflichtet"; (4.) eine Inländerin heiratet, welche eine Liegenschaft oder „sonst einen Erwerbungsweg besitzet, mit welchem solche persönliche Verbindlichkeiten verknüpfet sind"; (5.) im Inlande einen freiwilligen Aufenthalt durch zehn Jahre ununterbrochen genommen hat und unbescholten geblieben ist. Die Gesetzgebungs-Hofkommission vertrat in ihrer Stellungnahme dazu im Februar 1792 die Ansicht, dass man jeden Fremden, der im Inland einen Wohnsitz begründet, von da an bereits als Inländer behandeln sollte, vorbehaltlich der Ausnahmen von dieser Regel, welche in Bezug auf die Rekrutierung zum Militär bzw. der Auswanderung vorzusehen wären. Die Ende März 1792 dazu ergangene kaiserliche Entschließung entschied dann aber, dass „die Frage, wer für einen Unterthanen zu halten sei", nach dem Vorschlag der Hofkanzlei „in dem Gesetze selbst genau zu bestimmen" wäre. Diesem Auftrag war man bis zur Versendung des Entwurfs zur Begutachtung an die Länderkommissionen im Juli 1792 aber vorerst nicht nachgekommen.

Erst nach Einlagen der Stellungnahmen der Länderkommissionen zum revidierten Entwurf des Teil-ABGB wurde Ende August 1793 von der Gesetzgebungs-Hofkommission folgende Fassung in den Entwurf (I. Teil, 2. Hauptstück, § 30) integriert:[12] „Wenn ein Ausländer – durch Antritt eines Amts oder Gewerbs, – durch gesetzmäßige Besitznehmung eines unbeweglichen Guts, – durch ununterbrochenen zehnjährigen Aufenthalt, – durch Einverleibung in einer Zunft oder Innung, – durch Errichtung einer inländischen Fabrik oder Manufactur, oder – auf was immer für sonstige Art den unverkennbaren Willen, in diesortigen [cisleithanischen] Landen zu verbleiben, erkläret hat, wird er ohne Ausnahme wie ein Eingeborner des Landes zu behandeln sein."

Diese Fassung ist sodann auch in die 1796 für Westgalizien kundgemachte Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches – wortwörtlich – in § 56 übernommen worden:[13] abgesehen

---

[8] So Josef Ferdinand Holger in seinem „Länderbericht" aus1753: Dazu NESCHWARA, Ch. (Hrsg.), *Die ältesten Materialien zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches: Josef Azzoni, Vorentwurf zum Entwurf des Codes Thersianus – Josef Ferdinand Holger, Anmerkung über das österreichische Recht* (= Fontes rerum austriacarum III/22). Wien, 2012, S. 173–326, hier S. 195 (Ziffer 8).

[9] HARRASOWSKY, *Codex Theresianus* I, S. 67f. Anmerkung 7 (ad Numerus 17, Absatz 26).

[10] Teil I, Caput 2 § II, Numerus 19.: „In engerem Verstand aber werden nur Diejenige Bürger genennet, welche in Städten oder Märkten die Gemeinde ausmachen, [… Numerus] 21. […] Unsere Unterthanen aber sind zu einem, oder dem anderem unserer Erbländer gehörig. [… Numerus] 22. Die zu einem Unserer Deutschen Erblanden insonderheit gehörige Unterthanen sind entweder Personen höheren Standes [… Numerus] 23. Oder sie sind Bürger in Städten und Märkten, welche daselbst das Bürgerrecht ordentlich erworben, oder da sie von dasigen Bürgern geboren sind, diese Eigenschaft nicht geänderet haben.": HARRASOWSKY, *Codex Theresianus* I, S. S. 67f. Anmerkung 7 – Dazu auch GRAWERT, *Staat und Staatsangehörigkeit*, S. 146f.

[11] HAARSOWSKY, *Codex Theresianus,* vol. IV. Wien, 1886, S. 25 Anmerkung 3.

[12] HARRASOWSKY, *Codex Theresianus*, vol. V. Wien, 1886, S. 24f. und in Anmerkung 19.

[13] *Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache* Nr. 337/1797.

nur davon, dass die Passage „in diesortigen Landen“ dem eingeschränkten örtlichen Geltungsbereich entsprechend auf den Singular „in diesem Lande“ angepasst wurde.

2.3.2.4 Berücksichtigung in der Schlussredaktion (1801–1809) des ABGB

Der Text des Galizischen BGB ist sodann auch der Ende 1801 einsetzenden Schlussredaktion des allgemeinen BGB zugrunde gelegt worden. Auf eine Anregung des Redakteurs Franz Zeiller (im Februar 1802) sollte das Gesetz noch stärker auf den Willen des Fremden abstellen, was dadurch zum Ausdruck kommen sollte, dass nun nicht auf einen bloßen „Aufenthalt“, sondern auf die Begründung eines „ordentlichen“ Wohnsitzes abgestellt wurde.[14]

Der Wortlaut des Revisionsentwurfs blieb auch im Zuge der Super-Revision unverändert und wurde schließlich in die Endfassung des ABGB übernommen; sie war auch genauer und bestimmter als das inzwischen kundgemachte Konskriptionspatent von 1804, das von einem „zehnjährigen Aufenthalt“ bzw. von einer Nationalisierung „durch häusliche Niederlassung“ sprach.[15]

Die im Zuge der Ende März 1809 – auf Drängen der vereinigten Hofkanzlei – aufgenommenen nachträglichen Beratungen über die „Nationalisierung von Ausländern“[16] wurde die von der Hofkanzlei angeregte Verkürzung der zehnjährigen Aufenthaltsdauer mehrheitlich abgelehnt – übrigens gegen das Votum von Zeiller.

2.3.2.5 Die Endfassung von 1811

§ 29 ABGB idF von 1811 (JGS 946) lautete schließlich: „Fremde erwerben die Oesterreichische Staatsbürgerschaft durch Eintretung in einen öffentlichen Dienst; durch Antretung eines Gewerbes, dessen Betreibung die ordentliche Ansässigkeit im Lande nothwendig macht; durch einen in diesen Staaten vollendeten zehnjährigen ununterbrochenen Wohnsitz, jedoch unter der Bedingung, daß der Fremde diese Zeit hindurch sich wegen eines Verbrechens keine Strafe zugezogen habe.“

Davon abgesehen wurde die Staatsbürgerschaft gemäß § 30 durch Verleihung erworben:

„Auch ohne Antretung eines Gewerbes oder Handwerkes, und vor verlaufenen zehn Jahren, kann die Einbürgerung bey den politischen Behörden angesucht, und von denselben, nachdem das Vermögen, die Erwerbfähigkeit und das sittliche Betragen des Ansuchenden beschaffen sind, verliehen werden“.

3. Rechtliche Anknüpfungen für den „staatsbürgerlichen“ Status von Beethoven

3.1 In Bonn

3.1.1 Untertan des Erzbischofs von Köln

Den eigentlichen Anstoß für die Beschäftigung mit Beethoven gab laut Eintragungen in dem Tagebuch eines Studenten der Technik in Wien[17] für das Wintersemester 1870/71, worin sich zum 16. Dezember 1870 die Notiz findet: „1770, am 17. Dezember wurde zu Bonn Ludwig van Beethoven geboren“; gleich in der Eintragung für den folgenden Tag findet sich eine korrigierende Ergänzung: „Durch einen Irrtum geschah es, daß ich den Geburtstag Beethovens gestern schon einschrieb.“

Tatsächlich war Beethoven am 17. Dezember 1770 nicht geboren, sondern getauft worden. Allgemein wird in der Literatur angenommen, dass dies wohl bald nach der Geburt gewesen sein müsste; herrschend ist die Meinung, dass er höchstwahrscheinlich am Vortag, also am 16. Dezember, das Licht der Welt erblickt haben wird. Der erste seriöse Biograf Beethovens, der US-Amerikaner Alexander Wheelock Thayer berichtet von einer damals in Bonn verbreiteten „Sitte“, Neugeborene am auf die Geburt folgenden Tag zu taufen:[18] Ob dies auch unserem Tagebuchschreiber aus Salzburg 1870, also schon vor gut 150 Jahren bekannt gewesen sein konnte, muss dahingestellt bleiben.

Beethoven war nicht nur der Zweitgeborene aus der im November 1767 geschlossenen Ehe seiner Eltern[19], er war auch nicht der erste Ludwig in der Familie: von seinem Großvater väterlicherseits abgesehen, trug auch ein etwa zwei Jahre vor ihm geborener Bruder denselben Vornamen, aber ergänzt durch den Beinamen Maria: Auch sein Geburtsdatum ist nicht genau bekannt, er wurde am 2. April 1769 getauft, verstarb aber schon wenige Tage später am 8. April. Aus der Ehe von Beethovens Eltern sind noch weitere fünf Kinder hervorgegangen, von denen – außer Ludwig – aber nur zwei jüngere Brüder das Erwachsenenalter erreicht haben: Kasper Karl (*1774) und Nikolaus Johann (*1776).[20]

---

[14] OFNER, J. (Hrsg.), D*er Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Öst. Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, vol. I. Wien, 1889, S. 61–64, hier 62.

[15] *Politische Gesetze und Verordnungen*, vol. 23/Nr. 4 vom 25. 10. 1804, § 26 (4) Z. 1 lt. b.

[16] OFNER, *Ur-Entwurf*, vol. II, S. 607–609.

[17] Tagebuch des Hans Katholnigg (1848–1907), der nach Absolvierung der Schulausbildung am staatlichen Realgymnasium in der Stadt Salzburg 1865 zum Technikstudium nach Wien übersiedelt und hier Mitglied der Studentenverbindung Germania geworden ist. Er hat bis zu seinem Lebensende stets Tagebuch geführt. Der Großteil der ursprünglich 26 Bände ist bei seiner in Innsbruck lebenden Tochter verblieben, 2003 wurden 16 Bände (für den Zeitraum von 1873 bis 1902) von ihren Erben an das Südtiroler Landesarchiv veräußert (SÜDTIROLER LANDESARCHIV BOZEN, *Nachlässe. Personenarchive, Hans Katholnigg – Tagebücher, Findbuch* [www.provinz.bz.it803674_katholnigg.fb-2.pdf]. – Die erwähnten Eintragungen aus dem Wintersemester 1870/71 finden sich im 4. Band, der als einziger in den Besitz der Wiener Burschenschaft Germania gekommen ist, er befindet sich heute im Archiv der Nachfolgerin der Germania, der Wiener akademischen Burschenschaft Gothia, von der mir dieser Tagebuch-Band zur Transkription für eine demnächst geplante Edition überlassen worden ist.

[18] THAYER, A. W., *Ludwig van Beethovens Leben. Nach dem Original-Manuskript deutsch bearbeitet von Hermann Deiters*, vol. 1. Leipzig, 1866, S. 105f.

[19] BEIKIRCHER, K., *Der Ludwig – jetzt mal so gesehen. Beethoven im Alltag.* Köln, 2019, S. 39; CAEYERS, J., *Beethoven der einsame Revolutionär. Eine Biographie.* München 2012, S. 47; HENKE, M., *Beethoven. Akkord der Welt.* München 2020, S. 58; JÜNGLING, K., *Beethoven. Der Mensch hinter dem Mythos*. Berlin 2019, S. 14.

[20] Biografische Skizzen zu den hier angeführten Familienangehörigen Beethovens finden bei SCHMIDT-GÖRG, J., *Beethoven. Die Geschichte seiner Familie.* Bonn, 1964, S. 52–70.

In Zusammenhang mit seinem Geburtsdatum steht noch ein weiterer merkwürdiger Umstand, aufgrund dessen Beethoven lange Zeit – nämlich bis in sein 40. Lebensjahr! – überzeugt war, er müsste eigentlich schon zwei Jahre früher geboren worden sein. Einen Hinweis lieferte schon sein sogenanntes Reisebuch, worin er von November 1792 bis Anfang 1794 vorwiegend Notizen über die von ihm in diesem Zeitraum gemachten Ausgaben festgehalten hatte: Im Dezember 1793 hatte er eine – wohl auf seinen eigenen Geburtstag bezogene – Eintragung bemacht, wonach er sich damals für „25 Jahr" alt erachtete, obwohl er damals tatsächlich erst 23 Jahre alt geworden war: Diese Unsicherheit war wohl dem Umstand geschuldet, dass etwa zwei Jahre vor ihm sein älterer Bruder Ludwig Maria zur Welt gekommen war.[21]

Noch 1810 hegte Beethoven Zweifel über das Jahr seiner Geburt: In Verbindung mit einer vermeintlich beabsichtigten Eheschließung wandte er sich damals an einen Bonner Jugendfreund, Franz Georg Wegeler, mit dem Ansuchen, dieser möge ihm eine Bescheinigung über seine Geburt aus Bonn beschaffen – wobei er ihn ausdrücklich darauf aufmerksam machte, dass es in der Familie Beethovens bereits einen Sohn namens Ludwig (Maria) gegeben habe.[22]

Als in der aus Bonn rücklangenden Abschrift der Taufbucheintragung dann das Geburtsjahr 1770 angegeben war, glaubte Beethoven zunächst weiterhin an eine Verwechslung mit seinem etwa zwei Jahr vor ihm geborenen gleichnamigen Bruder; er notierte auf die Rückseite des Taufscheines flüchtig den Vermerk: „Es scheint der Taufschein nicht richtig, da noch ein ludwig [sic!] vor mir [war]".[23]

Beethovens Verwirrung ist aber vielleicht auch seinem Vater Johann zuzurechnen, der – so wie übrigens auch sein eigener Vater (namens Ludwig) – als Berufsmusiker am Hof des Erzbischofs von Köln in Bonn wirkte.[24] Beethovens Vater kümmerte sich zunächst selbst um die musikalische Früherziehung seines hochbegabten Sohnes: Bei seinem ersten öffentlichem Auftritt im März 1778 in Köln wurde Beethoven von seinem Vater im Programm als ein Sechsjähriger angekündigt – wohl, um dem damals schon im achten Lebensjahr stehenden Ludwig den Anschein eines mit Mozart vergleichbaren musikalischen Wunderkindes zu geben.[25] Vielleicht glaubte Beethoven auch deswegen – die längste Zeit seines Lebens –, dass er eigentlich zwei Jahre älter sein müsste.

Eine weitere – völlig aus der Luft gegriffene – Behauptung über Beethovens Geburt war sogar über seinen Tod hinaus unwidersprochen geblieben, nämlich, dass er ein unehelicher Sohn des preußischen Königs Friedrich Wilhelm II. gewesen wäre.[26] Obzwar ihm die Haltlosigkeit dieser (seit 1814) im „Brockhaus" veröffentlichten Behauptung selbst schon länger bewusst gewesen sein musste, sah Beethoven keinen Anlass, ein Dementi vom Verlag zu fordern. Auch, nachdem ihn Ende 1825 der erwähnte Franz Gerhard Wegeler, auf diese Ungereimtheit hingewiesen hatte, blieb er untätig und überließ es seinem Freund, die „Rechtschaffenheit […] meiner Mutter insbesondere, der Welt bekannt zu machen". Wegelers Intervention führte zwar zur Tilgung des Gerüchtes über Beethovens uneheliche Abstammung – allerdings erst posthum! Nachdem es in Brockhaus' "Conversationslexicon" bzw. „Real-Encyklopädie" zunächst noch über mehrere Auflagen unwidersprochen geblieben war, wurde es in der 9. Auflage (1843) endlich weggelassen.[27]

In seiner Antwort auf Wegelers Vorhalt – für die er sich mehr als Jahr Zeit gelassen hatte – erwähnte Beethoven im Dezember 1826 auch[28]: „Vor Kurzem [im März 1826] hat ein gewisser Dr. Spicker meine letzte große Symphonie mit Chören" – die 9. Symphonie mit der von Beethoven vertonten „Ode an die Freude" von Friedrich Schiller – „nach Berlin mitgenommen; sie ist dem Könige gewidmet, u. ich mußte die Dedication eigenhändig schreiben. Ich hatte schon früher bey der Gesandtschaft um die Erlaubniß, das Werk dem Könige zueignen zu dürfen, angesucht[29], welche mir auch von ihm gegeben wurde. […] Man hat mir da[nn] etwas von dem rothen Adler-Orden 2ter Klasse hören lassen; wie es ausgehn [sic] wird, weiß ich nicht denn nie habe ich derley Ehrenbezeugungen[30] gesucht. Doch wäre sie mir in diesem Zeitalter wegen Manches Andern nicht unlieb". Die Intervention des preußischen Gesandten in Wien war zwar erfolgreich, die von Beethoven erhoffte Ordensverleihung aber blieb aus: Statt des Roten-Adler-Ordens wurde ihm von Friedrich Wilhelm III. lediglich ein Ring mit Brillanten zugeschickt[31]; und dies, obwohl Beethoven dem preußischen Gesandten seine besondere Loyalität dem König gegenüber zum Ausdruck gebracht hatte: „Auch wünsche ich,

---

21 BUSCH-WEISE, D., Jugendtagebuch. In. *Studien zur Musikwissenschaft. Beihefte der Denkmäler der Tonkunst in Österreich* (= Festschrift für Erich Schenk). Graz etc., 1962, S. 68–88, hier S. 77, 84f. BRANDENBURG, S. (Hrsg.), *Ludwig van Beethoven. Briefwechsel Gesamtausgabe*, vol. 2/439 (S. 119f. Anmerkung 5); vergleiche THAYER, *Leben*, S. 106; LADENBURGER, M. (Hrsg.), *Beethoven und sein Bonner Freundeskreis. Ausgewählte Dokumente aus der Sammlung Wegeler im Beethoven-Haus.* Bonn, 1998, S. 32–34; JÜNGLING, *Beethoven,* S. 145ff.

22 BUSCH-WEISE, Jugendtagebuch, S. 77, 84f.

23 BRANDENBURG, *Briefwechsel* 2/Nr. 439 (S. 119f.).

24 BEIKIRCHER, *Ludwig,* S. 16; CAEYERS, *Beethoven,* S. 29.

25 Für die weitere musikalische Ausbildung Ludwig van Beethovens war ab 1782 der Bonner Kapellmeister Christian Gottlieb Neefe verantwortlich, ihm wird das 1784 auf Beethoven gemünzte Zitat zugeschrieben, er werde „gewiß ein zweyter Wolfgang Amadeus Mozart werden, wenn er so fortschritte [sic], wie er angefangen": KOPITZ, K. M. – CADENBACH, R. (Hrsg.), *Beethoven aus der Sicht seiner Zeitgenossen*, vol. 2. München, 2009, S. 616/Nr. 534.

26 BEIKIRCHER, *Ludwig,* S. 25ff.; CAEYERS, *Beethoven,* S. 46; JÜNGLING, *Beethoven,* S. 38. – 1770 war auch Friedrich Wilhelm III. geboren worden.

27 BRANDENBURG, *Briefwechsel*, vol. 6. München, 1997, S. 197/Nr. 2100 (28. Dezember 1825). Dazu schon SCHINDLER, A., *Biographie von Ludwig van Beethoven*, vol. 1, 3. Aufl. Münster, 1860, S. 3f.

28 BRANDENBURG, *Briefwechsel* 6, S. 319f./Nr. 2236 (7. 12. 1826, abgeschickt 17. 2. 1827). BEIKIRCHER, *Ludwig,* S. 117f.

29 BRANDENBURG, *Briefwechsel* 6, S. 225/Nr. 2129 (Anfang März an Fürst Hatzfeld zu Trachtenberg, den königlich-preußischen Gesandten in Wien).

30 In demselben Brief erwähnte Beethoven aber knapp davor, dass er schon im Dezember 1822 „Ehrenmitglied der k. Gesellschaft der Wissenschaften in Schweden" und „eben so in Amsterdam", nämlich schon im August 1809, sowie Ende 1815 „auch Ehrenbürger von Wien" geworden war.

31 Dazu BRANDENBURG, *Briefwechsel* 6, S. 319f./Nr. 2231 (vom 25. 11. 1826) und S. 323/Nr. 2238 (um den 12. 12. 1826).

daß S[eine]. M[ajestät]. wissen möchten, daß ich ebenfalls zu Ihren Unterthanen vom Rhein gehöre, u. als solcher um somehr wünschte, ihnen meine Ehrfurcht zu bezeugen."[32]

Aus Enttäuschung über den Ring, der sich dann auch noch als nicht besonders wertvoll erwiesen hatte, verkaufte Beethoven diesen schon wenige Tage nach Erhalt bei einem Juwelier in Wien.[33]

3.1.2 Verlust des Untertanenstatus

Mit der Erklärung an den preußischen König, „daß ich ebenfalls zu Ihren Unterthanen vom Rhein gehöre", wollte Beethoven 1826 natürlich nicht eine rechtliche Tatsache behaupten – er wollte dem Preußen-König damit bloß schmeicheln: Die in den Koalitionskriegen des Reiches 1792 an Frankreich gefallenen Territorien des Kurfürstentums Köln – und damit auch Beethovens Geburtsstadt Bonn – waren Preußen ja erst aufgrund der Vereinbarungen des Wiener Kongresses von 1815 übertragen worden.[34] Beethoven hatte aber Bonn (und damit das damalige Territorium des Kurfürstentums Köln) schon lange davor, nämlich Anfang November 1792, in Richtung Wien[35] verlassen, um einer von Haydn, der im Juli 1792 auf der Rückreise von einem Aufenthalt in London in Bad Godesberg bei Bonn kurz Halt machte, ausgesprochenen Einladung, zur musikalischen Ausbildung zu ihm nach Wien zu kommen, Folge zu leisten. Letztendlich wurde Beethovens Reise nach Wien zu einem Aufenthalt ohne Rückkehr. Es war übrigens schon seine zweite Reise nach Wien: Beethoven war schon im April 1787 zu einem ins Auge gefassten Studienaufenthalt bei Mozart in Wien, freilich vergeblich – er hatte Mozart dort nicht angetroffen und musste auch früher als geplant wieder nach Bonn zurückreisen – wegen ernsthafter Erkrankung der Mutter, welche auch bald nach seiner Rückkehr verstorben war.

Kurz nach Beginn seines zweiten Aufenthalts in Wien war sodann sein Vater im Dezember 1792 in Bonn verstorben. Er war nach dem Tod der Ehegattin dem Alkoholismus verfallen und musste wegen zunehmender Arbeitsunfähigkeit 1789 in den Ruhestand versetzt werden. Seitdem war Beethoven faktisch mit der Obsorge für seine jüngeren, noch minderjährigen Brüder Kaspar Karl und Nikolaus Johann betraut. Nach seiner Abreise nach Wien wurden die beiden in die Obhut einer Familie aus der Nachbarschaft, der Witwe Breuning, übergeben, die dort mit ihren drei Kindern, einer Tochter und zwei Söhnen lebte, mit denen Beethoven und seine beiden Brüder eng befreundet waren.

Nach dem Wegzug von Beethoven aus Bonn wurde der elterliche Haushalt dort auch aufgelöst.[36] Beethoven hatte also – und damit kommen wir zur Frage seines staatsbürgerlichen Status – in Bonn seit Jahresende 1792 keinen Wohnsitz mehr. Als ehemaliger Untertan des Erzbischofs von Köln konnte er daher nach der Okkupation von Bonn durch französische Truppen im Oktober 1794 und der anschließenden Annexion der Territorien des Kurfürsten von Köln an das Staatsgebiet von Frankreich 1798 – infolge Abwesenheit – auch nicht in den Verband der französischen Staatsbürger aufgenommen worden sein; und er konnte folglich nach der 1815 erfolgten Übertragung dieser Gebiete an die preußische Monarchie auch nicht ein Untertan des preußischen Königs bzw. Staatsbürger Preußens geworden sein: Kraft ius sanguinis war Beethoven durch Abstammung von seinem Vater, der zu diesem Zeitpunkt am Hof Kurfürsten von Köln in Diensten stand, daher auch dessen Untertan geworden. Beethoven selbst – ab April 1783 noch zeitweise, und dann von Juni 1784 an auch dauernd – stand auch im Dienst des Hoforchesters[37], er hatte seinen Status als Untertan des Erzbischofs von Köln aber infolge Auswanderung nach Wien letztendlich verloren.[38] Mangels Einwohnerstatus während der Okkupation und der anschließenden Annexion von Bonn konnte für ihn das ius soli als rechtliches Kriterium für den Erwerb des Status eines citoyen von Frankreich auch nicht wirksam werden; Beethoven konnte folglich 1815 – ungeachtet seines früheren Status als Untertan des Kölner Erzbischofs in Bonn – auch nicht in den Verband der preußischen Staatsbürger übergeleitet werden.[39]

3.2 Beethovens „staatsbürgerlicher" Status in Wien

Bevor wir uns mit dem staatsbürgerlichen Status von Beethoven seit seinem Aufenthalt in Wien auseinandersetzen, sind vorweg noch ein paar allgemeine Bemerkungen über die Behandlung von Fremden in Österreich und die Möglichkeiten für den Erwerb der Staatsbürgerschaft zu machen.

3.2.1 Behandlung von Fremden in Österreich – Erwerb der Staatsbürgerschaft

Mit dem Aufenthalt von Fremden, die sich in einem der deutschen Erbländer des Kaisertums Österreich aufhielten, und als solche wurden in Österreich damals auch die Untertanen der anderen Territorien des Heiligen Römischen Reiches angesehen, ergab sich nicht nur das Problem der rechtlich allenfalls unterschiedlichen Behandlung von Ausländern im Verhältnis zu inländischen Staatseinwohnern, sondern auch die Frage ihrer möglichen Eingliederung als dessen Untertanen bzw. Staatsbürger in das die Fremden aufnehmende Gemeinwesen, womit sie den Inländern rechtlich erst völlig gleichgestellt anzusehen waren.

---

[32] BRANDENBURG, *Briefwechsel* 6, S. 225/Nr. 2129 (Beethoven an Hatzfeld).
[33] BEIKIRCHER, *Ludwig,* S. 118; JÜNGLING, *Beethoven,* S. 263.
[34] SCHMOECKEL, M., Bonn. In: CORDES, A. etc. (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. 2. Aufl., vol. I/3. Lieferung. Berlin, 2005, S. 647f., hier 6488.
[35] Das genaue Ankunftsdatum kann nur annähernd bestimmt werden; in einem Brief an eine Jugendfreundin aus Bonn schreibt Beethoven am 2. 11. 1793, dass er „nun hier in der Hauptstadt bald ein ganzes Jahr verlebt" habe: BGA 1/Nr. 11; vergleiche THAYER, *Leben* I, S. 292, 345.
[36] Dazu BEIKIRCHER, *Ludwig,* S. 133, 143; BREYER, K., Wohnungen, In: RAMPE, K. (Hrsg.), *Beethovens Welt*. Laaber, 2019, S. 145–157, hier 145.
[37] KÄMPKEN, N., „In allen Geschäftssachen ein schwerer Kopf": Beethoven und das Geld. In: RAMPE, *Beethovens Welt*, S. 167–181, hier 167f.
[38] Dazu GOSEWINKEL, *Einbürgern,* S. 30; dazu auch GRAWERT, *Staatsangehörigkeit,* S. 237ff.
[39] Über den Übergang vom Status der Untertanen mit differenziertem Rechtsstatus zum formal gleichberechtigten Staatsbürger in den Territorien des Deutschen Bundes siehe die Einleitung zu GOSEWINKEL, *Einbürgern,* S. 11–25, insbesondere 12f.

Im Zuge des sich seit 1801 anbahnenden Zusammenbruchs des Heiligen Römischen Reiches hatte sich infolge von Mediatisierung und territorialer Neuordnung im Zuge der Kriege gegen Frankreich, das Migrations-Problem zunehmend verschärft.[40] Während sich nämlich für die Staatsangehörigkeit der Inländer die Abstammung von dem Staat angehörigen Elternpaar als Leitprinzip ausgeprägt hatte, führte das Verlassen eines staatlichen Territoriums bzw. auch der längere Aufenthalt von Migranten im Ausland für diese – sozusagen umgekehrt – zum Verlust dieses Status, freilich aber nicht ohne weiters auch gleichzeitig zum Erwerb der Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates. Es war wohl zunächst eine Art Staatenlosigkeit des immigrierenden Fremden anzunehmen, sodass sich ihr Status faktisch von dem eines Ausländers auch nicht unterschied.

In dem Zeitraum, über den sich der Aufenthalt von Beethoven in Wien erstreckte, bestanden in den wenigsten Territorien (im Verband des Heiligen Römischen Reiches bzw. der Mitgliedsstaaten des Deutschen Bundes) Regelungen für die Verleihung der Staatsbürgerschaft an Migranten. Es entwickelte sich aber ein Prinzip „implizierter Naturalisation" von fremden Migranten durch Erwerb der Staatsangehörigkeit mit Ablauf einer bestimmten Aufenthaltsdauer, oft nach langjähriger ununterbrochener Begründung eines Wohnsitzes, kraft ius domicilii[41], neben anderen speziellen Tatbeständen wie vor allem der Aufnahme in staatliche Dienste oder die Bestätigung als Unternehmer, womit jeweils eine konkludente Aufnahme als Staatsbürger verbunden war.[42]

In Österreich hatte sich für die zum Heiligen Römischen Reich gehörigen Gebiete des Kaisers aus der Untertänigkeit in den einzelnen Ländern im Zuge des Umbaus der habsburgischen Länder-Union zu einem gemeinsamen Staat ab Mitte des 18. Jahrhunderts eine einheitliche Staatsbürgerschaft entwickelt – durch Hebung der Landesuntertänigkeit auf die Ebene der Gesamtheit der Erbländer; dies allerdings nicht auf Grundlage des öffentlichen Rechts, sondern – wie eingangs erwähnt – im Rahmen der Kodifizierung des allgemeinen Privatrechts.[43] Die erste Legaldefinition lieferte – wie erwähnt – das Teil-ABGB von 1786 (2. Hauptstück § 3): „Alle, die in den [deutschen] Erbländern unter der landesfürstlichen Gewalt vereinigt leben, sind für Inländer und Unterthanen zu halten, und genießen ohne Unterschied die… allgemein gebührenden Rechte." Aber erst im ABGB 1811 wurde sodann der Terminus „Staatsbürger" als Rechtsbegriff kreiert: Er trat synonym vor andere bis dahin gebräuchliche Termini wie „Unterthanen", oder „Eingeborene" bzw. „Inländer". Allerdings wurden die „Staatsbürger" im ABGB als „Staatsunterthanen" bzw. „Mitglieder des Staates"[44] mit einem einheitlichen rechtlichen Status nur in Bezug auf ihre Privatrechte ausgestattet, ohne damit aber auch verfassungsrechtlich gewährleistete allgemeine Rechte und politische Partizipation zu verbinden wie für die citoyens in Frankreich seit der Revolution.[45]

Im ABGB waren – wie erwähnt – nur die Erwerbsgründe für die Staatsbürgerschaft (§ 28–31) normiert:[46] Sie konnte – außer durch Abstammung[47] – auch durch eine „Naturalisation" von Fremden erlangt werden, nämlich durch konkludente „Verleihung" als Folge des Eintritts in den staatlichen Zivil- oder Militärdienst bzw. der Ausübung eines konzessionierten Gewerbes in Verbindung, sofern damit notwendigerweise eine Wohnsitznahme[48] in einem deutschen Erbland verbunden war. Im Übrigen musste (gemäß § 30 ABGB) eine implizite Verleihung erfolgen. Eine solche wurde später auch für den Erwerb der Staatsbürgerschaft durch Ablauf einer über zehn Jahre andauernden Wohnsitznahme eingeführt; aber erst 1833 – als Reaktion auf politische Ereignisse wie die Julirevolution von 1830 oder das Hambacher Fest im Frühjahr 1832.[49] Ihre Verleihung (gemäß § 30 ABGB) stand in solchen Fällen im freien Ermessen der Verwaltungsbehörden – Erfordernisse waren, außer der Antragstellung des Bewerbers, dessen sittliches und politisches Wohlverhalten sowie der Nachweis einer ausreichenden Erwerbsfähigkeit. Anträge von Bewerbern aus Gebieten des Deutschen Bundes wurden allerdings in der Regel positiv erledigt.

Während im Privatrecht (gemäß § 33 ABGB) – bei Reziprozität – eine weitgehende Gleichstellung von „Fremden" (Ausländern) mit „Staatsbürgern" (Inländern) bestand, kam es im öffentlichen Recht zu einer Ausgrenzung von Fremden – durch intensive Kontrollen an den Außengrenzen des Staates mit Passpflicht und polizeilicher Kontrolle im Inneren durch ständige Evidenz des Aufenthalts von Migranten aufgrund von

---

40 KOTULLA, M., Nationalisierung. In: CORDES, *Handwörterbuch*, vol. III/24. Lieferung. Berlin, 2016, S. 1847–1852, hier 1849f.

41 GOSEWINKEL, *Einbürgern,* S. 29–31.

42 KOTULLA, *Nationalisierung,* S. 1850.

43 SCHENNACH, M., *Austria inventa. Zu den Anfängen der österreichischen Staatsrechtslehre.* Frankfurt/Main, 2020, S. 328–335, besonders 328ff.

44 So ZEILLER, F., *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, vol. I. Wien etc. 1811, S. 133f. Vergleiche auch BURGER, *Paßwesen,* S 96ff., 102, 106; BURGER, H., Zum Begriff der österreichischen Staatsbürgerschaftsrecht. In: ANGERER, Th. etc. (Hrsg.), *Geschichte und Recht. Festschrift für Gerald Stourzh zum 70. Geburtstag.* Wien etc., 1999, S. 207–233, hier 213, 217ff.

45 Hierzu SCHENNACH, M., Der „Österreicher" als Rechtskonstrukt? Zur Formierung einer österreichischen Staatsbürgerschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. In: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte,* vol. 33, 2011, S. 152–176, hier 169f.

46 Ebda. 167ff.; BURGER, *Paßwesen,* S. 108f.; dazu auch GOSEWINKEL, *Einbürgern,* S. 33–39, besonders 36f. – Tatbestände, die zum Verlust der Staatsbürgerschaft führten, wurden im ABGB auf das öffentliche Recht (die Auswanderungsgesetze) verwiesen (§ 32): Hierzu GOSEWINKEL, *Einbürgern,* S. 38f.; SCHENNACH, *Der „Österreicher",* S. 166f.

47 Eheschließung mit einem Inländer stand nur ausländischen Frauen als Erwerbstitel der Staatsbürgerschaft offen: § 92 ABGB („Die Gattinn [sic]… genießt die Rechte seines Standes").

48 Die bloße Innehabung oder zeitlich beschränkte Nutzung von Landgütern, Häusern und Grundstücken oder die Begründung eines Gewerbes ohne persönliche Ansäßigkeit im Land führten gemäß § 31 ABGB nicht zum Erwerb der Staatsbürgerschaft.

49 Es war hierfür die ausdrückliche Verleihung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens erforderlich: *Politische Gesetze und Verordnungen*, vol. 28, S. 57f.*);* vergleiche aus zeitgenössischer Sicht: BUSCHMANN, G., *Über die österreichische Staatsbürgerschaft*. Wien, 1833, S. 38, 42f. – BURGER, *Paßwesen,* S. 113f., 117f.

Meldepflichten und der Anordnung der behördlichen Hinterlegung der Reisepapiere.[50]

3.2.2 Wandel des „staatsbürgerlichen" Status von Beethoven

Beethoven war – wie erwähnt – auf Einladung von Joseph Haydn, der sich im Juli 1792 auf der Rückreise von einem Konzertaufenthalt in London in (Bad) Godesberg bei Bonn aufgehalten hatte, noch in diesem Jahr mit Erlaubnis seines Dienstgebers, dem Kurfürsten von Köln, und auch unter Fortzahlung seines Gehalts als Hofmusiker in Bonn[51], zu einer bis März 1794 befristeten Studienreise nach Wien aufgebrochen.[52]

Anfang November 1792 nahm er, damals noch nicht einmal volljährig, seinen Aufenthalt in Wien. Obgleich der Zweck seines Aufenthalts, die Ausbildung bei Haydn, mit dessen Aufbruch zu einer neuerlichen Konzerttournee nach England Anfang 1794 eigentlich hinfällig geworden war, blieb Beethoven in Wien – und zwar weiterhin mit Einverständnis seines Dienstgebers in Bonn, von wo ihm bis zur Aufhebung des Hofstaates in Bonn auch das Gehalt als Hofmusiker in Bonn fortgezahlt wurde.[53]

Durch Unterlassung der Rückkehr in die Heimat war Beethoven in Wien wohl faktisch zunächst staatenlos[54] geworden; mit Auflösung des Kurstaates 1794 und der 1798 anschließenden Annexion von Bonn an das Staatsgebiet von Frankreich (durch Eingliederung in das Departement Rhin-Moselle)[55] – war nun sein Untertanenstatus zu Bonn vollends gelöst. Beethoven konnte daher – wie erwähnt – auch nicht in Abwesenheit französischer Staatsbürger geworden sein, und als solcher nach der Eingliederung seiner Vaterstadt in die Verwaltung der Rheinprovinzen Preußens 1815 ein Untertan des preußischen Königs geworden sein.

Beethoven hatte sich in Wien niedergelassen – er war als Rheinländer hier aber nicht allein geblieben. Nach der Besetzung von Bonn durch die französischen Revolutionstruppen waren viele Untertanen dem ebenfalls hierher geflüchteten Kölner Erzbischof[56] gefolgt. Kurfürst Maximilian Franz war der jüngste Sohn von Kaiserin Maria Theresia und seit 1784 Erzbischof von Köln; bis zur Besetzung der Stadt durch französische Truppen residierte er in Bonn und wich dann für kurze Zeit zunächst nach Münster und Mergentheim zurück, ging aber schließlich nach Österreich, wo er sich in Hetzendorf bei Wien niederließ. Mit dem Frieden von Lunéville waren im Februar 1801 sodann alle Hoffnungen auf seine Rückkehr ins Rheinland begraben, Kurfürst Maximilian Franz starb bald darauf im Juli 1801.

Im Juli 1794 bzw. im Dezember 1795 waren auch die beiden jüngeren Brüder Beethovens, Kasper Karl und Nikolaus Johann, hierher gezogen:[57] Der ältere Bruder Kaspar Karl war in Begleitung des schon erwähnten Franz Georg Wegeler und von Lorenz Breuning nach Wien gekommen; Wegeler blieb bis 1796, Lorenz Breuning bis 1797; Beethovens jüngerer Bruder, Nikolaus Johann, war in Begleitung von Stephan Breuning, dem älteren Bruder von Lorenz, nach Wien gekommen; er wird – mit Unterbrechungen – bis zu seinem Tod im Juli 1827 hierbleiben und war mit Beethoven zeitlebens sehr eng verbunden.

Der ältere der beiden Brüder Beethovens, nun schlicht Karl genannt, war – nach einer wenig erfolgreich verlaufenen Musikerlaufbahn – in den Dienst der Finanzverwaltung getreten, und wurde im Jahr 1800 Beamter der österreichischen Staatsschuldenkasse;[58] der jüngere, nun schlicht Johann genannt, schloss in Wien die schon in Bonn begonnene Ausbildung zum Apotheker ab und machte sich – nach mehreren vergeblichen Bemühungen in Wien – schließlich 1808 mit dem Erwerb einer Apotheke in Linz (im Erzherzogtum Österreich ob der Enns) als Gewerbetreibender selbständig; er konnte in wenigen Jahren – als Lieferant für das österreichische wie auch das französische Militär – ein bedeutendes Vermögen aufbauen, das es ihm erlaubte, 1819 einen ehemaligen herrschaftlichen Gutshof (Schloss „Wasserhof") in Gneixendorf bei Krems zu erwerben.[59]

Die beiden jüngeren Brüder Beethovens wären durch ihre Berufstätigkeit – spätestens gemäß § 29 ABGB – 1812 österreichische Staatsbürger geworden: der ältere als Staatsbeamter, der jüngere als konzessionierter Gewerbetreibender. Beide, aber auch ihr älterer Bruder Ludwig, hatten aber schon aufgrund ihres ununterbrochenen zehnjährigen Aufenthalts in Wien bzw. im (deutschen) Erbland Österreich unter der Enns, gemäß dem dort schon vor Inkrafttreten des ABGB geltenden „Land-Recht"[60] den Status von Landes-Untertanen erlangt: Karl im Dezember 1805, Johann im Juli 1804 und Ludwig im November 1802.[61] Bei Ludwig ist allerdings die

---

[50] SCHENNACH, *Der „Österreicher"*, S. 165f.; dazu auch GOSEWINKEL, *Einbürgern,* S. 37ff.; BURGER, *Paßwesen,* S. 5, 7, 11f., 14, 16; STOKLÁSKOVÁ, Z., Fremdsein in Böhmen und Mähren. In: HEINDL – SAURER, *Grenze und Staat*, S. 632–647, hier 674f.

[51] BUSCH-WEISE, *Jugendtagebuch,* S. 86; BEIKIRCHER, *Ludwig,* S. 76f.; HENKE, *Beethoven,* S. 53; JÜNGLING, *Beethoven,* S. 35, 45.

[52] Im März 1794 liefen keine Zahlungen mehr ein: Siehe BUSCH-WEISE, *Jugendtagebuch,* S. 86; BEIKIRCHER, *Ludwig,* S. 84ff.; CAEYERS, *Beethoven,* S. 112; HENKE, *Beethoven,* S. 107; JÜNGLING, *Beethoven,* S. 46, 50, 52.

[53] BEIKIRCHER, *Ludwig,* S. 77, 83, 87; CAEYERS, *Beethoven,* S. 112f.; JÜNGLING, *Beethoven,* S. 51f.

[54] GOSEWINKEL, *Einbürgern,* S. 30.

[55] HARTMANN, P. C., Das Heilige Römische Reich, die Epoche der Französischen Revolution und Napoleons sowie des Deutschen Bundes zur Zeit Beethovens. In: RAMPE, *Beethovens Welt*, S. 197–209, hier 203f.

[56] CHRIST, G., Maximilian Franz, Erzherzog von Österreich, Kurfürst und Erzbischof von Köln. In: *Neue Deutsche Biographie*, vol XVI. Berlin, 1990, S. 502–506.

[57] CAEYERS, *Beethoven,* S. 177f., 178f.; HENKE; *Beethoven,* S. 60ff., 77, 79ff.; JÜNGLING, *Beethoven,* S. 52f., 54f.

[58] SCHMIDT-GÖRG, *Beethoven Familie*, S. 62f.

[59] Ebda. 63–66.

[60] HOLGER in seinem „Länderbericht"1753, in: NESCHWARA, *Materialien,* S. 183.

[61] Vergleiche SCHOLZ, „Österreich"-Begriff, S. 446, der von einer rückwirkenden Anwendung der Bestimmung des § 29 ABGB 1811 ausging. Freilich ging das ABGB von einer grundsätzlichen Nicht-Rückwirkung seiner Bestimmungen aus; § 5 lautet bis dato: „Gesetze wirken nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß."

Frage zu erheben, inwiefern sein Aufenthalt auch zur Begründung eines ununterbrochen bestehenden ordentlichen Wohnsitzes geführt hat, weil er diesen sehr oft gewechselt und sich über mehr oder weniger lange Zeitspannen außer in Österreich unter der Enns auch in anderen (deutschen) Erbländern sowie im „jenseitigen" (transleithanischen) Ungarn und einmal sogar außerhalb der Grenzen des Kaisertums Österreich aufgehalten hatte.

3.2.3 Problematik der „ununterbrochenen Wohnsitznahme" Beethovens

Ludwig hatte seinen Aufenthalt in Wien, in der inneren Stadt sowie in der Alser-Vorstadt und in den Vororten Döbling und Nußdorf sowie der weiteren Umgebung (insbesondere in Baden und Mödling) vielfach gewechselt. Beethoven hatte in Wien und Niederösterreich an die 30 verschiedene Wohnsitze[62] begründet, er hatte sich hierbei aber ununterbrochen in einem Kronland (nämlich Österreich unter der Enns) aufgehalten – unterbrochen aber durch kürze oder längere Aufenthalte im Ausland, nämlich im nahen Ungarn, in Eisenstadt bei Haydn (1793 und 1807) bzw. zu Konzertauftritten in Preßburg (1796), Pest (1796 und 1800) und (Buda 1800). Ein Aufenthalt in Prag führte ihn (1796) anschließend auf einer Konzertreise von diesem (deutschen) Erbland auch ins weitere Ausland, nämlich nach Dresden, Leipzig und Berlin. Weitere Aufenthalte außerhalb von Österreich unter der Enns betrafen dann nur mehr Aufenthalte in Verbindung mit Konzertreisen in Böhmen (nach Prag 1798) und, in Verbindung mit einer Besuchsreise zu einem Mäzen (Graf Lichnowsky), über Mähren nach Schlesien (Grätz 1806). Hinzu kamen Gesundheitsreisen in böhmische Kurorte (Franzensbad, Karlsbad und Teplitz 1811 und 1812). Beethovens letzter Aufenthalt außerhalb der österreichischen Erbländer fiel also in das Jahr 1796, danach folgten noch kurze Aufenthalte in Ungarn (zuletzt 1807). Seitdem hielt er sich ausschließlich an Wohnsitzen in Wien und Umgebung auf bzw. war er auf Reisen in anderen (deutschen) Erbländern.[63]

Der vielfache Wechsel des Wohnsitzes innerhalb eines (deutschen) Erblandes war jedoch für den Lauf der zehnjährigen Frist zum stillschweigenden Erwerb des Status eines Inländers gemäß damaliger Rechtslage durchaus irrelevant; dasselbe galt übrigens auch für Aufenthalte in einem anderen (deutschen) Erbland (Böhmen, Mähren und Schlesien). Auch in Bezug auf die anderen Aufenthalte im näheren Ausland (Ungarn) und im weiteren Ausland (Sachsen und Preußen) finden sich in den einschlägigen staatsbürgerrechtlichen Normen keine Tatbestände, welche eine Hemmung oder Unterbrechung des zum stillschweigenden Erwerb der Staatsbürgerschaft erforderlichen zehnjährigen Aufenthalts in einem österreichischen Erbland vorsahen. Der Bestand eines Wohnsitzes in einem (deutschen) Erbland wäre nur dann unterbrochen worden, wenn Beethoven seinen Wohnsitz im Inland verlassen hätte, um wieder dauernd im Ausland zu leben: Dann hätte die Laufzeit der zehnjährigen Frist bei allfälliger Rückkehr wieder von vorne zu laufen begonnen. Davon ausgenommen waren allerdings Aufenthalte in Ungarn. Dasselbe galt aber auch, wenn der Wohnsitz etwa wegen Gesundheitsreisen oder zum Zweck von Studienaufenthalten im Ausland verlassen worden wäre. Und dasselbe galt auch für Reisen oder zeitweilige Aufenthalte im Ausland, wenn damit nicht die Absicht verbunden war, für länger dort zu bleiben.[64]

Für Reisen, gleich, ob ins Ausland, wozu auch Ungarn zählte, oder auch nur innerhalb des Verbandes der (deutschen) Erbländer, waren sowohl für Fremde als auch für Inländer spezielle Passvorschriften zu beachten.[65] Für keine von Beethovens Reisen sind allerdings – weder in der Literatur noch in öffentlichen Archiven – Belege für Reise-Passausstellungen greifbar, aus welchen sich Schlüsse auf seine Behandlung als Fremder bzw. als Inländer ziehen ließen.

4. Ergebnis und Ausblick

Beethoven hat als „Fremder" – nach Begründung eines „ordentlichen Wohnsitzes" in einem österreichischen Erbland durch einen zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalt – stillschweigend die österreichische Staatsbürgerschaft erworben. Auf die Absicht, einen „ordentlichen Wohnsitz" im Inland zu begründen, konnte geschlossen werden, wenn ein Fremder seinen früheren Wohnsitz im Ausland aufgegeben und sich an seinem neuen Aufenthaltsort mit Familie niedergelassen hatte; wenn er sich dort der Konskription unterzog, dort sein „Haupt-Mobilien-Vermögen" erworben und sich dort auch der „Steuer-Fassion" unterzogen hatte. Vom ordentlichen Wohnsitz wurden auch alle Privatrechte abgeleitet[66], ebenso der persönliche Gerichtsstand. All diese Umstände trafen auch auf Beethovens Aufenthalt in Österreich zu: Er lebte hier mit seinen jüngeren Brüdern, später mit seinem Neffen zeitweise sogar in gemeinsamem Haushalt; er hatte sich hier in die Konskriptionsbögen eintragen lassen; er hatte hier sein gesamtes Vermögen erworben; er hatte hier Steuererklärungen abgegeben; er hatte hier mehrere Prozesse um Urheberrechte und Ansprüche auf Versorgung aus einem Rentenvertrag geführt; er hatte hier die Vormundschaft über den Sohn seines verstorbenen Bruders übernommen; schließlich wurde hier nach seinem Tod die Abhandlung über seinen Nachlass durchgeführt. Bei keinem dieser Lebenssachverhalte wurde

[62] Nach ZEILLER, *Commentar* vol. I, S. 136f., ließ sich aus dem „vollendeten zehnjährigen… ununterbrochenen Wohnsitz" (in einem der Erbländer im Geltungsbereich des ABGB) „auf den festen Entschluß, das [Staats-]Bürgerrecht zu erlangen" schließen. Ein solcher Wohnsitz wäre der „Wohnort (*domicilium*)… in der Absicht… daselbst beständig oder längere Zeit…". Von einem solchen „Wohnort (*„domicilium"*) war der bloße „Aufenthaltsort" zu unterscheiden, der sich „bloß zufällig… auf der Durchreise… um ein Geschäft abzuschließen", ergibt, aber noch nicht die „Absicht, für immer oder längere Zeit… zu verbleiben" erkennen lässt (so NIPPEL, F. X., *Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, vol. I. Graz, 1830, S. 179). Siehe im Einzelnen zu den von Beethoven begründeten Wohnsitzen BREYER, *Wohnungen,* S. 150; JÜNGLING, *Beethoven*, S. 211f.

[63] Zu Beethovens Reisetätigkeit siehe LADENBURGER, M., *Beethoven auf Reisen. Begleitbuch zu einer Ausstellung des Beethoven-Hauses Bonn.* Bonn, 2016.

[64] Dazu WINIWARTER, J., *Das österreichische bürgerliche Recht*, vol. I. Wien, 1831, S. 140, 144.

[65] Dazu STOKLÁSKOVÁ, *Fremdsein*. In: HEINDL – SAURER, *Grenze und Staat*. Hierzu auch LÜCK, H., Pass. In: CORDES, *Handwörterbuch* vol. IV/26. Lieferung. Berlin, 2017, S. 411–419.

[66] SCHUSTER, M., *Theoretisch-praktischer Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, vol. I. Prag, 1818, S. 367, 369f., 372f.

erörtert, ob Beethoven als „Fremder“ zu behandeln wäre oder dass er als „Ausländer“ gegolten hatte.[67]

Beethoven konnte nach Abbruch seiner Bindungen zu Bonn mit der Wohnsitznahme in Österreich (unter Enns) nach zehn Jahren, frühestens 1802 (zehn Jahre nach Auflösung des elterlichen Haushalts in Bonn Ende 1792) bzw. erst 1804 (zehn Jahre nach Auflösung des erzbischöflichen Hofstaats in Bonn im Oktober 1794 und der damit verbundenen Einstellung der Gehaltszahlungen an ihn als Hofmusiker) stillschweigend Landes-Untertan in Österreich unter der Enns – bzw. nach Schaffung einer Staatsbürgerschaft für den Verband der deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie zehn Jahre nach Inkrafttreten des ABGB, also am 1. Jänner 1822, österreichischer Staatsbürger geworden sein.

[67] Diese Aspekte können hier – wie eingangs erwähnt – aus Platzgründen nicht vertieft werden und müssen weiteren Untersuchungen vorbehalten bleiben.

The Origins and Development of the Cab Rank Rule for Barristers in England and Wales

Andrew Watson *

Abstract

In England and Wales and some other common law jurisdictions barristers are required to take instructions, sent through the intermediary of a solicitor, in any case provided it is in a field in which they profess to practise (having regard to their experience and seniority), subject to their availability, and payment of a proper professional fee. This is known as the Cab Rank Rule. The origins of this professional rule are traced with certainty to the end of the 18th Century. An attempt is made to locate earlier manifestations of the principles upon which it was built involving examination of cases and other sources in the 17th and 16th Centuries.

Keywords*: England; Barristers; Cab Rank Rule; origins.*

1. Introduction

This article commences by explaining the meaning and scope of the Cab Rank Rule in England and Wales. Most barristers, if asked about this important aspect of their code of professional behaviour, would trace its origins to the defence of Thomas Paine in 1792 by Thomas Erskine. This landmark case, and subsequent entrenchment of the rule, is considered. Although, unfortunately, there is not an abundance of sources, an attempt is made to explore earlier manifestations of the principles upon which the rule was built. In this regard attention is paid to the trial of John Cooke in 1660, and a number of cases from preceding decades. Further, speeches of Lord Chief Justices of the Court of Common Pleas, made on the ceremonial creation of new serjeants at law in the 16th and early 17th Centuries, are examined. A competing strand in legal professional ethics which elevates individual conscience above other considerations whether to accept cases is identified. Finally a summary of the evidence is presented which contains some tentative conclusions.

2. The Cab Rank Rule

Provided he or she can pay for the service, it is long settled, and usually a condition of their licence, that drivers of taxicabs, horse drawn vehicles in earlier times, must carry the first passenger who hails them and asks for a destination. Similarly what became known as the Cab Rank Rule is a distinctive and time honoured aspect of the professional life of barristers in independent practice in England and Wales, a relatively small group of lawyers, just over 17,000 in 2020.[1] Under this rule self employed barristers are duty bound to take instructions, sent through the intermediary of a solicitor, in any case provided it is in a field in which they profess to practise (having regard to their experience and seniority), subject to their availability, and payment of a proper professional fee. Barristers cannot choose their clients based the nature of the allegations against them or their character or reputation or apparent strengths or weaknesses of their cases. It is at least possible that a barrister might prosecute in a criminal case on Monday, defend in another on Tuesday and act in a civil case either for the defendant or the claimant for the remaining three working days of the week.[2] At the outset it is important to appreciate that the Cab Rank Rule has never governed practising solicitors, by far the largest branch of the legal profession in England and Wales, now numbering nearly 157,000.[3] Solicitors are much involved in advocacy in lower courts but are entitled to decline cases as long as they do not infringe statutes and professional rules forbidding discrimination on grounds of age; disability; gender reassignment; marriage and civil partnership; pregnancy and maternity; race; religion or belief; sex or sexual orientation.

3. Justification, exceptions and strength of professional attachment

The Cab Rank Rule is said to ensure unpopular people and causes are represented by shielding barristers from criticism

* Andrew Watson LLB, MA, MPhil. (Cantab) PhD, Senior Research Fellow, Sheffield Hallam University, United Kingdom, email: Andrew.Watson@shu.ac.uk

1 Statistics provided by the Bar Standards Board in 2021.

2 See David Pannick, *Advocates*, Oxford University Press,1992, p. 138.

3 Solicitors Regulation Authority, November, 2021.

for taking their cases, thus maintaining access to justice and the rule of law, and to strengthen the quality of advocates through experience of acting for both the prosecution and the defence and for claimants and defendants in civil matters. There are exceptions to its application in England and Wales notably in modern times including, "no win no fee" conditional fee agreements and "public access cases", where barristers are not briefed by solicitors but approached directly by clients. These and other exceptions are set out in the Bar Standards Board's current (legally enforceable) Code of Conduct paragraph C30.[4]

In keeping with earlier expressions of the rule, the Bar Standards Board Code of Practice states that the rule does not apply to instructions requiring a self – employed barrister to do any "foreign work", defined as 'legal services of whatsoever nature relating to… court or other legal proceedings taking place or contemplated to take place outside England and Wales'. It is commonly thought this exception was introduced to avoid barristers being obliged to appear for defendants before the International Military Tribunal at Nuremberg in 1945.[5]

Besides England and Wales, the Cab Rank Rule in the Common Law world governs the profession of advocates in Scotland, and barristers in Northern Ireland, the Republic of Ireland, Australia, New Zealand and South Africa and a small number of other countries.[6] Conspicuously, reflecting an important divergence of ethics in professional advocacy, it has never applied to attorneys in the United States where the conscience of a lawyer whether or not to accept a case is pre-eminent.[7] Early expressions of this include Alexander Hamilton, who in 1786 after successfully representing a man who he believed guilty resolved never again to take up a cause which he believed should not prevail, and in the following century Abraham Lincoln, it is said, refused to take cases which though strong in law would have unjust consequences. In effect he constituted his own court of equity.[8]

Not all barristers follow the Cab Rank Rule, perhaps claiming through their clerk to be unavailable or that a matter is beyond their expertise or even openly state, as a small number do, that they will not act on behalf of certain categories of clients, for example employers, landlords, persons charged with sexual offences. The reality is that such clients seldom would come to their doors. During the Irish Republican Army bombing campaign of mainland Britain in the 1970 s, including the Old Bailey, the Central Criminal Court in London, difficulties arose in obtaining defence counsel necessitating the Bar to remind its members of their duties under the Cab Rank Rule, in order to ensure defendants were represented. It is difficult to empirically assess the extent of non- compliance with the rule. There has only been one case of professional proceedings brought by the Bar Council. This involved a committed Christian barrister, and regional chairman of the Lawyers' Christian Fellowship, who in 2006 declined "the case of an illegal immigrant who wanted to use his homosexual relationship as grounds to stay in this country".[9] Although the extent of non – compliance is unknown, and probably unquantifiable given few barristers would admit to it, the strength of the Bar's attachment as a profession to the rule was demonstrated in the vehemence of the reply given to recommendations of a report published in 2013 by the Legal Services Board.[10] It recommended removing the rule from the Bar's Code of Conduct on the grounds it was an impractical unenforced antiquity with an over – exaggerated relevance perpetuated by the Bar and that it should be considered a "principle" rather than a rule. Some years earlier in 2007 at The Bar Councils annual conference barristers overwhelmingly voted to retain the Cab Rank Rule and rejected arguments for its abolition on the grounds it might breach lawyers' human

[4] Paragraph C30 together with paragraphs C21, C29, constitutes "The modern 'cab rank rule" for England and Wales, obliging a barrister to accept any case appropriate to their experience, seniority and/or field of practice, irrespective of the identity of the client, the nature of the case, and regardless of any belief or opinion which the barrister may have formed as to the character, reputation, cause, conduct, guilt or innocence of the client.

[5] Two leading Queen's Counsel (QC) accepted instructions during 2021 on controversial cases in foreign jurisdictions. The first involved prosecution of a number of prominent pro-democracy activists in Hong Kong and the second arguing on behalf of the Cayman Islands government that the Bill of Rights in the Caymanian Constitution does not guarantee same-sex couples the right to marry. Their decisions to accept these briefs attracted much publicity and both were subject to strong storms of criticism, placing barristers' professional ethics in the spotlight and raising questions about the scope and importance of the cab rank rule. It was accepted that the Cab Rank Rule did not apply in the former and the barrister withdrew. This did not occur in the latter case where it was asserted that the Cab Rank Rule did apply because the case would be heard in London by the Privy Council, the ultimate court of appeal for the Caymen Islands. See Mathew Happold. "The Cab Rank Rule: English Barristers in Foreign Courts". *New Law Journal*,10th February, 2021, Issue 7920 and Lord John Hendy QC, "The Cab Rank Rule", *Oxford Human Rights Hub*, March 7th, 2021.

[6] Andrew Watson, *Speaking in Court, Developments in Court Advocacy from the 17th to the 21st Century*, Palgrave MacMillan, 2019, p. 37.

[7] David Pannick, *Advocates*, Oxford University Press,1992, pp.137-138. However Rule 1.2 b of the Model Rules of the American Bar Association 2020 states: *"A lawyer's representation of a client, including representation by appointment, does not constitute an endorsement of the client's political, economic, social or moral views or activities"* and paragraph 5 of the Commentary on this rule sets out *"Legal representation should not be denied to people who are unable to afford legal services, or whose cause is controversial or the subject of popular disapproval"*.

[8] David Pannick, *The Morality of Advocacy*, Hamlyn Trust Lecture, Senedd Cymru, 10th November, 2021.

[9] *Daily Mail* report,26 July 2006: *"James Mills, Barrister who refused to represent gay client reprimanded"*. Mr Mills was ruled to have breached the cab rank rule and guilty of professional misconduct, for which he was reprimanded and ordered to pay Ł 1,000 towards the cost of the case. Before this the nearest allegations to professional proceedings seems to have been in 1953. Lord Shawcross, a former Attorney General and Chairman of the General Council of the Bar, in the course of a lecture, reported in the *Times* said that he had heard it said *"that certain members of the Bar refused to accept a brief to defend an African accused of offences of a quasi – political nature against public order. The suggestion is that those barristers made excuses and declined to act, their true reason being that they thought that their popularity or reputation might be detrimentally affected by appearing for the defence in such a case. For the prosecution they might appear, but not for the defence. If this report were true, it would disclose a wholly deplorable departure from the great traditions of our law and one which, if substantiated, both the Attorney General and the Bar Council would have to deal with in the severest possible way"*. Reported in the *Times* of London 19th February, 1953.

[10] *The Cab Rank Rule: Its Meaning and Purpose in the New Legal Services Market*, John Flood and Morten Hviid, 2013.

rights by forcing them to act against their moral or religious convictions in some cases.[11] A former Chairman of the Professional Standards Committee of the Bar Council, just over a decade before, said of the cab rank rule " *This is to barristers what the Hippocratic oath is to doctors"*.[12]

4. William Erskine and Thomas Paine and entrenchment in the 19th Century

Perhaps, if asked today, most barristers would trace the Cab Rank Rule to Thomas Erskine's defence of Thomas Paine in 1792. At a time of fear the Revolution in France might spread to Britain, the government began to suppress works that espoused social ideas believed threatening. Paine, a radical writer, philosopher, and political theorist, whose writings had done much to support the American Revolution at crucial times, was charged with seditious libel arising from publication of Part II of his work The Rights of Man. This book, a bestseller which sold the then huge number of one and a half million copies, was critical of the monarchy and the aristocracy, proclaimed the need for universal public education, for children's allowances and old age pensions, for public provision of work and wages for the unemployed and for the financing of these measures by a progressive income tax.

Paine, wisely as it transpired, on the advice of the poet and artist William Blake and the moral philosopher Jeremy Bentham, left the country for what he thought was the safety of Revolutionary France, where he had been elected as a member of the National Assembly, although he was later to be proved cruelly, and nearly fatally, wrong, narrowly escaping execution only by the downfall of Maximilien Robespierre, who regarded him as an enemy.

Thomas Erskine, who was certainly not strongly in sympathy with his views, received a brief to act for Paine. Erskine's friends, who believed he might soon be appointed Lord Chancellor, urged him not to accept. In reply to one friend, he was reported as having said, *"But I have been retained, and I will take it by God"*.[13] Erskine's decision to act for Tom Paine undoubtedly cost him a valuable retainer as an adviser to the Prince of Wales. Scurrilous attacks were made upon him in government newspapers and elsewhere in the months leading up to Paine's trial which was listed in absentia in the Court of King's Bench at the Guildhall, before the Lord Chief Justice, Lord Kenyon, and a Special Jury, selected by Crown lawyers. It commenced on 18th December 1792. Erskine's task was not assisted by the Attorney General, Archibald MacDonald, reading to the jury portions of a letter written to him by Paine from Paris which contained attacks on the character of both the King and the Prince of Wales, the constitution, the government," the greatest perfection of fraud and corruption that ever took place", and in which he regarded conviction, as relevant as *" a verdict against the man in the moon"*.[14]

Erskine offered no evidence following the prosecution's case and admitted Paine had written both the letter and the Rights of Man. Condemning the *"calumnious clamour"* raised by those against him representing Paine he continued: *"I will for ever, at all hazards, assert the dignity, independence and integrity of the English Bar, without which impartial justice, the most valuable part of the English Constitution, can have no existence. From the moment that any advocate can be permitted to say he will, or will not stand between the Crown and the subject arraigned in the court where he daily sits to practice, from that moment the liberties of England are at an end. If the advocate refuses to defend, from what he may think of the charge or of the defence he assumes the character of the Judge; nay, he assumes it before the hour of judgment: and, in proportion to his rank and reputation puts the heavy influence of perhaps, a mistaken opinion in to the scale against the accused, in those favour the benevolent principle of English law makes all presumptions…"*[15]

Whilst the Attorney General had argued Paine's work served only to inflame the populace and disseminate radical ideas to those lacking knowledge and experience to understand them in context, Erskine submitted radical works helped improve the quality of government by highlighting its weaknesses and, if published in good faith, could not therefore be seditious. The Libel Act 1792 required the prosecution to show the publication was motivated by malice and this submitted Erskine it had failed to do.[16]

The Special Jury was not receptive and found Tom Paine guilty of seditious libel even before the prosecution replied and the Lord Chief Justice had an opportunity to sum up the case. He was sentenced to outlawry, a punishment medieval in origin, under which he was to be put to death if he returned to England and his property was seized. The cab-rank rule expounded by Erskine, building on pre-existing rules of professional etiquette, fared considerably better. On emerging from court he was cheered by a crowd and shouts were heard of *"Damn Tom Paine, but Erskine for ever, and the Liberty of the Press; the King, the Constitution, and Erskine for ever"*.[17] Numerous transcripts and reports emphasising Erskine's speech were published. The popular press hailed him as *"the Peoples Advocate"*.[18] A frequent toast at barristers' dinners became *"To Erskine and Independence"*.

---

[11] Law Society Gazette, 9th November, 2007.

[12] Anthony Thornton, *The Professional Responsibility and Ethics of the English Bar*, in Ross Cranston, *Legal Ethics and Professional Responsibility*, Clarendon Press, 1995, p. 68.

[13] According to John Lord Campbell, the friend was Lord Loughborough, soon to be appointed Lord Chancellor, who he met on a dark November evening whilst walking home on Hampstead Heath. See John Lord Campbell, *The Lives of the Lord Chancellors*, 1868, Vol VIII, p. 295.

[14] State Trials, vol xxii, pp. 398-399.

[15] State Trials, vol xxii, page 412. In a letter written to the editor of State Trials a few years before his death, Erskine described the *"unquestionable right of the subject to make his defence by any counsel of his free choice if not previously retained or engaged by office from the Crown"* as itself an invaluable part of the constitution. State Trials, vol xxvi, p. 715.

[16] John Hostettler, *Thomas Erskine and Trial by Jury* (2nd ed.). Waterside Press, 2010, p. 96.

[17] Mark Crosby, The Voice of Flattery vs Sober Truth: William Godwin, Thomas Paine and the 1792 Trial of Thomas Paine for Sedition. *The Review of English Studies*. Oxford University Press, 62, p. 253, 2010.

[18] David Lemmings, *Professors of the Law. Barristers and English Legal Culture in the Eighteenth Century*, Oxford, 2000, p. 307.

The cab-rank rule was rapidly adopted as a moral basis for advocacy and in its early years was much championed by Lord Brougham. On that basis, despite it has emerged doubts about her character and moral probity, he accepted the brief to defend Queen Caroline in 1820 against the King's allegations of adultery. During his opening speech for her Henry Brougham expounded what was to become a highly influential principle of zealous advocacy: *"[A]n advocate, by the sacred duty which he owes his client, knows, in the discharge of that office, but one person in the world, THAT CLIENT AND NONE OTHER. To save that client by all expedient means – to protect that client at all hazards and costs to all others, and among others to himself – is the highest and most unquestioned of his duties".*[19]

Returning to the cab – rank rule in a speech to the House of Lords Brougham explained: *"if once a barrister is to be allowed to refuse a brief, and to say that he will not defend a brief, and to say he will not defend a man because he is wrong, many will be found who will refuse to defend men, not on account of the case, but because they are week men, under pressure of unpopularity, against whom power has set its mark, because they are victims of oppression, or are about to be made so, or because it will not be convenient for parties at all times to heard power on behalf of individuals in the situation of prisoners".*[20]

Some years before Lord Eldon, then Lord Chancellor, in a case in 1822 expressed support for the rule "*He (the advocate) lends his exertions to all, himself to none. The result of the cause is to him a matter of indifference. It is for the court to decide".* He then contended that without the cab rank rule observers of the legal system would find even more difficult to comprehend that an advocate is *"merely an officer assisting in the administration of justice".*[21]

In 1876 the Lord President of the Court of Session, John Inglis, clarified that the Cab Rank Rule applied in Scotland.[22] The rule, which spread throughout the British Empire, was not without some detractors who, far from seeing it as a noble ethic to ensure that even the grossly unpopular should not go unrepresented, perceived the rule to be pure convenient self – interest by the Bar enabling its members to take any case they pleased for remuneration. Some reference was made to Jonathan Swift (1667–1745), himself a disappointed litigant, in Gulliver's Travels in which he said of lawyers: *"they were a society of men bred up from their youth in the art of proving by words multiplied for the purpose that what is white is black and black is white according as they are paid".*[23]

5. The search for earlier origins

The principle that the advocate is in the same position of cab-driver on the rank bound to answer the first hail existed as a matter of professional etiquette before Thomas Erskine's eloquent exposition. Just when it originated is however far from easy to locate.

First published in 1791, James Boswells Life of Samuel Johnson is notable for its extensive reports of Johnson's conversation. When asked by Boswell, himself a Scottish Advocate, whether it was proper for a barrister to support a cause he knew to be bad Johnson (1709–84) replied: *"You do not know it to be good or bad till the judge determines it…An argument which does not convince yourself may convince the Judge to whom you urge it; and if it does convince him, why then Sir, you are wrong, and he is right. It is his business to judge; and you are not to be confident in your own opinion that a cause is bad, but to say all you can for your client, and then hear the judge's opinion".*[24] Such an opinion seems supportive of the professional rule of etiquette to take cases regardless of consideration of their strength and identity of the client. How far it was accepted in the decades preceding Thomas Paine's case amongst Johnson's circle of contemporaries and more widely can only be speculated.

Until 1980 the Bar had no written code of conduct. Previously professional rules and obligations, known colloquially as the Bar's conduct and etiquette, were mainly passed on verbally, usually during pupillage. They stemmed from tradition, judicial influence, usually by dicta in judgements concerning points of court procedure, growing influence of both the circuit system and the Attorney General in the Nineteenth Century and from the end of that century, when it was established, resolutions and specific rulings of the Bar Council.[25] That the Bar lacked any written code for over six hundred years is explained by the tightly knit nature of the profession. Barristers had acquired exclusive rights of audience in the higher courts. They lived and worked in close proximity with each other and the judges. Conduct was that to be expected of gentlemen in their profession and where necessary enforced by strong peer pressure. Records do not exist of the Inns of Court disciplining members for breaches of professional etiquette, confining themselves to dealing with conduct associated with drunken or riotous behaviour, occupancy of rooms or chambers within the Inns and financial improvidence. Unfortunately this form of professional regulation with its lack of written sources does not assist tracing when the cab rank principle came into being. Neither does an absence of evidence of instruction on professional ethics at the Inns of Court whose main function, from the early fifteenth century until the outset of the Civil War in 1642,[26] was the education of students and practitioners of law. Because lawyers would have doubtless discussed matters of conduct amongst themselves, and specific instances where it fell short of accepted norms, formal training in this area may have been considered unnecessary.

---

[19] Henry Brougham, *Speeches of Lord Henry Brougham*, Edinburgh, Adam and Black, Volume 1, p. 105.
[20] Lord Brougham's speech to the House of Lords in 1840, 55 Parliamentary Debates, House of Lords (5th Series) August 10, 1840, cols. 1401-2.
[21] *Ex parte* Lloyd 5th November 1822, Montagu's Reports, p. 70.
[22] Batchelor v. Pattison & Mackersy (1876) 3 R. 914, 918.
[23] Jonathan Swift, *Gullivers Travels*, 1726. Reprint, Harmondsworth Press, Middlesex, 1985, p. 291.
[24] James Boswell, *Life of Johnson*,1791 (ed R.W. Chapman, corrected by J.D. Fleeman), Oxford University Press, 1970), p. 388.
[25] See Anthony Thornton, *The Professional Responsibility and Ethics of the English Bar* in Ross Cranston, *Legal Ethics and Professional Responsibility*, Clarendon Press, 1995, Chapter 3, pp.54-71.
[26] See John Baker, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, 2002, pp. 159-162.

6. The trial of John Cooke in 1660

Although not referred to as such, a form of cab rank principle was considered in the trial of John Cooke in 1660, who was central in the prosecution of King Charles I for High Treason in 1649. Cooke was a barrister at Gray's Inn respected for his knowledge of law and for his independence from established patronage and power. He also displayed considerable independence of thought writing and publishing tracts advocating extensive legal and social reforms, breath-taking in scope at the time, including the abolition of the death penalty, except for murder and treason, ending imprisonment for debt, abolition of Latin in the courts, a system of legal aid, barristers should work *pro bono* in ten percent of their cases, limits to lawyers' fees (the last two hardly endearing him to the leaders of his profession), probation for offenders and establishing a national health service. Cooke also took up controversial cases in court, including that of the radical and Leveller John Lilburne, which damaged his career.

When the Rump Parliament[27] decided to put the King on trial in the name of the people of England, an action never before imagined, many lawyers, particularly the most senior, fearing enormous consequences, including themselves facing charges of treason should there be a change in regime, left their chambers in the Inns of Court for the country to avoid receiving the brief to prosecute. John Cooke did not and accepted it without hesitation, along with appointment as Solicitor General. Soon afterwards, as he prepared evidence and arguments to persuade the court neither divine right or sovereignty immunity gave impunity to a monarch from oppressing his own people, Cooke began to receive death threats and vilification in royalist news-sheets, still circulating in London though officially banned. Young barristers who he had tutored or befriended beseeched him to abandon the task. All to no avail as Cooke told them it was his professional duty to continue. On 20 January 1649, a week after Cooke's acceptance of the brief, the trial of the King, on charges of high treason and other high crimes, began in Westminster Hall before a High Court of Justice established by Parliament and consisted of 135 commissioners, drawn from members of parliament, civic and business leaders, country officials and army officers. The King refused to accept the authority of this body and to speak in his defence. When Cooke began to introduce the indictment he had prepared Charles twice tried to stop him by ordering him to "Hold" and twice tapping him sharply on the shoulder with his cane. Cooke ignored this so King Charles then rose to speak, but Cooke resumed speaking, at which point King Charles struck Cooke so forcefully on the shoulder that the ornate silver tip of the cane broke off and rolled down the barrister's robe onto the floor. The King nodded to Cooke to pick it up, but Cook did not and after a long pause, King Charles stooped to retrieve it himself, causing gasps from some present. The symbolism of this was plain: The divine monarch had bowed to the majesty of the law.[28] The King continued to object to the jurisdiction of the court and refused to plead either guilty or not guilty. On account of this Cooke urged the court to take the charge *pro confesso.* In other words Charles's refusal to plead constituted a confession of guilt to all particulars of the charges against him. The court adjourned three times in the hope the King would plead not guilty and the evidence, against him, assembled by Cooke, would be heard, and reported widely, that he had waged war against Parliament, bore responsibility for the war crimes of his soldiers, was responsible as an individual for ordering and approving torture of prisoners and plunder of towns and had secretly attempted to procure military assistance from Catholic powers and from Ireland and Scotland.[29] However the King would not come out and fight and the court proceeded on the basis of *pro confesso* to deliver sentence of death. It was not until 1827 in English Law that a refusal to plead was to become treated as a plea of not guilty. King Charles was executed outside the Banqueting House in Whitehall some days afterwards. Cooke has been praised by some as a father of international criminal law for making tyranny a crime and being the first lawyer to prosecute a head of state for waging war against his people – the forerunner of the prosecutions of Augusto Pinochet, Slobodan Milosevic and Sadam Hussein in our times.[30]

Appointed by Cromwell, Cooke became a reforming Chief Justice in Ireland. On the return of the Stuart monarchy in 1660 he was arrested, brought back to London and tried before a special jury at the Old Bailey for High Treason, his trial being one in a series of trials of regicides – persons specifically excluded from the indemnity granted under the Indemnity and Oblivion Act to opponents of the monarchy for crimes they may have committed during the Civil War and the Interregnum 1642–1660.

A major, although by no means the only, part of Cooke's defence was that he had done nothing maliciously – malice being an element the prosecution had to prove. He had received instructions as counsel from the government to lay a charge and ask for judgement. The court was free to accept or reject his submissions. Guilt, innocence, and if necessary sentence, were matters for the court. His duty was to make the best of his client's cause against the King including, given the King's refusal to plead, urging that the charge must be taken *pro confesso*.[31] *"I did what I was required and commanded to do; acting only within*

[27] This was the name given to the English Parliament after it had been purged on the 6th December,1648 by Colonel Thomas Pride, acting on behalf of the New Model Army, to prevent Parliament from agreeing the Treaty of Newport which would have reinstated Charles I. 231 members who supported the Treaty were excluded from sitting in Parliament and some 45 were arrested. This event is considered the only recorded military *coup d'etat* in English history. The Rump Parliament, backed by the army, lasted until 1653 when it was dissolved by Oliver Cromwell.

[28] See Geoffrey Robinson, *The Tyrannicide Brief*, Vintage Books, 2006, p. 17.

[29] This evidence, involving some thirty three witnesses, was heard by a committee elected by the court and then read back in the form of witness statements to the full court the following day.

[30] Harry Potter, Law, *Liberty and the Constitution*, Boydell Press, 2015, p. 147; and Geoffrey Robinson, *The Tyrannicide Brief*, Vintage Books, 2006, p. 3.

[31] For other strands in John Cooke's defence see Geoffrey Robinson, *The Tyrannicide Brief*, Vintage Books, 2006, Chapter 18, The Trial of John Cooke.

my sphere and element as a counsellor, and no otherwise".[32] Cooke maintained he had spoken for his fee *" I may be called avaricious but not malicious… I had no power to act judicially – I was not magisterial, but ministerial".*[33]

In reply to Cooke that no malice could be implied by acceptance of the brief the Solicitor General, Sir Heneage Finch, asserted *" no man can have a lawful calling to pursue the life of a king".*[34] Sir Edward Turner, representing the Royal Family, dismissed Cooke's argument in the following brief and emotive terms *" what saith he, I acted as a counsellor for my fee; it was that fee that Judas had, the thirty pieces of silver that made him hang himself".*[35] Wadham Wyndham, junior counsel to the Solicitor General, began by *"As I understand…the chief argument he shelters himself under was his profession, which gives a blast to all of us of the long robe…I was appointed and the words dictated to me; and a counsellor carrying himself within the compass of his profession is not answerable".* However he continued *" but if he exceeds the bounds of his profession, then so far from sheltering him it amounts to aggravation".* Advising how to prosecute a king and appear in what he, referring to the High Court of Justice, termed a *"mock court"* with a *"mock jurisdiction"*, was simply to him beyond the bounds of a barrister's duty.[36]

Lord Chief Baron Orlando Bridgeman during the course of the evidence had accepted that Cooke was acting under instructions and had been directed by the court to charge the King in the name of the Commons and the people of England.[37] However in his summing up to the Jury he refused to accept that the court was lawful, the prosecutor a valid prosecutor, or that the King could be a defendant. If counsel spoke treason from the bar on his client's instructions he went outside his professional duty.[38] After the jury (selected from those with ultra loyalty to the royalist cause[39]) without retiring to consider their verdict, found Cooke guilty. Later in the day, after the trial for treason of the cleric Hugh Peters had concluded and was to be sentenced with Cooke, Bridgeman asked Cooke if he had anything to say why the court should not pronounce judgement of death upon him. After defects in the indictment against him were raised by Cooke and flatly rejected, he returned to his defence that he had acted professionally only to be met by Bridgeman with *"The profession of a lawyer will not excuse treason – this has been overruled and is overruled again".*[40] Cooke's final submission that it was the High Court of Justice and not him that had passed sentence on the King was also disallowed. He was then condemned to death in public by drawing, hanging and quartering[41] – the deliberately terrible penalty prescribed for treason under the Treason Act 1351 and technically still possible until 1870. The death penalty for treason was abolished in 1998.

What is abundantly clear from the comments of the Lord Chief Baron, and counsel, in trial of John Cooke is that professional duty of counsel to take any brief offered for an appropriate fee and make the best argument for a client's cause irrespective of danger to himself or his reputation could not apply to prosecution of a monarch for treason. However, there does appear to be some acceptance, or at least recognition, amongst them the duty may apply in other matters. As these were not set out, a reasonable interpretation might be that only treason was excluded. Other than their verdict of guilty it is not possible to say to what extent members of the jury, as representatives of a wider public, recognised the existence of such a professional duty or etiquette of counsel.

7. Cases during the Interregnum, Treasons Trial Act 1695 and Charles Talbot

During the Interregnum (1649–1660) George Coney, a merchant in the City of London and hitherto a strong supporter of Oliver Cromwell, refused to pay customs duty levied by the Protectorate, which he maintained had no lawful authority and contrary to Magna Carta. Further he urged others not to do so as well. Goods were seized from Coney who began proceedings against the collector. Cromwell, determined to stop a dangerous precedent, attempted to cajole Coney into proceeding no further. Meeting no success, Cromwell had him imprisoned. Coney instructed Serjeants Maynard and Twysden, with Wadham Wyndham, as their junior, to apply, in the Upper Bench (formerly the King's Bench) for Habeas Corpus, on the basis that both committal to prison and imposition of the customs duty was unlawful. Before judgement could be given all three lawyers were imprisoned in the Tower of London for presuming to question or doubt Protector Cromwell's authority. After apologising profusely for accepting the brief and abandoning George Coney they were released three or four days later, necessitating him to plead for himself when next before the court. Cromwell appears not to have recognised the barrister's professional ethic that they speak on behalf of their clients for their fee and not for themselves – at least in this case. However that elsewhere the three lawyers received criticism for *"unworthily"* choosing to sacrificing their client rather *"than to endure a little restraint with the loss of fees for a few days"* indicates acceptance that cases should be taken by counsel and not subsequently abandoned by them.[42]

[32] State trials, -12 Charles II. 1660.- The Trials of the Regicides, p. 1091.
[33] State trials, -12 Charles II. 1660.- The Trials of the Regicides, p. 1096.
[34] State trials, -12 Charles II. 1660.- The Trials of the Regicides, p. 1102.
[35] State trials, -12 Charles II. 1660.- The Trials of the Regicides, p. 1103.
[36] State trials, -12 Charles II 1660.- The Trials of the Regicides, p. 1105.
[37] State trials, -12 Charles II. 1660.- The Trials of the Regicides, p. 1083.
[38] State trials, -12 Charles II. 1660.- The Trials of the Regicides, p. 1111.
[39] Geoffrey Robinson, *The Tyrannicide Brief*, Vintage Books, 2006, p. 308.
[40] State trials, -12 Charles II. - The Trials of the Regicides, p. 1143.
[41] State trials, -12 Charles II. 1660.- The Trials of the Regicides, p. 1145.
[42] State Trials – Charles II – during the usurpation pp. 936-938. The judges in Coney's case were summoned before Cromwell. When they mentioned Magna Carta and the law the Protector forthrightly replied "their Magna F**** should not control his actions which he knew were for the Safety of the Commonwealth.

Further during the Interregnum, following committal of two people by the High Commission Court to prison, a counsel called Fuller was instructed by them to obtain their release. He moved the court for a writ of Habeas Corpus on the ground the High Commissioners had no power impose such a sentence. Fuller himself was arrested and "lay in goal to the day of his death".[43] Also during this period a suitor lamented "*Serjeant Conyers took a fee of me to move in Chancery and kept it four several days…yet this serjeant just as he came to the bar gave me my fee and ran into court and told me that the Attorney General was against me and he durst not, nor would meddle in the cause; so I was forced to move the commissioners myself".*[44] The cases involving Coney, Fuller and Conyers seem to show that during this period the principle of accepting briefs from all and not associating counsel with the views, conduct and interests of his client was not broadly understood even amongst the legal profession. How widely it was comprehended, at least outside the Bar in politics, in the early 18th Century is questionable if an account in an incomplete letter from the wife of Charles Talbot, a future Lord Chancellor, is in anyway indicative. Talbot had made a promising start to his career at the Bar until he began to accept briefs from those who his Tory patrons disapproved including a Mr Ridpath, a Whig political journalist prosecuted by the government in 1713. *"Publicly avowing his principles by appearing a counsel"* led solicitors to desert him and *"were very active in doing him prejudices"* according to Talbot's wife.[45]

Some years earlier a development of some note occurred when Parliament, aware of fatal miscarriages of justice that had resulted from treason trials, notably the Popish Plot Trials 1678 – 80, in the decade before the Glorious Revolution 1688–89, passed the Treason Trials Act 1695. This permitted defendants help in such trials from counsel to present their cases.[46] The reform was also significant for barristers protecting them from the possibility of prosecution under the widely drafted Treason Act 1351 for assisting those charged and was a recognition that they spoke for their fee and their opinions were not to be taken as those who they were defending.

8. Assigning cases by the courts

Some see the origins the etiquette of accepting briefs from all, regardless of whatever views of the client's case and character, from a time when those appearing as advocates before courts were directly admitted by judges and mediaeval statutes gave courts control over them. In return for admission they were obliged to take cases allocated to them by the court even if they may not have desired to do so[47]. In the courts at Westminster Hall those unable to meet the costs of civil suits could apply to sue in *forma pauperis* on production of a certificate from a counsellor or Justice of the Peace as to good character, worthy cause and slender means. If an application was approved, and this was not uncommon, the court would assign to the litigant an attorney and counsel without a fee. The lawyers selected were by no means the most junior or inexperienced. Contemporary comment, however, suggests for most lawyers that lack of a fee made pauper clients *"as welcome as Lazarus to Dives"*.[48] Assigning cases in this way for those of slender means continued after the Inns of Court became responsible for admitting barristers to practice before the superior common law courts, at the end of the Sixteenth Century, replacing the judges in this role. In the half century that followed the barristers profession grew rapidly and underwent profound structural change.[49] Those who locate the beginnings of the cab rank principle in the assignment of paupers cases by the judges to advocates, as a condition of their rights of audience, are correct in the sense that instructions had to be accepted irrespective of their desire to represent such litigants and what they thought of their causes. However it is submitted that this is far removed from later understandings of the principle built on the basis that a proper fee will be paid and that clients are able to select, through a solicitor, whoever they wish to represent them.

9. Lord Chief Justices and Serjeants of the Common Pleas

From the late Fifteenth to the middle of the Sixteenth century, principles of professional conduct, above and beyond mere honesty, began to be formulated for the bar by the Court of Common Pleas, the main common law court of that time. Serjeants had the monopoly of audience in the Court of Common Pleas. They were the elite of the English Bar. Admission to the Order of Serjeants took place every few years. New serjeants were "created", or "called", usually about six to nine at a time in a ceremony conducted by the judges of the Common Pleas.[50] They took an oath to serve the sovereign's people, gave a sumptuous feast, sometimes attended by the monarch, distributed gold rings with mottoes and were presented with their distinctive hooded robes and a coif – a white silk or linen head covering tied under the chin. During this ceremony the Lord Chief Justice would explain the ethics of the profession and the high

[43] Henry Hallam, *Constitutional History of England*, 1870 Volume I, p. 477. Cited by Black J in a dissenting judgement in the United States Supreme Court. Cohen v. Hurley 366 US117,139n (US Supreme Court).

[44] Wilfred Prest, *The Rise of the Barristers* : A Social History of the English Bar 1590–1640, Clarendon Press, p. 295.

[45] Letter from Charles Talbot's wife cited by David Lemmings, *Gentlemen and Barristers*: *The Inns of Court and the English Bar 1680–1730*, Clarendon Press, 1990, p. 122.

[46] The prohibition, however, remained for the felony cases, greatly far numerous, only began to erode in the 1730 s and was not finally removed until the Prisoners' Counsel Act 1836 - See John Langbein, *The Origins of the Adversary Trial*. Oxford University Press, 2003.

[47] Maree Quinlivan, The Cab Rank Rule: A Reappraisal of the Duty to Accept Clients, *Victoria University of Wellington Law Review*, *28*(1),1998, p. 115.

[48] Wilfred Prest, *The Rise of the Barristers. A Social History of the English Bar 1590–1640*, p. 22.

[49] At the very apex of those practising in the courts, the serjeants considered themselves at least bound in honour to assist paupers. See John Baker, *The Legal Profession and The Common Law. Historical Essays*, Hambledon Press,1986, p. 106.

[50] About one thousand advocates were admitted to the Order of Serjeants in the six centuries following 1300; over half of whom became judges of the superior common law courts – admission to the Order being necessary for appointment.

standards expected of them, often deeply infused with biblical language and not infrequently with references to the classics and history of Rome and Greece. Those recorded during the reign of Henry VIII, 1509–1547, are probably the earliest verbatim texts in the vernacular tongue of any speeches by English judges.[51]

A number of specific principles can be extracted from speeches to the new serjeants during his reign (Alas, it is not possible to find evidence of the extent they were always scrupulously obeyed): to deal with business expeditiously and not to prolong it for gain; to keep clients' business secret; to *'stick with hand, foot and nail'* to the truth, never pretending that a wrong is right; to avoid corruption by money or favour, not merely in deceiving clients but also for instance in pretending to be 'blind' – unable to assist in a worthy cause; to dissuade clients from pursuing unjust causes and to advise them to abandon causes if it appeared that they were in the wrong; to do nothing contrary to good conscience; to assist the poor and oppressed without reward – *"be as glad to tel the poure man the truth of the law for Gode's sake as the riche man for his monye"*;[52] and to give counsel to anyone who should seek it – *"ye shall refuse to take no man undre the protection of your good consell: all partialitye and hatrd layd aside."*[53] This last tenet of assisting all who request counsel and also that of not pretending to be "blind" to worthy causes resembles, a cab rank principle. However it is unclear to what extent this may be undercut, or in conflict with, by dissuasion of clients from pursuing unjust causes and doing nothing against conscience, implying that the strength of case and the character of a client should inform a decision whether to represent him or her or not. Interestingly in neighbouring Scotland the Court of Session, as a Rule of Court, expounded, on May 27th 1532, a much cleared rule, closely resembling later formulations in England, which stated *"No advocate without very good cause shall refuse to act for any person tendering a reasonable fee under pain of deprivation of his office as an advocate".* What is a very good cause was left undefined.[54]

Excerpts from records of speeches from the first half of the Seventeenth Century by Lord Chief Justices of the Court of Common Pleas to new serjeants, also appear relevant. It was the custom in such addresses to relate virtues to specific items of serjeants' court clothes. For instance, concerning acceptance of briefs it was said at Whitefield's Call in 1634 *"Your sleeves wyde, to be easy to have accesse unto, not to have a porter, some young fellow to keepe your door. Your helmet or quoife to shew you that you must have fortitude and courage not to be afraid to speak in your client's case, whomsoever it concerns, soe longe as you speake with modestie and decent fashion as becomes the gravitie of serjant".*[55] In the same year in Weston's Call reference is again made to robes and their significations. Specifically on sleeves it was said *"Open sleeves, to shew they must give free access to all suitors".*[56] What was said in these Calls about easy and free access to suitors provides some evidence of the existence, amongst advocates, of a principle of accepting all briefs sent. It is submitted it adds weight to the principal defence put forward by John Cooke, a barrister and not a serjeant, at his trial in the Old Bailey in 1660, encapsulated in *"but they put it upon me. I cannot avoid it, you see, they put it upon me"* – words, according to John Nutley, a crown witness at his trial, spoken by Cooke shortly after receiving his instructions to prosecute King Charles.[57]

However it is known Sir Mathew Hale, 1609–1676, called to the bar in 1637, jurist, one of the greatest scholars of the history of Common Law, who became Chief Baron of the Exchequer, would not take briefs as a barrister in early practise for what, according to his conscience, were unjust causes and always tried to be on the "right" side of any case. Further he sought to assist the court reach a "just" verdict, whatever his client's concerns[58]. If he later saw a cause he accepted was unjust *"he for a great while would not meddle further in it but to give his advice that it was so; if the parties after that would go on, they were to seek another counsellor, for he would assist none in acts of injustice".*[59]

10. Christopher St Germain's *Doctor and Student* – The influence of conscience

Matthew Hale, of Puritan upbringing and remembered for his belief that *"Christianity is part of the Common Law of England",* may have been influenced by reading as a student Christopher St Germain's *Doctor and Student*. Published in Latin as *Dialogus de fundamentis legum Anglie et de conscientia* in 1518, and translated into English, probably by the author in 1530, with additional chapters, is a study of the relationship between English Common Law and conscience. As the first study of the place of Equity in English Law, it is recognised as setting the terms of later discussion. St Germain was a barrister learned in Common Law, Canon Law, Civil Law as well as philosophy, other liberal sciences and theology (He was a Protestant and in that cause something of a polemicist). In form, the book is a dialogue between a doctor of divinity and a student of laws. According to the former *"Almighty God has set conscience in the midst of every reasonable soul, as a light whereby he may divine and know what he ought to do and what he ought not to do. Wherefore, forasmuch as it*

[51] Assembled and reproduced by John Baker, *The Order of Serjeants at Law*, London, Selden Society, 1984, pp.280-294, who also presents a number beyond this period.
[52] British Library. MS Harley 160. Reproduced in John Baker, *The Order of Serjeants at Law,* London, Selden Society, 1984, p. 292.
[53] British Library. MS Harley 160. Reproduced in John Baker, *The Order of Serjeants at Law*, London, Selden Society, 1984, p. 292.
[54] Lord MacMillan speculates it was exceptional such as if it was sought to compel an advocate to appear against his son or other near relation. Lord MacMillan, *Law and Other Things*, Cambridge University Press, 1938, p. 179.
[55] Whitefield's Call in 1634. Reproduced in John Baker, *The Order of Serjeants at Law*, London, Selden Society, 1984, p. 373.
[56] Weston's Call in 1634. Reproduced in John Baker, The Order of Serjeants at Law, London, Selden Society, 1984, p. 370.
[57] State Trials 12 Charles II, p. 1082.
[58] John Hostettler, *The Red Gown: The Life and Works of Sir Matthew Hale*. Chichester: Barry Rose Law Publishers, 2002, pp.15-16.
[59] Gilbert Burnet (Bishop of Salisbury), *The Life and Death of Sir Matthew Hale Lord Chief of England*,1682, p. 79 (in edition published by Nicholson, London, 1805). Interestingly as a result of further investigation of two cases that were brought to him which seemed poor but were really *"very good and just"* he *"slackened much of his former strictness in cases upon ill circumstances that appeared in them at first."*

behoveth thee to be occupied in such things as pertain to the law, it is necessary that thou ever hold a pure and clean conscience". To St Germain conscience was informed by the law of God and Reason, in essence a reciprocity – do to others as you would hope to be done to you – and the law of the realm should be interpreted accordingly.[60]

In the second part, Dialogue II, the doctor of divinity (really St Germain speaking through him) answers questions from the student about law and conscience in a number of practical instances. The fourth, fifth and sixth questions asked by the student are of particular relevance as they concern whether a man with conscience can represent a party in a dispute.[61] The answer in each case was clearly no as although counsel could plead law conclusively favouring a party it would produce an inequitable result. *"Therefore, he may not, with conscience, be of counsel"*. Until William Blackstone's *Commentaries on the Laws of England*, 1765–69, St Germain's *Doctor and Student* was read as a student primer. Much aided by the clarity of its introduction to common law concepts, the work remained popular until the 19th century in England, colonial America and latterly the United States. Discussion of conscience and law, its original purpose, particularly the over riding importance of conscience in taking or refusing to accept causes, may have contributed to the primacy of conscience amongst attorneys over a cab rank principle in America.[62]

Indeed it is further possible to speculate that in England at the time of the trial of John Cooke in 1660 and beyond there would have been advocates who put conscience above the evolving notion of the cab rank as a rule of etiquette.

11. Tentative conclusions

It can be said with certainty that the cab rank rule – the principle of accepting all briefs in England and Wales, provided they were within their competence, adequately remunerated and did not cause professional embarrassment – became a cornerstone of barristers' practice after Thomas Erskine's defence of Thomas Paine in 1792. With it came more or less public acceptance barristers spoke for their fee on behalf of clients and in doing so did not express their own views. Locating the earlier origins of the rule or principle, and strength of adherence to it, is not helped by rather sparse historical records.

Whilst it is true supportive comments for the principle may be seen, for example by Doctor Johnson in 1791, opposition to Erskine taking Paine's case, and implicitly the principle of professional etiquette under which he acted, came from much of the press and even from within the legal profession. (Whether those who criticised Erskine were opposed to the principle in general or just its application in cases of seditious libel or treason cannot be ascertained.) The slender evidence from the early 18th Century, namely that of the experience of Charles Talbot, points to lack of comprehension of the principle outside the Bar at least amongst the political classes.

The Treason Trials Act 1695 Act was significant in that it gave implied recognition that those who acted for defendants in treason trials spoke for their fee and were not to be taken as holding the views of their clients. In 1660 the principle of accepting all properly remunerated briefs formed a crucial part of John Cooke's defence in his trial. Whilst the judge and counsel were certain it could not apply to prosecuting a monarch for treason, there seems to be at least some recognition it might apply as a rule of professional etiquette in other matters. Just how far this rule was followed by barristers and serjeants is unclear. It is known Sir Mathew Hale would not take briefs as a barrister in early practise which he considered were unjust causes, perhaps influenced by the writings of Christopher St Germain from the previous century. He is unlikely to have been alone. It is not impossible to conceive of two approaches to professional behaviour one willing to take all briefs whilst the other would filter acceptance by conscience. During the Interregnum (1649–1660) and preceding decade or so the cases involving Coney, Fuller and Conyers indicate acceptance of briefs from all and not associating counsel with the views, conduct and interests of his client was not broadly understood by rulers and not followed by some important members of the legal profession, albeit perhaps from fear of the consequences of doing so.

Passages from available speeches made in the 16th and the first half of the 17th century by the Lord Chief Justice of the Court of Common Pleas to new serjeants about the ethics of their profession show concern about assisting all who request counsel. However it is unclear to what extent this professional principle was undercut, or competed with, extracts that urge dissuasion of clients by serjeants from pursuing unjust causes and to do nothing against their consciences, implying that the strength of case and the character of a client should inform a decision whether to represent him or her or not. (This tension between the two contrasts with the Scottish Court of Session in 1532 which unambiguously established a rule close to a modern cab rank rule). Although identifying the precise origins and adherence to a cab rank rule is difficult before Lord Erskine's defence of Thomas Paine, we can say with assurance in the competition between accepting all properly remunerated matters, subject to limited exceptions of professional embarrassment, and that of filtering acceptance of cases by conscience, the former won out in England and Wales and the latter prevailed in the United States.

---

[60] Christopher St Germain, *Doctor and Student. Dialogues between a doctor of divinity and a student in the laws of England.* Revised and corrected by William Muchall, Cincinnati, Robert Clarke & Co 1880, p. 43.

[61] Respectively: IV. *"Whether a man may with conscience be of counsel against him that he knoweth is the heir of right, but he is certified bastard by the ordinary"* V. *"Whether a man may with conscience be of counsel with a man at the common law, knowing that the defendant hath sufficient matter to be discharged in the chancery, that he may not plead at the common law"* VI. *"Whether a man may with conscience be of counsel against the feoffee of trust in an action of trespass that he bringeth against his feoffor of trust for taking the profits"*. Christopher St Germain, *Doctor and Student. Dialogues between a doctor of divinity and a student in the laws of England.* Revised and corrected by William Muchall, Cincinnati, Robert Clarke & Co 1880, pp. 115-122.

[62] Another reason put for the absence of a cab rank rule is that Attorneys in the United States, in contrast to barristers in England and Wales, have always had direct access to their clients, like English and Welsh solicitors, who have never developed a similar rule.

Protection of the Right to Honor and Reputation – A Historical Overview

Lana Bubalo[*], *Šejla Maslo Čerkić*[**]

Abstract

The paper deals with the legal protection of honor and reputation through different historical time-periods. The available bibliography usually considers the issue within a specific time-period, such as the Roman times or the Middle Ages. Therefore, the aim of this paper is to provide a historical overview of the protection of the right to honor and reputation, from its initial recognition and protection within religious texts to the modern laws. In the classification of personality rights by parts of legal theory and international (human rights) documents, including the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), honor and reputation are not expressly recognized, but subsumed under the right to privacy. This paper attempts to show that honor and reputation have throughout history been acknowledged as inherent aspects of humanity and perceived as independent interests worthy of protection.

Keywords: *honor; reputation; religion; privacy; personality rights.*

1. Introduction

The long history of the protection of honor and reputation has its roots in ethics, morals, philosophy and religion. As it is generally accepted that religious rules were antecedents of secular laws,[1] it appears logical that notions of honor, reputation, dignity and integrity have served to separate the man from other living creatures and bring him closer to the divine, also by transplanting these concepts from the religious rules into those created by man.[2]

Honor and reputation have throughout history been important social currency as inclusion and wellbeing in a society depended on them. Similar can be said for modern times, and even if honor and good reputation are no longer a matter of life and death, these legal interests are still very important, as their infringement can affect our self-esteem, employment, work prospects, relationships with family and friends, business partners, and general standing in the society. Protecting honor and reputation as a fundamental right is also instrumental in seeking to establish the truth about a person's character and behavior.[3]

In this paper we will try to present and compare the ways right to honor and reputation has been protected through different periods of history. The roots of this right can be traced back to religious texts, further to notion of *iniuria* in the Roman times, and duels in the middle ages. In the modern times, the media and social networks have made this right more vulnerable, sparking the discussions on the new ways of its protection. The internet has enabled the defamation and insults to reach masses and remain available in cyberspace forever.[4] On the other side, in democratic societies it is crucial to guarantee freedom of expression, which again has to be balanced to the reputational interests that have proven to be so intrinsically human. Is hence honor and reputation still as important as it used to be?

By applying historical method, we seek to explore the origin and development of the idea of protection of honor and reputation, regulation of this right in early religious and histori-

* Dr. Lana Bubalo, Ph.D., associate professor, University of Stavanger School of Business, Norway, email: lana.bubalo@uis.no

** Dr. Šejla Maslo Čerkić, assistant professor, Organization for Security and Co-operation in Europe, Bosnia and Herzegovina, email: Sejla@unmo.ba

1 In the early periods of human history, the mores and laws were not differentiated from the religious norms and were looked upon as being exclusively of divine origin. ROMMEN, H., *The Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy*, trans. HANLEY, T. R., Introduction and Bibliography by Russell Hittinger, Indianapolis Liberty Fund, Indianapolis, 1998, p. 23.

2 On religious foundations of human rights see: DIPTI, P., *The Religious Foundations of Human Rights: A Perspective from the Judeo-Christian Tradition and Hinduism*, 1(1) Microsoft Word - PATEL.doc (nottingham.ac.uk) accessed 2 September 2021.

3 SPIELMANN, D., CARIOULOU M., The Right to Reputation under the European Convention on Human Rights. In: SPIELMANN, D., TSIRLI, M., VOYATZIS, P. (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant / The European Convention on Human Rights, a living instrument, Mélanges én l'honner de Christos L. Rozakis,* Bruxsells, 2011, p. 571.

4 Due to the fact that once published, the information on the internet is very difficult to erase, the individuals are given the right to demand that organizations delete their personal data under certain conditions ('Right of Rectification and Erasure and Right to be Forgotten'). See EU General Data Protection Regulation (GDPR) no. 2016/679, recitals 65 and 66. In addition, a more limited right to erasure was introduced in the EU law in April 2016.

cal legal documents and the importance it has had throughout the evolution of the human society. This analysis can also serve a practical function: to contribute to discussions on whether the right to honor and reputation should form an independent right, or whether these interests fall within the right to privacy. The look into the history shows that honor and reputation were mainly regarded as independent rights, with privacy being only one aspect of this protected legal interest.

The European Court of Human Rights (The Court) protects the right to honor and reputation under the right to privacy in Article 8 of the ECHR, even though this right is not explicitly mentioned in its text,[5,6] which is in line with the dynamic interpretation of the Convention.[7] The Court has in its case law taken two different avenues in protecting such right:[8] the first relies on presumption that the interface with reputation tends to seriously impact private life and as such falls within the scope of Article 8,[9] and the second requires that the interference must be shown to have had a substantial impact on enjoyment of private life.[10]

In other documents, such as the Declaration on the Resolution 428 (1970) containing a declaration on mass communication media and human rights, the right to honor and reputation is explicitly subsumed under the right to privacy.[11]

This subsuming of the honor and reputation under the right of privacy is justified by the fact that the violations of the right to honor and reputation often gets preceded by the violations of the right to privacy.[12] Even though it is undisputed that there is a tendency of approximation of these rights in modern law,[13] they cannot be assimilated, nor is the right to honor and reputation subordinated to the right to privacy.[14]

The following historical overview therefore seeks to show that honor and reputation differ from the right to privacy. Apart from the practical argument that it is possible to infringe the one without necessarily infringing the other, the right to privacy is a modern right[15] that emerged as a result of the development of the media activity in the end of the 19th century, whilst the right to honor and reputation has a long history, as it emerged as an independent right already in Roman law (2 century BC), and with it a long court and life practice and legislation.[16]

Following the introduction, the authors give an overview of the protection of honor and reputation in religious texts, the Roman era, the middle ages, and the modern times. The article ends with remarks on the relationship of right to honor and reputation and right to privacy and new tendencies in modern defamation law. The analysis deals with both criminal and civil aspects of the protection of reputation and honor, showing that violation of these values has enjoyed protection both in private and public law.

2. The importance of honor and reputation then and now

Reputation has always been a practical utility. According to Pitt-Rivers, »honor establishes status, and where status is ascribed by birth, honor derives not only from individual reputation, but from antecedence«.[17] In a premodern society it was the most important principle of human interaction which made people obey the social norms as well as bind the individual to the group.[18] This principle is the strongest in a society with a weak state power, as it enables the regulation of the society without violence and legal monopoly.

As good reputation is in correlation with a person's social standing, as distribution of false information or insulting re-

[5] *Lingens v. Austria* (1986) no. 9815/82, para 38.

[6] According to one group of authors art. 8 of the ECHR protects honor and reputation (VAN DIJK P., et al., *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights,* Kluwer Law International, 5th. ed., Haag, 1998, p. 490; LORENZEN, P. et. al. *Den Europćiske Menneskerettighedskonvention - med kommentarer*, 2. ed., Copenhagen, 2003, p. 380, whilst others such as EGGEN, K., *Ytringsfrihet: Vernet om ytringsfriheten i norsk rett,* Cappelens Forlag, Oslo 2002, p. 741-743 and SMITH, C., *Loven og livet - Foredrag, artikler, taler* Oslo 1996, p. 105 hold the opposite opinion.

[7] *Rotaru v. Romania* (2000) no. 28341/95, para 44.

[8] SPIELMANN and CARIOULOU (n 3), p. 2.

[9] *Gunnarsson v Iceland* (2005) no.4591/04, para 64.

[10] *A. v. Norway* (2009) no. 28070/06.

[11] The right to privacy essentially consists of the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honor and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorized publication of private photographs, protection against misuse of private communications, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially.

[12] PETROVIĆ, Z., MRVIĆ- PETROVIĆ, N., *Naknada nematerijalne štete,* Službeni glasnik, Belgrade, 2012 p. 27.

[13] Azurmendi argues that, on one side, such approximation comes with the growing importance of freedom of expression, and on the other, with emergence of new forms of violation of the right to privacy. AZUMENDI, A., The Decriminalization of Interferences in the Rights to Honor, Personal and Family Privacy and One's Own Image, *Comparative Media Law Journal,* Nr. 8, 2006, p. 10.

[14] Gavella claims that, even though the right to privacy has not yet absorbed the right to honor and reputation, it is not impossible that such absorption will eventually occur. GAVELLA, N., *Osobna prava I dio*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2000, p. 31.

[15] The article The Right to Privacy from 1890 written by Warren and Brandais and published in Harvard Law Review, is often referred to as the first explicit mention of the right to privacy. In this paper right to privacy was defined as »right to be let alone «and was a response to technological developments of the time. WARREN, D. S., BRANDEIS, L.D., The Right to Privacy, *Harvard Law Review*, vol. 4, Nr. 5, 1890, p. 193-220.

[16] In France, courts did not recognize the protection in case of infringement of right to privacy if honor was not violated at the same time. Eventually, the right to privacy was separated from honor, and is today an independent right. The Anglo-American law has through the broad interpretation of the term defamation protected the private life.

[17] PITT-RIVERS, J., Honour and social status In: PERISTIANY, J. G., (ed), *Honor and Shame: The Values of Mediterranean Society*, Weidenfeld and Nicholson, London, 1965, p. 23.

[18] FERRER, M., Ćren og friheten: Forhandlinger om ćre i spansk og norrŕn middelalder, *Historisk tidskrift [online],* http://www.idunn.no vol. 84, Nr. 4, 2005, p. 574.

marks about someone can cause serious damages to an individual's personality interests. In certain periods of history, loss of reputation led to involuntary exclusion from the community and subsequently isolation.[19] Like today, it could lead to loss of employment, partnerships, personal relationships and cause mental suffering of varying intensity. As the quality of human life depends of the quality of social interaction, when this interaction is damaged by insulting and hurtful actions, the entire social co-operation is brought into question.[20]

It is, therefore, logical that these significant human relationships should be subsumed under defined and protected legal categories. Unlike today, when reputation is only of an indirect practical importance, in some historical periods it possessed a specific legal function, as it was possible to invoke one's fame or reputation as proof of honesty in a legal process.[21] It should also be emphasized that reputation as a personality right in modern society is no longer only of importance for individuals, but also for legal persons who regard it as a form of intangible property they vigorously try to build and maintain, i.e. legally protect. The paradox of reputation is reflected in the clear »disproportionality between the enormous psychological and social value that we assign to it and its merely symbolic nature«.[22]

3. The concept of the right to honor and reputation – the issue of terminology and definitions

The right to honor and reputation as a personality right[23] is an abstract concept and is therefore more difficult to define than other types of personality rights such as right to privacy, right to freedom, right to life, right to physical integrity, etc.[24] Even though most people would intuitively know what these rights refer to,[25] and what it means to have them violated, it is sometimes hard to put it into words. The complexity of definition and identification indicates the existence of a complex set of legal problems that are connected to different branches of law and different regulations within those branches.

Honor and reputation are also moral categories, psychological phenomena[26] that are part of a person's psychological integrity and social function.[27] These concepts are often researched in anthropology,[28] philosophy,[29] sociology,[30] literature,[31] history,[32] linguistics[33] and law.[34]

In legal theory, honor and reputation are usually regarded as two aspects of the same, complex, right.[35] According to this dualistic approach,[36] honor is the internal, subjective side of this right and represents the way a person perceives him/herself.

---

[19] Besides *infamia* in Roman law, other legal systems, such as Norwegian (King Christian Vth's law of 1687), had a common sanction – *crestraff* (loss of honor). The person who was guilty of a crime, lost many judicial rights- right to vote, but he could also be expelled from the city. This sanction was eventually abolished in 1849 by the criminal code.

[20] 'Social cooperation is possible only because people speak to each other about each other and thereby constantly making, remaking, and unmaking the social image of everyone involved in the process'. ORIGGI, G., *Reputation-What it is, Why it matters,* Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2018, p. 39.

[21] Ibid. p. 50.

[22] Ibid, p. 7.

[23] 'Personality rights are hybrids, a sort of private human rights. They function as a metaphor for non-bodily aspects of the personality […] The law of delict protects both the 'have and the being of individuals'. BRÜGGEMEIER G., The Protection of Personality Interests in Continental Europe: The Examples of France, Germany and Italy and a European Perspective In WHITTY, N., ZIMMERMAN, R., (eds), *Rights of Personality in Scots Law-A Comparative Perspective*, Dundee University Press, Dundee, 2009, p. 17.

[24] 'Reputation in shrouded in mystery. The reasons it waxes or wanes and the criteria that define it as good or bad often appear fortuitous and arbitrary.' ORIGGI (n 20), p. 7.

[25] Besides the terms honor and reputation, in many cultures one metaphorically speaks of »face«. For example among South Slavs, the word *obraz* (Cyrillic: образ) is used as a traditional expression for honor. (STOIANOVICH, T., *Balkan Worlds: The First and Last Europe*, (M.E. Sharpe, USA, 1994, p. 48–49. In English, 'face' means prestige, honor, respect, dignity, status, reputation, social acceptance, or good name.

[26] BORVIK, B., *The Norwegian Approach to Protection of Personality Rights -With a special emphasis on the protection of honor and reputation,* Fagbokforlaget, Bergen, 2004, p. 11.

[27] RADOLOVIĆ, A., *Pravo ličnosti u Zakonu o obveznim odnosima,* Pravni život, Nr.1, 1989, p. 154.

[28] GIORDANO, C., *Mediterranean honour reconsidered. Anthropological fiction or actual action strategy?*Anthropological Journal on European Cultures vol. 10, 2001, p. 58.

[29] ORIGGI (n 20).

[30] VOSWINKEL., S., Reputation: A Sociological View In: HELM, S., LIEHR-GOBBERS, K., STORCK C. (eds) *Reputation Management. Management for Professionals*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2011.

[31] BJORVAND BJŘRKŘY, A.M, NORHEIM, T., (eds), *Literature And Honour,* Universitetsforlaget, 2017.

[32] DABHOIWALA, F., The Construction of Honour, Reputation and Status in Late Seventeenth - and Early Eighteenth-Century England, *Transactions of the Royal Historical Society,* vol. 6, 1996, p. 213.

[33] MANGARDICH, H., FITNEVA STANKA, A., Gossip, Reputation, and Language In: GIARDINI, F., WITTEK R (eds), *The Oxford handbook of gossip and reputation,* Oxford University Press, New York, 2019.

[34] STIJN, S., *Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human rights in Conflict*, Am. U. Int'l L. Rev. vol. 26, 2010.

[35] Dualistic concept of honor is widely accepted in literature: RADOLOVIĆ (n 27), p. 242; POČUČA, M., *Naknada nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha*, Privredna akademija, Novi Sad, 2008, p. 9; BORVIK (n 26), p. 11. Internal and external notion of honor is also used in legal practice (Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, (2007) AP 1067/06, para 31). Some authors speak of honor in the public and private sense: WATSON C. B., *Shakespeare and the Renaissance concept of honor,* Princton University Press, Princeton N.J, 1960, p. 136. For the German philosopher Schopenhauer honor in an objective sense is other people's opinion of our own value, and subjectively our fear of that opinion. SCHOPENHAUER (1851) cited in: STEWART H. F, *Honor,* The University of Chicago Press, Chicago, 1994, p. 13.

[36] Some authors do not define honor and reputation separately but include both aspects in the wider term *honor* SPECKER (1911), p. 81-82, cited in POČUČA (n 35), p. 10. Pitt - Rivers defines honor as 'the value of a person in his own eyes, but also in the eyes of his society'. See PITT-RIVERS (n 17) p. 21.

Reputation on the other hand is an external, objective element, and represents a person's »good name« or »standing« in the society. Pitt-Rivers speaks of a person's »claim to pride« and the »right to pride«.[37] This notion pertains to the person's right to be respected. One can get insulted both by false statements and value judgements, whilst defamation is only possible if the statements of facts are false and tending to lower a person's standing in the society.

Honor as a feeling of self-worth is usually attributed to human beings, whilst reputation is possessed by legal entities, such as companies, states and international organizations.[38] Another distinction is that the term honor usually has positive connotations, whilst reputation also can be negative, i.e. bad reputation.

These two aspects of the same right are interconnected and often cannot be clearly distinguished.[39] What others think of us has a great impact on our own feeling of self-worth and *vice versa,* damaging someone's right to honor can cause emotional pain[40] and have negative effects on a person's self-esteem and self-formation.[41] Psychologists call these emotions "self-aware", reflexive emotions that depend on social interaction.[42] As Pitt-Rivers puts it: »People extort from others the validation of the image which they cherish of themselves, and the two aspects of honor may be reconciled in those terms«.[43]

In some cultures there is a certain supremacy of reputation, whilst others in contrast emphasize the subjective element of honor.[44] Common law does not make the distinction between honor and reputation and focuses on the reputation,[45] whilst German law is more focused on the protection of honor as a subjective category.

In this terminology overview we should also mention the notion of dignity (lat. *dignitas*-worthiness)[46] which is tantamount to honor and reputation.[47] Even though these concepts cannot be fully equalized,[48] they can hardly be treated separately.[49] Dignity is an abstract concept, often used in constitutions, laws, codices and international conventions.[50] While it can only be defined with great difficulty, its breaches can easily be identified. Dignity is violated when a person is degraded as

[37] *Ibid.,* p. 21.

[38] German legal science developed during national socialism a concept of collective honor and reputation. It presupposes that a human being does not have individual honor and reputation, this right is only recognized to the individual as a part of a group. MĆLAND, H.J., *Ćrekrenkelser,* Bergen, 1986, p. 47. Authors generally agree that when defamatory statements are made against large and unorganized groups (e.g., a statement that all judges are corrupt), all members of the group in question would be able to act as plaintiffs in compensation of damages lawsuit. However, in reality it would be difficult to prove that each individual plaintiff has suffered damages because of the disputed allegations and therefore it is generally perceived that they would not be able to claim damages in such situation. On the other hand, if the group is smaller and more limited and the individuals may be easily identified (e.g., the judges of a municipal court in an identified city), the opinion prevails that they should be able to enjoy the protection of their rights. The relation of the group size and the chances to succeed with the lawsuit stand in inverse correlation: the bigger the group, the lower the chances for group members to succeed with their claims. See: BORVIK (n 26), p. 36; ROLPH, D. A critique of national, uniform, defamation laws, *Torts Law Journal,* vol. 16, Nr. 3, 2008, p. 217; NEU, J., *Sticks and Stones: The Philosophy of Insults*, Oxford University press, New York, 2008, p. 183.

[39] HORVATIĆ, Ž., et al. *Kazneno pravo - posebni dio*, Masmedia, Zagreb, 1999, p. 220.

[40] Biology shows that our body responds to shame as if it were a physical wound, releasing chemical substances that provoke inflammation and raise the level or cortisol. GRUENEWALD (2004) referred in: ORIGGI (n 20) p. 5.

[41] Inseparability of these interests is reflected in the fact that the opinion of others is an important factor in building confidence and perception of oneself. A person that has a positive view of oneself will be able to establish and maintain social contacts more comfortably, i.e., gain respect and valuation of others. BORVIK (n 26), p. 12. On the other hand, damage to one's reputation can affect a person's feeling of inner pride and self-respect. International conventions, such as the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights also make the distinction between honor and reputation (art. 17). On the other hand, these two concepts are in fact separate personal interests and can each on their own constitute the basis for non-material damage claim. Namely, a person can have respect in the society, without having honor. *Vice versa*, a person can have honor without having reputation if he is unknown in a society or because he or she is wrongfully accused of an act capable of lowering his or her reputation. STEINBERG, R. A., Defamation, Privacy and the First Amendment, *Duke Law Journal,* vol. 5, 1976, p. 1305.

[42] ELSTER J., *The Alchemies of the mind*, Cambridge University Press, New York, 1999.

[43] PITT-RIVERS (n 17), p. 22.

[44] KIM YOUNG-HOON, K., DOV, C., AU, W.T., The jury and abjury of my peers: The self in face and dignity cultures, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 98, Nr. 6, p. 916.

[45] PITT-RIVERS (n 17), p. 39.

[46] HARPER, D., *Online Etymology Dictionary,* 2014, dignitas | Search Online Etymology Dictionary (etymonline.com) last accessed 11 February 2021.

[47] The concept of dignity is sometimes used in a very wide sense, as to include the whole personality. In Germany, the general personality right is derived from human dignity contained in art. 1 (1) of the Constitution: 'Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.'

[48] Some authors claim that honor and reputation are only components of the right to dignity (UNGUREANU, O., 'Dreptul la onoare şi dreptul la demnitate. In Statul şi dreptul – Mutaţii instituţionale contemporane', (2006) vol. I Sibiu: Universităţii „Lucian Blaga" Publishing 9-19 referred to in: SAVA LAURA, A., BUŞOIU NICHITA, I., The Right to Honour, Reputation and Image of the Natural and Legal Person in Post-Communist Romania, *RSP,* Nr. 47, 2015, p. 198. See also *Rosenblatt v. Boer*, 383 U.S 75, 92 (1966) (Stewart J., concurring). 'The right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being - a concept at the root of any decent system or ordered liberty.'

[49] GAVELLA (n 14), p. 221.

[50] For example, Universal Declaration of Human Rights refers to human dignity in five places (in the preamble twice, in art.1, art. 22 and art. 23). See also the Charter of Fundamental Rights of the European Union (art. II-61), and art.1 of the Council of Europe's Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine from 1997. which states: 'Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine.' The protection of dignity is contained in constitutions of several countries: Hungary, (art. 54 (1)), Finland (art. 1), Romania (art. 1), Ireland (preamble), etc.

a human being, independent of the self-perception or perception of others.[51] Dignity is a right of a lower threshold than honor, and implies a minimum of respect reserved for every human being.[52] The protection of reputation, honor and dignity is strongly connected as far as freedom of speech is concerned, and in most instances they cannot actually be separated from each other.[53]

Finally, the concept of integrity, understood as a set of values closely related to honesty, soundness of moral character, decency and innocence is often used to contribute to the discussions on the scope and the limits of protection of honor and reputation. If we understand these elements to constitute a valued personal quality, any violation of this conceptualized sense of completeness that integrity implies would result in the breach of the protected right to honor and reputation.

Another right protecting somewhat similar legal interests is the right to personal identity which protects individuals against untrue, but not defamatory statements. This paper will not elaborate further on this right as it falls outside the scope of this analysis.

4. Protection of honor and reputation in a historical perspective

4.1 Protection of honor and reputation in religious texts

Within the set of moral rules from the times of myths and animism, the forerunners of contemporary religious systems, the condemnation of lying, insult and defamation occupies an important place. One of the first religious rules relating to honor and reputation stems from Zoroaster (1500 BC). The »holly trinity« or the basic moral principles that guide the life of a Zoroastrian are: good thoughts, good words and good deeds. On the opposite side, there is a »trinity of evil«: evil thoughts, evil words and evil deeds. Defamation and gossip are indefensible sins.[54] Those who have evil thoughts or lie to harm others in Zoroastrianism are bound for hell.[55]

The Jewish take on honor and reputation can be studied based on the content of Talmud and Tora. Talmud calls for the respect of other person's honor by stating: »*Thy fellowman's honor must be as dear to thee as thine own*«.[56] Torah (which the Greeks translated as nomos or "law") names four ways in which other person's name can be defamed: *Lashon hara* (literally: evil tongue) is insult in today's sense of the word and is considered a gravely sinful act. The rabbis have sometimes declared it worse than the three cardinal sins of murder, immorality, and idolatry.[57] Both the teller of and the listener[58] to *Lashon hara* are guilty of transgression, even if the person spoken about is present.[59] *Avak Lashon hara* is similar, but not identical to *Lashon hara*. It refers to speech which incites the speaking of actual *Lashon Hara. Motzzi Shem Ra* corresponds to the modern notion of defamation, and is always forbidden, i.e. there are no exceptions which would justify conveying lies about someone. The fourth type is *Rehilut* – talebearing.

The Bible also emphasizes the importance of honor and reputation for an individual, stating that these are worth more than money and other material goods: »*Choose a good reputation over great riches; being held in high esteem is better than silver or gold.*«[60,61]

According to the doctrine of the Catholic Church, the man has a dignity, which is not autochthonic, but derived: the man acquires it from his affinity with divinity, from the belief that man was created in God's image.[62] This is why defamation and gossip are grave sins.[63] In the Old Testament, the poisonous tongue is compared to a weapon: »*Hide me from that gang of evil people. They sharpen their tongues to use like swords. They aim their poisonous words like arrows.*«[64]

The New Testament warns that people will answer for all their words uttered on their Judgement day: »*But I tell you that everyone will have to give account on the Day of Judgment for every empty word they have spoken. For by your words you will be acquitted, and by your words you will be condemned*.«[65] Furthermore, one of the Ten commandments reads: »*Thou shalt not bear false witness against thy neighbor*«.[66] Hence, Christians are not allowed to speak falsely, and this prohibition is equalized with violence, hatred, and bloodshed.

Honor (*'ird*) holds a very important place within the Islamic principle of *maslaha*, the concept of the jurisprudence which may be translated as »preventing harm« or »benefit« for individuals and the society as a whole. Even though there is no consensus among Islamic scholars on whether honor should be included in the list of essential values the protection of which is

---

[51] ANDREJEVIĆ, S., MILUTINOVIĆ, LJ., PETROVIĆ, Z., Naknada nematerijalne štete: Nove tendencije In: VUKADINOVIĆ, R. (ed), *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima -de lege lata i de lege ferenda,* GTZ Belgrade, 2009, p. 104.
[52] RADOLOVIĆ, A., *Pravo ličnosti u Zakonu o obveznim odnosima*, Doctoral dissertation, Zagreb, 1980, p. 242.
[53] KOLTAY, A., Elements of Protecting the Reputation of Public Figures in European Legal Systems*, ELTE Law Journal,* Nr.1, 2013, p. 73.
[54] ZARATUSTRA, *O prirodi dobra i zla* (trans. DRAMIĆANIN, A., Metaphysica, Belgrade, 2004, p. 94.
[55] OBRADOVIĆ, Đ., Temelji etike savremenih medija u religijama starog svijeta, *Medijski dijalozi*, Nr. 1 2008, p. 181.
[56] Tractate Avot, chapter 2.
[57] DORFF, E. N., CRANE, J., K. (eds), *The Oxford Handbook of Jewish Ethics and Morality,* Oxford University press, New York, 2013, p. 438.
[58] As pointed out: Without ears that are willing to hear, the bad words would never be spoken.
[59] *Leshon Ha-ra* In*:* WERBLOWSKY R. J. Z., WIGODER, G., (eds) *The Encyclopedia of the Jewish Religion,* Phoenix House, London, 1986.
[60] Holy Bible, Proverbs 22:1.
[61] For a discussion on honor and shame as found in the Bible, please see: PILCH, J.J., *Introducing the Cultural Context of the Old Testament. Hear the Word*, vol. 1, Paulist Press, New York, 1991.
[62] KUNIČIĆ, J., *Katolička sociologija*, Nadbiskupsko bogoslovno sjemenište, Zagreb, 1991, p. 13.
[63] See: Exodus 23:1-7, Jak. 4:11, 1. Peter. 3.10, Collossians 3:8, etc.
[64] Psalm 64:3.
[65] Matthew, 12:36-37.
[66] Exodus 20:1–17.

critical for the fulfillment of *maslaha*, there is no disagreement that the law protects honor, as is manifest in God's ruling to prohibit slander (*qadhf*).[67]

Islam explicitly bans violation of someone's honor either by words or acts. The moral function of fasting during the month of Ramadan is particularly reflected in the fact that one shall, besides food and drinks, also abstain from anger, cursing, defamation, gossip and similar faults, and to forgive and do good deeds, reconcile, etc.[68]

There are many *ayats* and *hadiths* that reference to the harm and hurtfulness of this sin.[69] Kur'an envisages a harsh punishment for defamers, but also a possibility of redemption.[70] It does not mention a concrete sanction, but says: »*Woe to every scorner and mocker…!*«[71]

The duties set forth by the Buddhist ethical system can be divided into two groups, monk's and layman's duties. The following five precepts, which constitute the basic code of ethics for lay followers of Buddhism, apply (these appertain also to monks); commitments to abstain from killing, stealing, sexual misconduct, lying and intoxication. The duties of monks are more numerous and stricter. They involve, among others duties, the duty to refrain from false speech.[72]

Even though Hinduism does not have a general and unique set of moral rules, it is from the belief in reincarnation we can conclude that Hinduism requires that its followers have high moral standards, and that insult and defamation are therefore strictly forbidden. Chanakya Pandet (also known as Kautylia), who wrote Chanakya Niti preserved in Sanskrit from 300 BC and based on Hinduism, among many ethical rules, also mentions the duty to tell the truth in everyday and public speech. He explicitly condemns insulting others, and defines defamation as the greatest sin. He states: »*Of birds it is crow who is Caandaala (wicked), of animals it is dog, of sages it is fiery one, of all it is the one who defames*«.[73]

Religious construction of concepts of honor and reputation shows that their protection has been placed in line with values such as life and liberty. The significance of words that may somehow harm other people is equalized with the significance of God's words that define the rules within the society. If God's words are important, the words of humans should carry a similar weight and responsibility when it comes to defining relations among themselves. Moral concepts such as honor in the absence of legal norms served to establish connections between people and were a sign of belonging. Severe punishments, either real, or those envisaged for the afterlife, are there to prevent potential disruptions in those relations between people which all religions value so highly.

4.2 Protection of honor and reputation in early history

The great civilizations of the early history built upon religious notions and protection of reputation and honor, providing draconian sanctions, for those who violated the protected values. The Code of Hammurabi, dated to about 1754 BC, prescribes the following: »*If anyone ›point the finger‹ (slander) at a sister of a god or the wife of any one, and cannot prove it, this man shall be taken before the judges and his brow shall be marked*« (by cutting the skin, or perhaps hair).[74]

Notions of honor and dishonor were among the foundational principles of the Greek societies closely connected to the concept of citizenship. *Atimia*, translated as dishonor, degradation and deprivation of civic rights, was often listed among the serious penalties for the wrongdoers in a very broad sense of the word. It took many forms, which all had a purpose of disgracing or putting blame on a person. This »institutionalized« dishonoring was usually inflicted for socially and morally »unacceptable« behaviors such as celibacy or failure to procreate, but also insolvency and military offences.[75,76]

On the other hand, and when compared to contemporary laws, a delict called *hybris* provided broader protection to honor and reputation.[77] The essence of *hybris* was the deliberate infliction of dishonor and shame upon others.[78] In Athens it was believed that *hybris* did not only threaten the individual whom it was directed towards, but also the whole order of the polis. There is a well-known feud from this period between De-

---

[67] OPWIS, F., *Maslaha and the Purpose of the Law*, In: Peters, R., Reinhard, A.K.,(eds), Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century, Studies in Islamic Law and Society, vol. 31, 2010, Brill, Leiden, p. 157-158; KARČIĆ, F., *Studije o šerijatskom pravu i intitucijama*, 2. edn, IC El-Kalem, Sarajevo, 2011, p. 13.

[68] PAVIČEVIĆ, V., *Sociologija religije*, Beogradski izdavački grafički zavod, Belgrade, 1988, p. 294.

[69] For example: Surah Al Ahzab (The Confederates) Ayat 58.

[70] 'And whoever does a wrong or wrongs himself but then seeks forgiveness of Allah will find Allah Forgiving and Merciful' (Qur'an 4:110).

[71] Surah Al- Humazah (104).

[72] OLDENBERG (1921) p. 334, referenced in: PAVIČEVIĆ (n 68), p. 228.

[73] DRAMIČANIN, A., (ed), *Čanakja Spis o moralu*, Metaphysica, Belgrade, 2004, p. 38.

[74] Code of Hammurabi § 127, translated by KING, 1910, available at: https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp, last accessed 4 September 2021. Some authors, such as Andrijev translate § 202 of Code of Hammurabi as: 'if someone *insults* a free man, in particular a man higher in rank than him, he shall receive sixty blows by a whip', and the rule in § 205 as: 'if the slave of a freed man insults a free man, his ear shall be cut off' (emphasis added). See ANDRIJEV, I. V., *Istorija starog istoka*, Edicija, Belgrade, 2009, p. 69. In other translations, such as the one by King (n 74) the § 202 and § 205 are related to physical force: 'If any one strike the body of a man higher in rank than he, he shall receive sixty blows with an ox-whip in public. If the slave of a freed man *strike the body* of a freed man, his ear shall be cut off.' (emphasis added).

[75] HUNTER, V., Institutionalizing Dishonor in Plato's 'Laws', *The Classical Quarterly*, New Series, vol. 61, Nr.1. 2011, p. 142.

[76] On the evolution of *atimia* as a legal penalty from its archaic to classical forms, see: MANVILLE, B., Solon's Law of Stasis and Atimia in Archaic Athens, *Transactions of the American Philological Association*, vol. 110, 1980, p. 221.

[77] More about *hybris* in: AVRAMOVIĆ, S., Hybris u antičkoj Atini - pravni aspekti i savremeni izazovi, *Zbornik matice srpske za klasične studije,* Nr. 10, 2008, p. 233.

[78] FISHER, N., *Hybris: A study in the values of honor and shame in Ancient Greece*, Aris & Phillips, Warminster 1992.

mosthenes, a prominent Athenian statesman and orator and Meidias, a wealthy Athenian. Meidias had slapped young Demosthenes in the theater during a festivity in honor of Dionis.[79] This shows that gestures would be as provoking and damaging as words. In a judicial speech Demosthenes wrote in 347 BC, *Against Meidias,*[80] he accused Meidias of *hybris*, but the accusations were dropped probably as a result of a settlement.[81] Romans were quite harsh when it comes to sentencing for violation of honor and reputation, to be elaborated further in the next part.

Moving further to the north, in the old Russian tradition the rule was that a man who hit another with the handle or case of the sword, had to pay 12 silver coins, as this act was considered a symbolic insult.[82] The old laws of Iceland contained the rule that a man who is accused of being a coward is entitled to kill the one who makes such an accusation.[83] In 9th century England, King Alfred the Great legislated that defamers should have their tongues cut out.[84]

In the Nørron culture of Norway and Iceland (800-1350 AD) honor played an essential role in the society. It was the main principle of human interaction and cooperation, and made people obey social norms.[85]

Eventually, physical sanction for infringement of honor and reputation was replaced by the property sanction to a great extent, and determining liability became much more complex.

4.3 Protection of honor and reputation in the Roman law

Even though Roman law did not recognize personality rights in the modern sense of the word,[86] it did introduce the idea that violating a person's body, health and honor represents a violation of rules and leads to liability.[87] Personality was protected only indirectly, through the delictual action. Delictual violation of honor and reputation was referred to as *iniuria* (*in* - no + *isu* - what is not approved, injustice, insult). There is no common stance in theory of legal history on the nature and the development of this delict which Zimmerman describes as »a complex and intriguing concept«.[88] Its beginnings can, however, be traced as far back as the era of the Law of Twelve Tables from which the Roman law of delict evolved.

The Law of Twelve Tables[89] contains the first written rule relating to personality right protection and compensation for bodily and non-material damages.[90] In Table VIII (4) the law explicitly mentions *iniuria*, but does not provide a description of what constitutes this delict nor what consequences of committing such a delict were. There are therefore different opinions in legal theory of what this concept entailed. On one side, there are those who believe that *iniuria* referred to unlawfulness in general, i.e. a constitutive element of every delict from which the particular delicts later developed.[91] Others equalize

[79] KATANČEVIĆ, A., Inuria alteri facta pretklasičnog rimskog prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol 58, Nr. 1, 2010, p. 293.

[80] MACDOWELL D. M., *Demosthenes: Against Meidias* (Oration 21), edited with Introduction, Translation, and Commentary, Clarendon Press, Oxford, 1990.

[81] Some authors argue that Demosthenes dropped accusations for political reasons. WEIL H., *Biography of Demothenes in "Demosthenes' Orations" Papyros,* Libraire Hachette, Paris, 1883, p. 28 https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=wu.89045959210&view=1up&seq=997 last accessed 4 September 2021; whilst others claim he proposed only a monetary fine, perhaps because he assumed that he would be unable to persuade the jurors to condemn Meidias to death. See HARRIS M. E., Demosthenes' speech against Meidias, *Harvard Studies in Classical Philology*, vol. 92, 1989, p. 118.

[82] KALOĐERA, M., *Naknada neimovinske štete - Rasprava iz komparativnog prava*, Zagreb, 1941, p. 17.

[83] VAN VECHTEN, V., The History and Theory of the Law of Defamation, *Columbia Law Review* vol. 3, Nr. 81903, p. 548.

[84] CRONE G. T., *Law and the Media - an Everyday Guide for Professionals*, Heinemann Professional Publishing, Oxford, 1989, p. 1.

[85] FERRER (n 18), p. 573.

[86] The origin and development of personality rights is connected to the bourgeois state and the social relations that existed within it. Only when a man became formally free and equal, when the society freed itself from the benefits and privileges, the conditions for formation of human rights, until then unknown to civil law, were fulfilled. KRNETA, S. Pitanje mjesta ličnih prava u sistemu građanskog prava In: KRNETA, S. (ed.), *Odabrane teme privatnog prava,* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, p. 110.

[87] RADOLOVIĆ (n 52), p. 64. According to etymological research, Romans were not familiar with the concept of liability for damages, as the word for liability in European languages first appears in the end of 1800 s. This however does not mean that there was no liability for damages in Roman law, and that the damages could not have been recovered. KLARIĆ, P., *Odštetno pravo: uporedopravna studija odabranih pojmova i instituta*, Narodne novine, Zagreb, 1995, p. 5. It is however unclear whether Roman law provided for damages for infringement of ideal interests. Some scholars believe that the idea of non-material damages had a solid foundation in Roman law and that its practical realization constantly evolved. ANTIĆ, O., *Obligaciono pravo*, 2. edn, Službeni glasnik, Belgrade, p. 455. Others claim that Roman lawyers did not acknowledge that injuries to a person could be compensated with money. RADOLOVIĆ (n 52), p. 63. The third group of scholars finds that Roman law had set the foundations to non-material damage, even though one cannot speak of non-material damages in terms of civil law, but more as a punitive measure for the tort-feasor who violated the right of another. See POČUČA (n 35), p. 3.

[88] ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilan Tradition*, Clarendon Press, 1996, p. 1050.

[89] *Lex duodecim tabularum*, 451- 449 Bc.

[90] Two of the delicts in The Law of Twelve Tables had the character of private delicts: one protected personality (*iniuria*), and the other property (*furtum*). STANOJEVIĆ, O., *Rimsko parvo,* Pravni fakultet Univerziteta, Srpsko Sarajevo, 2000, p. 333.

[91] *Iniuria* was from the early times a form of unlawfulness. It therefore represents *pre-crimen*. VUJOVIĆ, O., Iniuria kao delikt, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LIX 2, 2011, p. 378. Table VIII contains a very general definition of *iniuria* and does not specify the modes of its infliction. This rulebook perhaps contains inceptions, but only inceptions of this delict. VUJOVIĆ, O., Iniuria i tjelesne povrede u zakonu 12 tablica, *Zbornik radova Pravnog fakulteta,* Novi Sad, vol. 45, Nr. 1, 2011, p. 421. See also: BUJUKLIĆ, Ž., *Forum Romanum, Rimska država, pravo, religija i mitovi,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Belgrade, 2010, p. 382 or DANUBE D., Societas as a Consensual Contract, *Cambridge Law Journal*, vol. 6, Nr. 3, 1938, p. 381-403.

iniuria and insult,[92] whilst majority believe that *iniuria* originally did not include infringement of honor and reputation, but was rather a slight physical injury (attack on human body that does not result in broken bones or severe disabilities), and into which insult was eventually incorporated.[93,94] As civilization progressed, honor and reputation became more important in the Roman Empire and people became more sensitive to infringements of these personal interests. It is believed that Law of Twelve Tables provided specific actions and sanctions for all three types of *iniuria* (*membrum ruptum*-mutilation of a limb, *os fractum* -»breaking of a bone« and *iniuria* in a narrow sense).[95] These actions were eventually merged into a single action called *actio iniuriarum*. In this period *animus iniurandi* was not required, so *iniuria* existed even when damage was inflicted without intention.

In Praetorian law, in the second half of period of republic, *iniuria* underwent big changes compared to its nature and content in the Twelve Tables Law. Severe bodily injuries were moved from *iniuria* into the category of *delicta publica*, and bodily injuries to slaves were transferred to category of wrongful damage to property (*damnum iniuria datum*).[96] The first prateor's edict[97] (*edictum de iniuriis aestimandis*), dated to the end of 3rd and beginning of 2nd century BC, marked the beginning of a long and complex process of expanding the concept of *iniuria* to non-bodily injuries, i.e. various verbal and non-verbal, direct and indirect infringements to honor and reputation.[98] Specifically, it penalized any conduct in which contumely (*contumelia*) was involved.[99] Praetor replaced the old action of the Twelve Table Law with a new *Actio iniuriarum aestimatoria*. Roman citizens who had their personality violated had the right to demand monetary compensation from the wrongdoer, estimated within the discretion of the *iudex,*[100] dependent on the severity of each individual case and equity- *in aequum et bonum concepta.*[101] The action was penal in nature. Owing to this evolution, the character of the delict was now reformed to represent an attack on morals, instead of a physical integrity.[102] Praetor requested that the claimant precisely define the act he found insulting, so he could make an estimation and qualify it as legally relevant *iniuria* which bound the judge in deciding on *iniuriarum aestimatoria*.[103] The claimant was allowed to state before the *iudex* his estimate of the *iniuria* inflicted upon him, and vow on it, but the *iudex* was not bound by the victim's pledge. An important element of *iniuria* became *animus iniurandi*- the intent to damage honor and reputation of another. This was why this delict could not be committed by persons who were not conscious of consequences of their acts (i.e. minors, mentally ill). They could be victims of *iniuria,* but could not conduct an act of *iniuria*

[92] According to Katančević, *iniuria* in Law of Twelve Tables was known to us today as damage to honor. »Apart from other delicts, Law of Twelve Tables provided for the civil law delict of *iniuria alteri facta*. Given that the Greek law knew of a similar delict called *hybris* which protected honor, it is also logical that Roman law also had a legal concept for protection of this personal interest. KATANČEVIĆ (n 79), p. 293. Kalođera claims that not every infringement of other's right was *iniuria*, only the act done in an insulting, frivolous or contemptuous manner. It would therefore be more correct to define *iniuria* as disparage, and not as infringement of rights. KALOĐERA, M., *Naknada neimovinske štete - Rasprava iz komparativnog prava*, Zagreb, 1941, p. 107. Keller finds *iniuria* to be an infringement to all other rights, but a person's property. He concludes that the whole of Roman private law evolves partly around property and partly around honor. Honor encompasses all the human attributes that cannot be classified as property rights, but still enjoy the protection of the state (KELLER, F.L., *Pandekten*, § 376, cited in: VON JHERING, R., *Actio Injuriarum, Des Lésions Injurieuses En Droit Romain, [Et En Droit Français],* Liebrairie Marescq Ainé, Paris, 1888, p. 20.

[93] RADOLOVIĆ (n 52), p. 62; PETROVIĆ, Z., M. *Naknada nematerijalne štete zbog povrede fizičkog integriteta ličnosti,* Službeni list SR BiH, Sarajevo, 1990, p. 39; POČUČA (n 35), p. 3; MORAIT, B., Zakon o obligacionim odnosima i zaštita prava ličnosti, *Pravna riječ,* Nr. 16, 2008, p. 137; JARAMAZ – RESKUŠIĆ, I., PAVIČIĆ, M., Iniuria u Rimskom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 18, Nr. 1, 2011, p. 223.

[94] The Twelve Tables mention *malum carmen* (magical incantation, probably with a purpose of witchcrafting) and *occenatio* (cursing, calling upon evil forces) - public crimes that entailed a form of a 'verbal wrongdoing' punishable by death. However, these verbal wrongdoings were always aimed at achieving physical harm to the victim.

[95] *Membrum ruptum* (bodily injury) was sanctioned by talion, and for *os fractum* (bone fracture) and *iniuria* the sanction was not talion but duty of compensation. VUJOVIĆ (n 91), p. 414. For *iniuria* the fine was 25 as. 25 as had the value of about 8.175 grams of copper, then a very valued metal, or ¼ oxen or 2,5 sheep. In other words, it constituted $^{1}/_{12}$ of fine prescribed for *os fractum.*

[96] POČUČA (n 35), p. 4.

[97] Praetorian edict in Roman law was an annual declaration of principles enacted by the new Praetor. Through Edicts, Praetor supplemented, explained and developed *ius civile*. Even though Praetor, as a judicial republic magistrate *cum imperio*, was not a legislator, and could not produce new formal legal rules through an edict, he practically created them by granting adequate, new forms of legal protection. The edicts came to form a corpus of precedents that in time brought Roman law closer to the needs of the everchanging society, economy and life, enabling the praetor's *ius honorarium*, based on the principles of equity (*aequitas*) and *bona fides*, to prevail over the formal and conservative *ius civile*.

[98] JARAMAZ – RESKUŠIĆ, I., Iniuria u pretklasičnom rimskom pravu: Pojam i zaštita, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu,* vol. 61, Nr. 2, 2011, p. 570.

[99] *Contumelia* means 'scratching' or 'deriding' (ULPIAN, D. 47. 10. 1 pr.). It covered any affront to another's reputation, honor, and good name. Every contumely was inflicted on the person and could be perpetrated either by acts (e.g., assault) or by words (e.g., insult). It could be inflicted on someone personally (e.g., an abusive letter seen only by the victim) or through others (e.g., when the affront was to one's children or when the corpse of a departed person to whom one was heir was treated insolently). DOMINGO OSLE, R., *The Roman Law of Delicts. An Overview,* vol. 13, 2017, available at: https://ssrn.com/abstract=2989077 last accessed: 22 November 2021,

[100] Because of inflation, a lump-sum (25 as) was eventually replaced with a compensation determined by the judge, who was not bound by strict *ius civile,* which made this process more informal, summative, and faster than regular court proceedings.

[101] MATIJEVIĆ, B., Institut naknade nematerijalne štete, *Svijet osiguranja,* Nr. 2, 2004, p. 52.

[102] Furthermore, during the period of the Republic, it was additionally expanded through jurisprudential interpretation that it came to include all acts of disrespect or belittling such as intentional emission of smoke to neighbour's property, disposing garbage on his land, etc. BUJUKLIĆ (n 91), p. 383.

[103] JARAMAZ – RESKUŠIĆ (n 98), p. 563.

themselves.[104] Furthermore, as the action was penal in nature, it was cumulative against joint wrongdoers. It was not only passively nontransferable, but also actively so, which meant that if the victim died, the heirs could not bring action, owing to the strictly personal character of the outrage.[105]

During its evolution, *actio iniuraria* retained one important characteristic; it was aimed at a certain amount of money which was supposed to provide claimant compensation for the inflicted injury, and it was independent of the existence of the material damages.[106] Even though Roman law did not differentiate between insult and defamation as all damages to honor and reputation were a form of *iniuria,*[107] *actio iniuraria* was used more for an intentional and unfounded infringement of another person's feelings than a damage to a public reputation.[108]

As social life in Rome was to a large extent happening in public places, streets were particularly suitable areas for *iniuria* to occur.[109] *Iniuria* also included public insults, loud shouting in public (*vociferatio*), intrusion in one's home that had an insulting character or singing something detrimental about another's honor by several people.[110] These particular cases of honor and reputation infringement were covered by three special edicts.[111] There were also additonal edicts with which praetors regulated *iniuria* inflicted upon *alieni iuris*.[112] Worth mentioning is the *De contrario iniuriarum iudicio,* an edict which contained rules on *iniuria* suffered by a person wrongfully sued with *actio iniuriarum aestimatoria.* More precisely, the praetor would give a counterclaim (*iudicium contrarium*) to the accused aquitted against the wrongdoer and a 1/10th of the damage he claimed for alleged *iniuria.*

Digeste explicitly declared that *iniuria* was a grave insult. In Iustinian's Institutions, one of the aggravating circumstances (*atrox iniuria*) was the place where *iniuria* was committed - for example in the streets or in the theatre.[113] Imperial legislation established another form of *iniuria - libellus famosis*, writings, prints and pictures tending to defame private persons. *Libellus famosis* was regarded as particularly dangerous, because of the public and offensive manner of their publication (they were usually scattered in the streets).[114]

A law mentioned by Ulpian[115] prescribed that the author of *libellus famosis* would be deemed intestable. Later the death penalty was imposed not only for the author, but also for those who were in possession of *libellus famosis*, or who did not destroy these writings as soon as they came into their possession.[116]

Despite the fact that initiating legal proceedings was transferred from individual to state organs in postclassical period, the victim could choose between a private law action with which they demanded a certain amount of money and a criminal action demanding the sanction for the perpetrator (usually when the perpetrator was poor). In both cases, an accessary sanction

[104] Negligent acts or accidents did not produce injury, although a mistake regarding the identity of the victim did not exclude liability for outrage. For instance, Titius perpetrated an insult against Caius, thinking that he really was Sempronius, but what really mattered was that Titius had insulted Caius (PAUL, D. 47. 10. 18.3). As cited in DOMINGO (n 99), p. 13.

[105] GAIUS 4.112, as cited in DOMINGO (n 99), p. 14.

[106] KALOĐERA (n 92), p. 105.

[107] ŽIVANOVIĆ, T., *O uvredi i kleveti*, Geca Kon, Belgrade, 1927, p. 119.

[108] OBRADOVIĆ (n 55), p. 179.

[109] HARTNETT, J., *The Roman Street: Urban Life and Society in Pompeii, Herculaneum, and Rome,* Cambridge University Press, New York, 2017, p. 98.

[110] STANOJEVIĆ (n 90), p. 333.

[111] The first Edict - *Edictum de convicio* declared that public insults delivered *adversus bonos mores* were actionable. *Iniuria* therefore included a non-bodily injury which could be identified with defamation in modern terms. In the second Edict (*edictum de adtemptata pudicitia)*, the protection was given to the most vulnerable parts of the Roman society. It protected the virtue of the mother of the family (*mater familias*), underaged young man (*praetextato*) and underaged young woman (*praetextata*) from insulting attacks (*pudicitiam adtemptare*), which consisted of either violent abduction of their shaperones, who were mandatory in public, or in calling out (not shouting as in *convicium*) seductive or rude suggestions (*appellare*) or persistently following their shaperones. Given that the ways to violate a person's honor became more and more varied, praetor introduced a third Edict (*ne quid infamandi causa fiat)*, which prohibited - with a possibility of praetor's own investigation of existence of legally relevant *iniuria*- acts that brought another person into contempt or hatred. The oldest example of the prohibited act under this Edict is the case of a mortager who - knowing that the debt did not exist- announces the sale of property as mortgage (*proscriptio*) with an intent (*infamandi causa*) to create an impression of insolvency of the debitor. JARAMAZ-RESKUŠIĆ/PAVIČEVIĆ (n 93), p. 230-232. Ulpian describes a case where individuals offered to influence the outcome of legal proceedings, thereby causing the disrepute of the judge (ULPIAN D 47,10,15, 30).

[112] In case someone wronged the members of the household, it was the *pater familias* who brought action. Husband could sue for the violation of his wife's honor, and father for the violation of their children's honor. If a women was insulted, three kinds of actions were possible; her own, her father's and her husband's - or even husband's father's. (WALDEN, R., *Insult Laws: An Insult to Press Freedom*, World Press Freedom Comittee, 2000, p. 8). The action could be brought also by a person *alieni iuris* if *the pater familias* was absent. BUJUKLIĆ (n 91), p. 383. A slave did not enjoy the protection of honor and reputation in Roman law. A slave was considered an object (asset), and through him, indirectly, his master's honor could be violated. Therefore, the *pater familias* could bring action if *iniuria* was inflicted upon his slave. (ULPIAN, D. 47. 10. 15.35) The praetor also granted an action to the master against the person who thrashed or tortured the master's slave (ULPIAN, D. 47. 10. 15.34). The Edict named *De noxali iniurarium actionae* regulated liability for *iniuria* committed by a slave. The owner of a slave could, based on this action, free himself from liability to pay damages which *iudex* would find appropriate for the insult, by transferring the ownership of that slave for revenge on his persona, except in case when the sued owner would, on the judges appeal before the beginning of the proceedings, subject the slave to whipping, severity of which was also determined by the judge. JARAMAZ – RESKUŠIĆ (n 98), p. 566-567.

[113] MITCHELL, P., *The Making of the Modern Law of Defamation*, Hart Publishing, Portland, 2005, p. 66.

[114] VAN VECHTEN (n 83), p. 564.

[115] Dig. 47 Tit. 10 s.

[116] SCHMITZ, L., Libellus, in: SMITH, W. (ed.), *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, John Murray, London, 1875, p. 703.

was *infamia*.[117] Hence, *iniuria* never lost its character of a private delict,[118] even though it is considered there is strong evidence to confirm its public character as a criminal offense in postclassical Roman law.[119]

5. Honor and reputation in the middle ages

After the collapse of the Roman Empire, other legal systems and judicial procedures emerged to prevent arbitrary behavior and abuse.[120] This period, initially defined by the prevalence of customary law, including codified customs, and shaped by the vulgarized Roman law, maintained the basic principle of pecuniary compensation for violation of honor and reputation, while also re-introducing corporal punishments and talion in some cases. The prevailing characteristic of customary law codifications was the effort to exhaustively enumerate infringements that could occur in practice and prescribe specific amounts of compensation.

The beginnings of the rules on protection of honor and reputation of Germanic people can be found in Salian law (*Lex Salica*).[121] This law prescribed several cases in which the insulted person was entitled to compensation. If someone called another a wolf, reprobate or a hare, he was to be sanctioned with 3 solids, whilst the false accusation of unchastity against a woman was to be sanctioned with 45 solids. If someone referred to a free woman as a witch and was not able to prove this, they would be sentenced to pay 3 times 2.000 dinars, which amounts to 187 $^{1}/_{2}$ solids.[122] If one falsely called another a thief or manslayer, he had to pay damages and, holding his nose with his fingers, had to publicly confess himself a liar.[123] Given the different quantum of prescribed damages there was a tendency for the sanction to correspond to the severity of the violation.

The 9th century Law Code of the Frisians (*Lex Frisionum*) also imposed different penalties for violation of honor, which depended on the status of the victim. Nobility had the right to a higher amount of damages because it was considered that they had more honor than the persons of lower status,[124] a notion that also permeated all other time periods and jurisdictions.

The Law Code of Vinodol (Law Code), the oldest Slavic code of customary law enacted in 1288, contains the following two delicts against honor: 1) insult by words and physical attack that does not result in bodily injury, 2) throwing *hovrlica* or head cover from the women's head as a form of symbolic moral dishonoring of women. The system of penalties of the Law Code of Vinodol consisted of private and public penalties. Private penalties served as private satisfaction, and were either monetary or non-monetary (consisting of domestic animals such as sheep, oxen or cows). If the wrongdoer was not able to pay, the count could replace this fine with a physical penalty, but what this consisted of the Law Code did not say.[125] For false accusations as a form of defamation the Law code prescribed a principle of talion.[126] It is interesting that this Code differentiated between the levels of liability of wrongdoers based on sex. If a man maliciously pulled a head cover from a woman's head, the social repercussions were graver than if it was done by another woman.[127] Other statutes from the territory of modern day Croatia stated that the quantum of damages to be paid for violation of

[117] Roman law prescribed a particular sanction of *infamia* (*in-*, »not,« and *fama*, »reputation«) i.e. loss of esteem or reputation. The cases of limitation of legal capacity due to diminution of honor were: intestability, *nota censoria*, *infamia* and *turpitudo*. According to The Law of Twelve Tables intestability appeared when the person who was a witness or libripens to a legal act declined to testify of this act. *Intestabilis* could not serve as a witness, nor could they summon witnesses. In accordance with *Lex Cornelia de iniuriis* intestability was caused by malicious composition or publication of defamatory documents. *Nota censoria* was a »note« from the Roman censors that publicly stated a citizen's discreditable conduct (erasure from the list of senators or knights, moving to a lower tribus). *Infamia* resulted in limitations of legal capacity which caused loss of voting rights, loss of the right to take part in legal proceedings, impossibility to marry a person of a higher social status, loss or limitation of the testimonial value etc. *Infamia mediata* appeared only as a consequence of the fact that a person was living a dishonorable life as a prostitute or a polygamist, or in case of a dishonorable discharge from the army, whilst *infamia immediata* appeared as a consequence of a judicial decision, for example being convicted of a crime (breach of duty in fiduciary matters). (GAVELLA (n 14), p. 176). *Turpitudo* (*infamia facti*) was based on public opinion, unlike the *infamia* which was based on the law and praetor's proclamations (*infamia iuris*).

[118] BUJUKLIĆ (n 91), p. 383.

[119] JARAMAZ- RESKUŠIĆ, PAVIČEVIĆ (n 93), p. 249.

[120] LAUREN, P. G., The foundations of justice and human rights in early legal texts and thought in: SHELTON, D. (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, p. 175.

[121] Salian law belongs to the category of barbarian laws - written codification of Germanic customary laws complied around 500 A.D on the territory of the former Western Roman Empire and was applied according to the personal principle to Salian Francs. PUHAN, I., MIKULANDRA, N., BUMBER, J., *Saliski zakon: za potrebe studenata prava,* Naučna knjiga, Beograd, 1951, p. 103 referred to in: KARČIĆ, F., *Moderne pravne kodifikacije: predavanja i zakonski tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.

[122] Chapter XXX of the Lex Salica referred in KARČIĆ (n 121), p. 183.

[123] VAN VEEDER (n 93), p. 548.

[124] FELDBRUGGE, F.J.M. (ed.), *The Law's Beginnings*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2003, p. 80-81.

[125] Art. 70 of the Law Code of Vinodol.

[126] If someone reports another for a wrongdoing, and cannot prove the accusations, he was supposed to pay the court the amount that the accused would pay if he was successful with his claim. (author's own translation). Originally in Croatian cited in: KOSTRENČIĆ, M., *Vinodolski zakonik*, (1921), http://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Vinodolski_zakonik.pdf (last accessed 2 March 2022), p. 212.

[127] Overthrowing hovrlica (a circle of fabric women used to wear on their head) or *pokrivača* (a big scarf pinned on a straw hat) was a symbolic case of damaging a woman's honor. If the husband overthrows the *hovrlica* from a woman's head, he is to pay the duke two libras, and as a compensation to the insulted woman the amount as high as 48 libres (value of around six oxen). If a woman overthrows the *hovrlica* from other woman's head, she too pays the duke two libres, and compensate the victim two sheep (art. 27 of the Law Code of Vinodol).

honor depended on the social status of the victim,[128] but also the wrongdoer.[129] Since part of the fine was paid to state budget (commune) and the other to the victim, and in this case we could speak of damages.[130] In the evidentiary proceedings the reputation of the witness, claimant and defendant was very important, so one put trust in for example »good women«, women of »good repute« etc.[131]

Honor of the individual was a highly cherished moral value in the middle ages. Its protection was based on a combination of ecclesiastical and secular rules. The church authority was universal and independent of the secular government, with its own cannons and courts. The church punished defamation as a sin, and the most common sanction was admitting the claim was unfounded in the presence of the priests, combined with an apology to the defamed. One of the main preconditions for forgiveness of sins was restitution, because just as God himself forgives people, people should forgive each other.[132]

With time the ecclesiastical and secular courts were divided dependent on whether monetary or non-monetary forms of redress were claimed. Secular courts had jurisdiction if the claim was monetary, and for all other forms of redress the jurisdiction belonged to ecclesiastical tribunals.[133]

In addition to these two, at times, parallel court instances, it was common to defend honor in duels.[134] In Italy, France, England and other European countries there existed formal codes and instructions that contained the rules of duel.[135] Accepting the invitation for a duel was considered a proof of integrity. In 16th century Italy it was believed by common people that one who insulted another thereby acquired to himself the reputation of which he deprived the other.[136] A man was considered a guardian and arbiter of his own honor. If a man realizes he has been insulted, yet does nothing about it, then he is dishonored.[137]

With modern age came an understanding that duels that were supposed to prevent retaliations became the threat to public peace and security, so the laws were promulgated that attempted to prevent blood shed.[138] It was not until the end of World War I, that duels were finally eradicated.[139] The change from the period when the law prescribed the judicial combat to that when the duel was made illegal corresponds to an extension of the competence of the state in judicial matters.[140]

In the period of Enlightenment, the right to one's reputation was frequently identified as a natural right, possessed by humans prior to and independent of existence of any organized society.[141]

This overview of customary rules shows that honor was a universal value, but also a social category determined by cultural and traditional norms and principles. At the same time, honor was a relative category, as it depended on sex and social

[128] Statute of Krk (1388) differentiates the level of injury according to the social standing. For a slap of a councilor, it prescribed the fine of 50 libars (around 25 ducats). (Statute of Krk, line 5-9, p. 15). Statute of commune of Rab did not prescribe any sanction for insult directed at servant (Statute of the commune of Rab ch. 53). Referred in: VIŠKOVIĆ, A., *Sankcionisanje uvreda i kleveta prema istočnojadranskim statutima u kasnom srednjem i ranom novom vijeku* (Pula 2012) 7, (DOC) SANKCIONIRANJE UVREDA I KLEVETA U SREDNJEM VIJEKU | Ana Višković - Academia.edu last accessed 2 March 2022.

[129] The Statute of the island of Korčula sanctioned harlots insulting decent women. Namely, the Statute prescribes that if a concubine or a harlot directs deregatory words to a decent woman, she should be tied to a column of shame and stand there one whole day. (The statute of Island or Korčula, ch. 13). The Statute of Dvigrad prescribed a sanction for a decent woman who responded in the same manner to the insult of a woman with bad reputation. VIŠKOVIĆ (n 128), p. 7 and 9.

[130] Law Code of Vinodol established that defamation and insult was to be sanctioned by four libres, out of which two were paid to the duke and two to the victim (art. 25 of The Law Code of Vinodol). Referred in: VIŠKOVIĆ (f 128), p. 9. The Statute of commune of Rab (book IV, ch. 66) determines that if someone rapes a virgin, a married woman or a widow of a good reputation, is to pay 100 perpers fine (around 50 ducats), out of which half of this amount goes to the commune, and another half to the victim, and the perpetrator is to be banished from the commune for one year. (MARGETIĆ, L., STRČIĆ, P., (eds), *Statut Rapske komune iz 14. Stoljeća*, Rab – Rijeka, 2004, p. 212-214.

[131] Law Code of Vinodol, art. 18; Statute of Krk, line 1-8. The Statute of Krk specifies that witnesses must be of good reputation to be eligible. MARGETIĆ, STRČIĆ (n 130), p. 9.

[132] ZIMMERMAN (n 88), p. 1072.

[133] VAN VEECHTEN (n 93), p. 551.

[134] In duels, the honor of men was defended. Women had sexual honor also defended by men. The honor of men was dependent on behavior of women in their life (their daughters, sisters, and especially wives).

[135] Italian *Flos Duellatorum* of 1409 is the oldest example of a codification of dueling rules in Europe. In Germany, duel was allowed in the following three cases: slight insults that implied rude and reckless behavior, curses and attributing shameful qualities, and whistling or slapping as the gravest forms of insult. In case of a mild insult (rude and reckless behavior), the victim could accept apology and preserve his honor. The two other forms of insult were too grave to be forgiven and were resolved in duels. (NEU (fn 38), p. 40). A person who was challenged, but would not engage in duel, was proclaimed to be a coward. The invitation to a duel had to be sent within 24 hours from the time of the insult, and from the time of the invitation to realization of the duel up to 12 hours could pass. (*ibid*., p. 41). It is estimated that in the period from 1589 till 1610 more than 10.000 people lost their lives in duels in France alone. SOLOVE, D. J, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet* (Yale University Press, New Haven and London, 2008, p. 114.

[136] BRYSON ROBERTSON, F., *The Point of Honor in Sixteenth-century Italy: An Aspect of the Life of the Gentleman,* University of Chicago, Chicago 1935, p. 84.

[137] PITT-RIVERS (n 17), p. 28.

[138] In England, duels were officially banned in 1844, after Prime Minister Robert Peel revoked the pensions to the widows of men who were killed in duels. (NEU (n 26), p. 28). In France, with the purpose of eradicating the practice of dueling, special courts of honor were established in order to enable the potential duelists to solve their dispute through the court system, i.e., to get compensation for damage. MITCHELL (n 113), p. 36.

[139] 'Great War may not have been a war to end war, but it might be called a duel that eventually ended dueling.' KIERAN, V.G, *The Duel in European History: Honour and the Reign of Aristocracy*, Oxford University Press. New York, 1988, p. 317.

[140] PITT-RIVERS (n 17), p. 30.

[141] HAMBURGER, P., A., Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions, *Yale Law Journal*, vol. 102, 1993, p. 920.

status of the individual. Similar to the Roman times, violation of honor of a person of lower status or in subjectivity of another was considered a crime perpetrated against the senior.[142] In addition, and similar to the earlier times, putting a high value on women's honor served the purpose of defending the honor of men, most often a husband or a suitor.

6. Protection of honor and reputation in civil law codifications

The 19th century was a period of great civil law codifications. Even though many of these codifications presented a combination of customary, religious, royal and modern legal principles, it is here that we find the first traces of the protection of honor and reputation in the modern sense of the word. Most of these codifications can be seen as a continuation of the Roman law of injuries but strengthened through the impact of natural law.[143]

The French *Code Civil* of 1804 does not contain explicit rules on the protection of personality rights. The courts however found the basis for awarding the non-material damages for infringement of personal interests in art. 1382 of the *Code Civil* according to which: »*Any act whatever of man causes damage to another obliges him by whose fault it occurred to make reparation*.« Given that this rule is not limited to material damages, the courts under the term damages subsumed non-material damage and hence enabled protection of personality rights.[144] Besides *Code Civil*, courts in France provided protection of honor and reputation based on the provisions of the Law of Freedom of the Press of 1881, whose application however, despite its name, wasn't limited to violations in the press only.[145]

In Prussian *Allgemeines Landrecht* of 1794 monetary compensation for violation of honor was only reserved for peasants and ordinary citizens, whilst accepting such a compensation for higher social classes was considered demeaning.[146]

The German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*- BGB),[147] in art. 12 explicitly mentions the right to name, but has no general provisions on personality rights.[148] There is no reference to honor and reputation as a right nor legal interest.[149] As a consequence, a unanimous opinion is lacking in legal theory about whether the violations of honor and reputation in the BGB are sanctioned at all. In § 823 (1), BGB prescribes compensation for damages due to infringement of life, health, freedom, property or some other right, which may indicate that personality rights were protected indirectly, through the sanctions for their violations.[150] Such an elastic provision, in which personality rights were given only *exempli causa,* enabled the courts to subsume interests they found worthy of protection under the „other rights" mentioned in § 823.[151] Right to honor and reputation was hence given protection as one of these »other rights«.[152] Until present day, all attempts to include a general personality right in BGB have failed.[153]

[142] BROZYNA, M., A., *Gender and Sexuality in the Middle Ages, A Medieval Source Documents Reader,* NC McFarland, Jefferson, 2005, p. 115.

[143] Such was the solution of French law, later followed by Belgium, the Netherlands, Spain, Switzerland- and initially Austria and Italy. BRÜGGEMEIER (n 23), p. 315.

[144] In case of defamation, the French Civil Code considers that a delict exists when the damage is intentionally inflicted.

[145] Law of the Freedom of Press of 19 July 1881 (*Loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881*).

[146] KLARIĆ, P., *Odštetno pravo*, 4th ed., Narodne novine, Zagreb, 2003, p. 280-281.

[147] BGB is available in English on: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (last accessed 17 July 2021).

[148] Following several discussions and a few drafts, the creators of BGB dismissed the idea to include the general personality right or particular personality rights for that matter in the list of protected interests. Not to burden the text of the code, the number of articles that regulate damages was limited to 30. See: EVANS, M., *Remedies in International Law*: *The Institutional Dilemma,* Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 72.

[149] In Germany there were several attempts to regulate personality rights. In the first draft of BGB, besides the other ideal interests, honor was mentioned as well (art. 704). The second commission abolished these provisions as it found the enumeration of legal interest unnecessary. In the final version the enumeration was kept, but honor was left out. KALOĐERA (n 92), p. 180. Furthermore, early attempts to obtain judicial protection of the right of personality also failed. In 1908, the Reischgericht (RG), Constitutional Court of Germany from 1879 to 1945, held that 'a general […] right of personality is a stranger to existing civil law'. Cited in: KRAUSE, H. D., The Right To Privacy In Germany-Pointers For American Legislation? *Duke Law Journal*, Nr. 3, 1965, p. 485.

[150] In theory there is an opinion that this provision does not acknowledge personality rights because the rules on creation, loss and specific actions for their protection are missing. KRNETA (n 86), p. 113.

[151] Even though the protection of personality rights as a discipline emerged as a reaction of the German law to the Nazi regime and was one of the biggest achievements of post-war period, there are those who do not agree with such constatation. Actually, as it is stated, personality rights existed even before this period as the Nazis were dedicated to protection of these rights. The Nazi regime, just as other fascist regimes, tried to proclaim the importance of honor, in particular honor of the persons of lower social status, as long as they were ethnical Germans. The regime insisted that all Germans, no matter what social status, have the right to protection of privacy. WHITMAN, J Q., The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, *Yale Law Journal*, vol. 113, Nr. 6, 2004, p. 1187. The Ministry of Justice of Germany prepared in 1958 Draft Law of protection of a person and honor, but this draft never became a law. DROPULIĆ (2002), p. 30. In 1962, German Ministry of Justice published a Draft of the new amended tort law which *inter alia* contained a provision of general personality right. Even though this draft represented the codification of what was already implemented and accepted in practice in terms of protection of honor and reputation, it was faced with a severe resistance and never became positive law. Since then, the government has never again attempted to try to regulate this issue. KOZIOL,H., Warzilek, A., (eds.), *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien /The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media,* Springer, Wien, 2006, p. 145.

[152] German Supreme Court in 1954 rendered a decision subsuming the general personality right under »the other« rights in § 823 (1) BGB. BIKIĆ, A., *Naknada štete*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010, p. 182.

[153] Just as the French Code Civil, the BGB does not have a particular provision on non-material damages. It thus did not recognize monetary compensation for violation of honor and reputation. For violating of personality rights natural restitution was prescribed, whilst monetary compensation could only be awarded in the case of material damages. An equitable compensation for non-material damage was only possible exceptionally, in the case of bodily injuries (§. 249 -253 BGB). It was only in 1958 that equitable monetary compensation was made possible in the case when personality rights were severely infringed. In 2002, Germany's tort law was reformed, enabling the victim to choose between natural restitution and monetary compensation in case of personality rights infringement. (§ 249 (2) BGB).

Essential change in the protection of personality rights in Germany took place after II World War. The Constitution of 1949 contained a catalogue of basic rights, and among those the right to dignity (art.1.) and free development of the personality (art.2). Based on these constitutional provisions, legal practice in Germany acknowledged the so called general personality right,[154] which also included honor, not contained in the list of personal interests protected in § 832 of the BGB. The Supreme Court of Germany (*Bundesgerichtshof* -BGH) often emphasized in its decisions that general personality right is not just a basic right that has to be respected by the state and public institutions, but it is a private right existing between individuals.[155]

The basis for recognition of a general personality right in Austrian Civil Code (*Allgemeines Bürgerliches Gesestzbuch,* ABGB) of 1811 was § 16 which prescribes that every man has inborn rights, and is accordingly to be regarded as an individual.[156] In addition, ABGB contains provisions on protection of particular personality rights, for example § 1330 regulates the protection of honor.[157]

Swiss Civil Code of 1907 is the first codification that regulated personality rights and their protection.[158] One of the introductory provisions is a general clause forbidding violation of personality rights.[159] The Code does not enumerate or elaborate on particular personality rights, but leaves to legal practice and legal theory to determine what interests are worthy of protection.[160] This is believed to be its advantage, as it is possible to recognize new personality rights which are, unlike the rights of real property, in constant development. Besides the actions for material and non-material damage which protect, among other rights, *droit l'honneur,*[161] the Swiss Civil Code also has a general action for protection of personality rights aimed at eliminating the damage which is independent of the conditions and requirements for delictual responsibility (§ 28a; § 3).

Italian tort law is regulated by the Civil Code - *Codice Civile* of 1942. The right to honor and reputation is the oldest personality right recognized in Italy. Unlike before, when the protection was given only to rights explicitly regulated in Italian laws,[162] today, the monistic theory is accepted, and the right to honor and reputation is only one emanation of the constitutionally protected personality rights (art. 2 of the Italian Constitution).[163] Art. 2059 of *Codice Civile* regulates the right to non-material damages (*danno non patrimoniale*) but only in cases prescribed by law,[164] i.e. only if the damage is the result of a criminal act. This means that the non-material damage occurs as a result of the criminal act and is believed to have the function of punitive damages (similar to Anglo-American law).[165]

7. Modern tendencies in legal protection of honor and reputation

The contemporary efforts and modalities of protecting reputation, honor and privacy in countries presented in previous chapters are to a great extent the result of their respective historical contexts. The historical preference of civil law systems for bringing many instances of defamation under criminal law has meant that many countries chose to maintain criminal protection of the right to honor and reputation within their contemporary legal systems. Variety of modalities of protection are also the result of the difficulty to balance privacy rights against freedom of expression.

What is considered defamatory varies across cultures and depends on given political and social circumstances. The notion of defamation has evolved throughout time, within the same so-

[154] KLARIĆ (n 87), p. 792.

[155] FINŽGAR, A., *Prava ličnosti,* Službeni list SFRJ, Belgrade,1988, p. 33.

[156] The protection of personality rights, i.e. the meaning of art. 16 of ABGB was for a long time disputed in Austrian legal theory. According to one opinion, inborn rights included natural rights, which are in essence identical to personality rights developed in theory of the personality rights. Others argue that ABGB does not contain provisions on protection on personality rights, but only recognizes those rights which are explicitly mentioned in ABGB: freedom, honor and bodily integrity. KRNETA (n 86), p. 112.

[157] § 1330 of ABGB states: 'If a person has suffered actual loss or loss of profit through defamation, he is entitled to compensation. (2) It also applies if someone divulges facts which endanger the credit, earning or prospects of another when he knows or ought to known of their untruthfulness. In such case revocation and its publication may be demanded. For communication made in private, when the person making statement did not know of its untruthfulness, he is not liable, if he or the receiver of the information had a legitimate interest in being informed'.

[158] Personality rights entered the Swiss law on two occasions: In the Law of Obligations of 1881 and in the Civil Code of 1907. The Law of Obligations allowed for compensation of non-material damages only in certain cases, and Civil Code expanded this compensation to all cases of infringements of personality interests. In 1911, after the reform of the Law of Obligations, the right to compensation of non-material damages due to violation of personal interests was explicitly guaranteed.

[159] Art. 28 of the Swiss Civil Code states: (1):'Any person whose personality rights are unlawfully infringed may petition the court for protection against all those causing the infringement. (2) An infringement is unlawful unless it is justified by the consent of the person whose rights are infringed or by an overriding private or public interest or by law.'

[160] VODINELIĆ, V., KRNETA, S., *Lična prava* in: Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, vol. I, Službeni list, Belgrade, 1978, p. 906.

[161] Swiss Civil Code of 1881 originally prescribed the right to monetary compensation for non-material damages only in case of a bodily injury or death (§ 54). Later on, the § 55 was added, enabling the courts to award equitable monetary compensation to a person whose »personal state« was gravely infringed by a wrongful act (art. 47 and 49 of the Swiss Law of Obligations).

[162] Not even then was the right to honor and reputation questioned, as it was explicitly protected in art. 594 of the Criminal Code.

[163] BRÜGGEMEIER (n 23), p. 108.

[164] Courts in Italy differentiate between: biological damage when the physical or psychological damage is medically determined, non-monetary damages which is defined as existential damage that occurs as a result of violation of personal image and social life, whilst moral damage is a pure emotional damage and emotional suffering. SERAO E., Naknada štete u Italiji, *Osiguranje,* vol. XII, Nr. I, 2010, p. 60-61.

[165] GALLO, P., Punitive Damages in Italy?, *Cardozo Electronic Law Bulletin*, 1997, Untitled (unitn.it), last accessed: 13 October 2021, p. 3.

ciety, depending on the specific historical context. Even though there are certain imputations that have been considered stigmatizing universally and across different time periods (for example calling someone a murderer or a thief), social acceptance of some behaviors or characteristics eventually excluded them from the list of defamatory qualifications. During the reign of King Charles II in Great Britain and Ireland (1660-1685) it was considered defamatory to call someone a Catholic.[166] Not so long ago, calling someone a homosexual was considered defamatory, but today, courts in the western countries are no longer ruling homosexuality as defamatory, as this would stigmatize or promote discrimination against this group of people.[167] The same can be said for defamation by racial misidentification in the USA.[168]

As the history shows, it is not possible to talk about the right to honor and reputation without the effective protection of this right. Today, the damage to reputational interest constitutes a tort, in many countries even still a crime. As there is a tendency to balance the right to reputation with freedom of expression, more and more countries are opting for complete decriminalization of defamation[169] or eliminating the sanction of imprisonment.[170] This leaves the victim with a possibility to seek monetary and non-monetary remedies (such as a retraction or apology), within tort law. The argumentation for decriminalizing defamation is that criminal charges are too harsh and stigmatizing and can lead to a »chilling effect« in reporting about important issues of public interest. On the other hand, if there is no *public* interest to be protected, delictual remedies are optimal to enable deterrence and reparation, as they provide the victim a »direct« benefit.

8. Conclusion

This article attempts to trace the development of right to honor and reputation in different historical periods in order to show its deep roots in legal history. It is impossible to understand the modern notion of this right and its significance without exploring its origins.

As the right to honor and reputation has been protected since the earliest times, we argue this is an independent right that should be given equal protection as the right to privacy and not subsumed under this concept.

This can be affirmed by the fact that honor and reputation are legal interests known across cultures and holding an important place in protected values throughout history.

The earliest explicit traces of rules of protection of honor and reputation can be found in religious texts. With the emergence of earliest organized societies, the rules were created to regulate and govern human behavior and avoid complete anarchy and arbitrary abuse of power. The sanctions for violation of honor and reputation were quite harsh to begin with as there was no strong state to provide social peace and security.

During the Middle Ages, the protection of these personal interests was largely left to out-of-court mechanisms, such as dueling, particularly among the groups of higher social status. With the progress of civilization, it became obvious that dueling was a menace to public peace and security and as such no longer desirable. The private vengeance was eventually replaced by material damages.

For a while, it seemed that right to honor and reputation, a classical personality right with a long tradition, has stepped into the background when compared to other areas of protection of the *persona*. However, this right has an equally important place in contemporary world, which, with the technological progress and new ways of collecting and disseminating information, has seen unprecedented interference in individuals' privacy and personality. Contemporary challenges which are becoming more and more relevant are the legal issues connected to the automated journalism and the possibility of algorithms creating defamatory content. News and other content created by newswriting bots are bringing new questions in relation to the protection of reputation and honor and the liability in defamation lawsuits.

This is why we can conclude that the protection of honor and reputation is not only a relic of a distant history, but the subject of a very contemporary discussions, particularly in relation to the emergence of the media and social networks and the need to balance this right to other legal interests, such as freedom of expression.

[166] MĆLAND (n 38), p. 61.
[167] *Case of Lawrence v Texas* (2003) 539 U.S 558 at 578; *Murphy v Millenium Radio Group* LLC, 650 F.3d 295 (3d Cir. 2011).
[168] BUNKER, D., SHENKMAN, D.M., TOBIN, D.C., Not That There's Anything Wrong with That: Imputations of Homosexuality and the Normative Structure of Defamation Laws, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.,* vol. 21, Nr. 3, 2011, p. 586.
[169] Some of the countries that have decriminalized defamation are: Bosnia and Herzegovina, Ireland, Malta, Romania, etc.
[170] Art. 149. Criminal Code of Republic of Croatia; art. 120. Criminal code of Albania.

Regeneração, Economic Development and Public-Private Partnership in Nineteenth Century Portugal: a Legal Historical Example

Carlos Manuel de Morais Seixas Pires Sardinha *

Abstract

In the second half of the nineteenth century one of the main goals of the conservative turning point of the Portuguese Liberalism called Regeneração was to intensify the Portuguese economic development against the background of a free market and a capitalistic understanding of freedom. In this article I am going to give an analysis of a Decree dated from May 6, 1852, a Decree to be executed by the Minister and Secretary of State for the Affairs of the Kingdom, Rodrigo da Fonseca Magalhães, and the Minister and Secretary of State for Finance, Antonio Maria de Fontes Pereira de Melo, future President of the Council of Ministers of the Kingdom of Portugal and one of the most important politicians of the Portuguese Constitutional Monarchy. The Decree deals with the establishment of a railroad network that, starting in Lisbon to the Portugal-Spain border, was going to connect the Kingdom of Portugal with the rest of Europe making use of what we can call a Public-Private Partnership. My analysis will begin with the background of the Regeneração, that is, Liberalism, Setembrismo and Cabralismo, and the beginnings of the railroad in Portugal. We can say that the legislative work of Mouzinho da Silveira while abolishing most of the existing feudalistic burdens in the Portuguese economy did contribute for the formation of an expansive, capitalist internal market. However, the further development of this market was going to imply broad infrastructure programs, namely the construction of a railroad network. Because of the public finance problems in Portugal, namely the government deficit, financing these infrastructure programs would challenge the financial and legal thought of those responsible for these public works. It was during the Regeneração that Fontes Pereira de Melo provided a decisive impulse for public works, namely for the construction of a railroad network. The financial and legal thought underlying the above mentioned Decree can be described as an advanced program of Public-Private Partnership conceived with the goal of executing public works and building public property in a low-risk environment with a minimum use of public funds.

Keywords: *Regeneração; fontismo; nineteenth century; Portugal; government deficit; railroad network; economic development; Public-Private Partnership; Europe.*

1. Public-Private Partnerships: a conceptual introduction

Public-Private Partnerships have often to do with public works, normally big infrastructure projects. Economic and financial reasons, namely the scarcity of public ressources, determine that only using partnerships between the State and private entities can these projects be successfully executed. The creation of an ambiance attractive for private investment and therefore preventing public expenditures is the background against which Public-Private Partnerships are to be understood.[1] Recently, for instance, "catch-up", Europa-oriented development policies paired with the duty of the EU Member States to propose balanced budgets in a common currency[2] environment justified the rising importance of the private sector in big public works and public services projects.[3] A legal historical approach[4] to this issue reveals us that in the nineteenth century, during the *Regeneração*, Fontes Pereira de Melo implemented an economic development policy based on a broad program of public works, namely the establishing of a railroad network that, starting in Lisbon to the Portugal-Spain border, was going to connect the Kingdom of Portugal with the rest of Europe using an advanced program of Public-Private Partnership conceived with the goal of executing public works and building public property in a low-risk environment with a minimum use of public funds. In this article I'm going to give an analysis of the Decree dealing with

* Prof. Dr. Carlos Manuel de Morais Seixas Pires Sardinha, Assistant Professor of Legal History at the Catholic University of Portugal, Faculty of Law, Lisbon School of Law and Member of the Católica Research Centre for the Future of Law, Lisbon, Portugal, email: csardinha@ucp.pt

1 See VIEIRA, P. A. W., PPP – Parceria nos objetivos e não nos riscos do projeto. In: *Revista de Previdência, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito*, Nr. 3, 2005/10, p. 55ff.

2 That is, the Euro.

3 See AZEVEDO, M. E., As parcerias público-privadas: a evolução do enquadramento jurídico. In: FERREIRA, E. P., RODRIGUES, N. C. (Coord.), *Novas fronteiras da contratação pública*. Coimbra, n.d., p. 99ff.; *idem*, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*. Coimbra, 2009.

4 On Public-Private Partnerships seen from a legal historical perspective, see BOVAIRD, T., A brief intellectual history of the public-private partnership movement. In: HODGE, G.A., GREVE, C., BOARDMAN, A. E. (ed.), *International Handbook on Public–Private Partnerships*. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2010, p. 43-67.

the establishment of this railroad, a Decree dated from May 6, 1852, beginning with the background of the *Regeneração* and the beginnings of the railroad in Portugal.

2. The Background of the *Regeneração*: Liberalism, *Setembrismo* and *Cabralismo*

The consolidation of the Portuguese Liberalism began in Portugal after the end of a bloody Civil War (1832–1834) between Miguel I of Braganza, King Miguel I of Portugal, a supporter of the Absolutist Monarchy, and Pedro of Braganza, former Emperor Pedro I of Brazil and former King Pedro IV of Portugal and his daughter Maria II, Queen of Portugal, supporters of the "Carta Constitucional" (in English, "Constitutional Charter") of 1826.[5,6] Since 1830 the fall of the traditionalist Charles X and the inauguration of Louis Philippe I as King of France paired in Britain with the fall of the conservative cabinet presided over by the Duke of Wellington initiated a new period in European politics favourable to Liberalism.[7] It was against this background that Pedro of Braganza nominated the members of a cabinet based on the island Terceira, Azores, with the goal of conducting the war against the absolutist forces lead by his brother Miguel I, restoring the "Carta Constitucional" and his daughter Queen Maria II to the throne of Portugal. The victory of Pedro of Braganza caused important social, economic and juridical transformations in the Kingdom of Portugal. These transformations began to be implemented during the Portuguese Civil War and are symbolized by the legislative work of one of the most prestigious Portuguese liberal statesmen, Mouzinho da Silveira. Minister for Finance and Justice of the above mentioned Terceira-based Cabinet, Mouzinho da Silveira issued in 1832 several decrees with the aim of putting an end to the *Ancient Régime* in Portugal, opening the path for a modern, progressist-minded and Europe-oriented country.[8] During the terrible Civil War between Absolutists and Liberals, Mouzinho da Silveira assumed the role of a legislator accommodating the Kingdom of Portugal to the new liberal society based on the rights granted by the Constitutional Charter. According to liberal worldview, the principle of legality, natural rights, namely individual freedom, and property defense postulated an administration centered on the task of protecting individuals against the State. Property defense and economic development caused Mouzinho da Silveira to elevate the individualistic conception of man typical for capitalism to the main idea of his legislative work. His main concern was to liberate the economy of feudalistic barriers to trade, to revoke taxes, to limit the *morgados*[9] and to extinguish privileges and monopolies in order to guarantee the economic freedom and the easy circulation of goods.[10] In December 1832 the Regent, Pedro of Braganza, dismissed Mouzinho da Silveira from the office of Minister for Finance and Justice. When the Civil War ended in 1834 his Cabinet included only conservative liberals, Chartists[11] favourable to the political positions of the Regent. Important in this context was the Decree dated from May 30, 1834 issued by Pedro of Braganza and his Minister for Justice, Joaquim António de Aguiar, extinguishing all male religious orders in the Kingdom of Portugal and nationalizing their property. On April 11, 1835 the *Cortes*[12] approved a Decree establishing the selling at public auction of property expropriated from religious orders.[13] The reasons invoked were above all of financial nature: the selling of the property expropriated from religious orders would make possible for the impoverished Portuguese Treasury to pay off the huge national debt.[14] However, the total amount of the property sold at the public auction was not so big as expected. Furthermore, the public auction was used to negotiate several loans in London.[15] This debt increased the dependence of the Kingdom of Portugal towards Great Britain. We can say that the goal of paying off the national debt was missed. The fact that the properties were bought, in general, by an elite (mem-

---

5 On the Constitutional Charter of 1826, see CAETANO, M. J. das N. A., *Constituições Portuguesas*. 7th ed., Lisboa, São Paulo, 1994, p. 27ff. and p. 51ff.; MIRANDA, J., *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*, Lisboa, 2001, p. 31-41.

6 Miguel and Pedro of Braganza were both sons of João VI, King of the United Kingdom of Portugal, Brazil and the Algarves. The United Kingdom of Portugal, Brazil and the Algarves ended with the recognition of Brazil's Independence from Portugal in 1825. Pedro of Braganza was crowned as Pedro I, Emperor of Brazil, on December 1, 1822. The Constitutional Charter was granted by Pedro of Braganza, King Pedro IV of Portugal, on April 29, 1826. On May 2, 1826 he abdicated the throne in favour of his daughter Maria II of Portugal and on April 7, 1831 he abdicated the throne of Brazil with the goal of fighting for the claim of Maria II to Portugal's crown under the Constitutional Charter of 1826.

7 See MARTINS, J. P. de O., *Portugal Contemporâneo*. 2nd ed., vol. I, Mem Martins, n.d., p. 209-210.

8 See REIS, A. do C., *O essencial sobre Mouzinho da Silveira*, n.l., 2004; SERRÃO, J., José Xavier Mouzinho da Silveira. In: SERRÃO, J. (dir.), *Dicionário de História de Portugal*. Vol. V, Porto, 1992, p. 584-589, MANIQUE, A. P., *Mouzinho da Silveira – Liberalismo e administração pública*. Lisboa, 1989, p. 47ff.; AMARAL, D. F. do, Do Absolutismo ao Liberalismo: as reformas de Mouzinho da Silveira, Comunicação apresentada ao IV Congresso Histórico de Guimarães, em 25 de Outubro de 2006. In: AMARAL, D. F. do, *Do Absolutismo ao Liberalismo: as reformas de Mouzinho da Silveira*. Coimbra, 2008, p. 11ff. Further, PEREIRA, M. H., *Mouzinho da Silveira, Pensamento e Acção Política*. Lisboa, 2009.

9 That is, the linked assets.

10 See PEREIRA, M. H., *Mouzinho da Silveira. Pensamento e Acção Política*…, p. 75ff.

11 That is, supporters of the above mentioned Constitutional Charter of 1826.

12 That is, the Parliament of the Kingdom of Portugal. According to the Constitutional Charter it comprised the lower house, the "Câmara dos Deputados" and the upper house, the "Câmara dos Pares". See Constitutional Charter, Article 13ff.

13 See Charter of Law (April 15, 1835). In: *Diário do Governo*, 1835, pp. 119-122.

14 See SILVA, A. M. da, A desamortização. In: MATTOSO, J. (dir.), *História de Portugal*, vol. V: *O Liberalismo (1807-1890)*. n.l., 1993, p. 348ff. Other important reason was the distribution of compensations to high-ranked liberals, the so-called "devoristas" (in English, "Devourers"). See MARTINS, J. P. de O., *Portugal Contemporâneo*. 2nd ed., vol. II, Mem Martins, n.d., p. 13ff.; SERRÃO, J. V., *História de Portugal*, vol. VIII: *Do Mindelo à Regeneração (1832-1851)*. Lisboa, 1986, p. 69-70.

15 See SILVA, A. M. da, A desamortização. In: MATTOSO, J. (dir.), *História de Portugal*, vol. V: *O Liberalismo (1807-1890)*…, p. 383-386. The loans were negotiated by José da Silva Carvalho who succeeded Mouzinho da Silveira as Minister for Finance in December 1832.

bers of the nobility not opposing Liberalism, businessmen, merchants, factory owners, public servants, both military and civilian personnel, clergymen, politicians) contradicted another political goal of those responsible for the public auction of property expropriated from religious orders: opening the access to property to broader segments of the Portuguese society, increasing the support of the population for Liberalism and liberal institutions. The problems of public finance in Portugal, namely the government deficit, were a recurring theme in Portuguese politics.[16] The selling of the property expropriated from religious orders did not affect this fact. The legislative work of Mouzinho da Silveira while abolishing most of the existing feudalistic burdens in the Portuguese economy did contribute for the formation of an expansive, capitalist internal market. However, the further development of this market was going to imply broad infrastructure programs, namely the construction of a railroad network. Because of the above mentioned financial problems, financing these infrastructure programs would challenge the financial and legal thought of those responsible for these public works. Political instability, social conflict and economic crisis characterize the first legislature after the Civil War and the restoration of the Constitutional Charter of 1826.[17] Above all, the power of the non-elected chamber of the Portuguese Parliament, the "Câmara dos Pares", the upper house, caused insatisfaction among the elected members of Parliament. In the aftermath of the general election that followed the dissolution of Parliament by Queen Maria II of Portugal (the election took place on August 15, 1836), the electoral success of the opposition in Oporto headed by the brothers Passos, that is, Manuel Passos and José Passos caused Maria II to act. As these oppositionist members of Parliament did not support the Constitutional Charter and were favourable to the Constitution of 1822,[18] Maria II appointed a new Cabinet (on September 10, 1836). Manuel Passos (also called *Passos Manuel*)[19] was part of the new Cabinet as "Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Reino" (in English, "Minister and Secretary of State for the Affairs of the Kingdom"). Passos Manuel represented the left wing of Portuguese Liberalism and opposed Pedro of Braganza,[20] the Constitutional Charter and the King's "Poder Moderador" (in English, "Moderating Power").[21] The Constitution of 1822 was provisionally reinstated until a new Constitution was approved.[22] The so-called "Revolução de Setembro" (in English, "September Revolution")[23] supported the idea of a Constitution approved by a popular assembly (ex.: the Constitution of 1822), not granted by a monarch (e.g.: the Constitutional Charter of 1826). A new Constitution was sworn by Maria II on April 4, 1838, the Constitution of 1838.[24] The new Constitution embodied a compromise between the Constitution of 1822 and the Constitutional Charter of 1826. The Parliament of the Constitutional Charter comprised two houses, a lower house, the "Câmara dos Deputados", which was elected, and a upper house, the "Câmara dos Pares", whose members were not elected, but appointed by the King. According to the Constitution of 1838, the upper house was the "Câmara dos Senadores" (in English, "Chamber of Senators"). Contrary to the members of the "Câmara dos Pares " of the above mentioned Constitutional Charter, the members of the "Câmara dos Senadores" were elected, not appointed by the King. Instead of the four powers, that is, legislative, executive, judicial and the so-called "Moderating Power" established by the Constitutional Charter, the Constitution of 1838 established a three-power system, that is, legislative, executive and judicial. The suffrage was censitary for both the "Câmara dos Deputados" and the "Câmara dos Senadores". The new "Lei Eleitoral" (in English, "Electoral Act") approved a few days after the new Constitution was sworn (April 9, 1838)[25] provided that only high-income proprietors, merchants, factory owners and and high-ranking officials like archbishops and bishops, judges of the Supreme Court, professors, generals, admirals and ambassadors, could be elected members of the upper house, the "Câmara dos Senadores".[26] We can say that with the entry into force of the Constitution of 1838, Maria II achieved the goal of preventing left-wing liberals from restoring the Constitution of 1822. Eventually, the tide began to change and increasingly conservative-minded Cabinets like the one presided over by the Count of Bonfim (1839–1841) with Rodrigo da Fonseca Magalhães as "Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Reino" (in English, "Minister and Secretary of State for the Affairs

[16] See FRANCO, A. de S., Ensaio sobre as transformações estruturais das finanças públicas portuguesas. In: *Análise Social*, vol. 18, 1982, p. 1111-1112; *idem*, As finanças públicas no liberalismo monárquico: o desequilíbrio crónico. In: MEDINA, J. (Dir.), *História de Portugal dos tempos pré-históricos aos nossos dias*, vol. IX: *A Monarquia Constitucional*. Amadora, n.d., p. 33ff.

[17] See SILVA, A. M. da, A vitória definitiva do liberalismo e a instabilidade constitucional: cartismo, setembrismo e cabralismo. In: MATTOSO, J. (dir.), *História de Portugal*, vol. V: *O Liberalismo (1807-1890)*…, p. 100ff.

[18] On the Constitution of 1822, see CAETANO, M. J. das N. A., *Constituições Portuguesas*…, p. 11ff. and p. 43ff.

[19] SERRÃO, J. V., *História de Portugal*, vol. VIII: *Do Mindelo à Regeneração (1832-1851)*…, p. 75ff.

[20] See *supra*.

[21] See SERRÃO, J. V., *História de Portugal*, vol. VIII: *Do Mindelo à Regeneração (1832-1851)*…, p. 76. On the "Moderating Power" see Constitutional Charter, Article 71.

[22] See CAETANO, M. J. das N. A., *Constituições Portuguesas*…, p. 43-45.

[23] See SERRÃO, J. V., *História de Portugal*, vol. VIII: *Do Mindelo à Regeneração (1832-1851)*…, p. 73ff.; RIBEIRO, M. M. T., A nova ordem liberal (1834-1851): reformas, dificuldades e sobressaltos político-militares. In: MEDINA, J. (Dir.), *História de Portugal dos tempos pré-históricos aos nossos dias*, vol. VIII: *Portugal Liberal*. Amadora, n.d., p. 212-220. Further, ARRIAGA, José d', *Historia da Revolução de Setembro*. 3 vols., Lisboa, n.d.; MARTINS, J. P. de O., *Portugal Contemporâneo*…, vol. II, p. 55ff.

[24] On the Constitution of 1838, see CAETANO, M. J. das N. A., *Constituições Portuguesas*…, p. 45-48; MIRANDA, J., *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*…, p. 43-46; SERRÃO, J. V., *História de Portugal*, vol. VIII: *Do Mindelo à Regeneração (1832-1851)*…, p. 89ff.

[25] See Charter of Law (April 9, 1838), *Ministerio do Reino*. In: *Diário do Governo* (April 10, 1838, Nr. 86), pp. 117-131.

[26] See Charter of Law (April 9, 1838), *Ministerio do Reino*. In: *Diário do Governo* (April 10, 1838, Nr. 86), Art. 6.

of the Kingdom") and António Bernardo da Costa Cabral as "Ministro e Secretário de Estado dos Negócios Eclesiásticos e de Justiça" (in English, "Minister and Secretary of State for Ecclesiastical Affairs and Justice") or the Cabinet presided over by Joaquim António de Aguiar (1841–1842) with Costa Cabral again as Minister and Secretary of State for Ecclesiastical Affairs and Justice made clear that the Constitution of 1838 would be difficult to defend. It was on January 27, 1842 during the tenure of office of the Cabinet presided over by Joaquim António de Aguiar, one of the supporters of Pedro of Braganza, both responsible for the extinction of all male religious orders in the Kingdom of Portugal and the nationalization of their property,[27] that Costa Cabral managed to restore the Constitutional Charter.[28] The Constitutional Charter of 1826 reentered into force on February 10, 1842. As a consequence of this *coup d'état*, Queen Maria II appointed a new Cabinet presided over by the Duke of Terceira with Costa Cabral as Minister and Secretary of State for the Affairs of the Kingdom, the *de facto* "strong man" of the Queen in the Cabinet. The ambitious Chartist and former member of the radical wing of the "Setembrismo" (in English, "Septembrism"),[29] Costa Cabral[30] inaugurated a long four-year period of Right-wing politics aimed at promoting the economic development of the Kingdom of Portugal mostly through public works, a balanced budget and conversion of foreign debt. The establishing of the "Companhia das Obras Públicas" (in English, "Company for Public Works") in December 1844 put in evidence the importance of public works during the period of Costa Cabral's tenure of office, the so-called "Cabralismo" (in English, "Cabralism").[31] It was during this period that the first efforts were made to introduce railways in Portugal, namely the construction of a railway line from Lisbon to the Spanish border, connecting Portugal with the rest of Europe.[32] Against this background, the "Cabralismo" meant economic development and fighting against the leftist tensions of the "Setembrismo" and its newspaper, "A Revolução de Setembro" (in English, "The September Revolution"), opposing any constitutional reform of the Constitutional Charter in the light of the revoked Constitution of 1838[33] or any restoration of the Constitution of 1838 itself. Yet the critics of the "Cabralismo" accused the Government of fiscal excesses and administrative centralization. Contrary to the "Código Administrativo" (in English, "Administrative Code") of 1836, the first in the History of Portuguese Law, the new "Código Administrativo" of 1842 approved by Costa Cabral is favourable to a strong administrative centralization and give expression to his opposition to the "Setembrismo" and its administrative practices.[34] Concerning the fiscal excesses, we can say that the making of a property register generated resistance to law enforcement. Further, the collection of the tax called "décima industrial" (in English, "industrial tithe") provoked a big riot in the city of Oporto increasing Costa Cabral's authoritarian profile.[35] Costa Cabral's widespread unpopularity grew with the enactment of the two acts relating to the Public Health from September 18, 1844 and November 26, 1845. The progressive spirit of this legislation prohibiting burials in churches was not enough to prevent the popular movement of the *Maria da Fonte* against Costa Cabral and his authoritarian style of leadership. Eventually the *Maria da Fonte* led to the fall of Costa Cabral and the Cabinet presided over by the Duke of Terceira (May 20, 1846) and to his exile in Spain.[36] The popular revolution (the so-called *Patuleia*) exploded and expanded from Northern Portugal into the rest of the country evolving towards a civil war.[37] The Portuguese Government succeeded in ending the civil war (1846–1847) by making use of the "Tratado da Quádrupla Aliança" (in English, "Treaty of the Quadruple Alliance"), a treaty signed by Great Britain, France, Portugal and Spain in London, on April 22, 1834 with the aim of defending the pretenders to the thrones of Portugal and Spain who supported Liberalism against the Absolutists headed by Miguel of Braganza and Carlos de Borbón respectively. According to the "Convenção de Gramido" (in English, "Gramido Convention") signed on June 29, 1847 it was agreed that the rebellious "Junta do Porto"[38] would submit to the Government of Queen Maria II and a combined British and Spanish force would occupy the city of Oporto. It was the end

[27] See *supra*.

[28] See RIBEIRO, M. M. T., A restauração da Carta Constitucional: cabralismo e anticabralismo. In: MATTOSO, J. (dir.), *História de Portugal*, vol. V: *O Liberalismo (1807-1890)*..., p. 107ff.; SERRÃO, J. V., *História de Portugal*, vol. VIII: *Do Mindelo à Regeneração (1832-1851)*..., p. 98-100.

[29] See BONIFÁCIO, M. de F., Os arsenalistas da Marinha na Revolução de Setembro (1836). In: *Análise Social*, vol. 65, 1981, p. 29-65.

[30] See SERRÃO, J., Costa Cabral. In: SERRÃO, J. (dir.), *Dicionário de História de Portugal*. Vol. I, Porto, n.d., p. 414-415; BAVOUX, E., *A. B. da Costa Cabral, Comte de Thomar, Notes Historiques sur sa carrière politique et son ministère. Extrait de l'ouvrage publié à Lisbonne sous le titre: Apontamentos históricos*. Paris, 1846; MARTINS, J. P. de O., *Portugal Contemporâneo*..., vol. II, p. 115ff. Further, BANOND, I., *António Bernardo da Costa Cabral – Traços de oratória em diálogo com os seus pares*. Lisboa, 2015.

[31] See MARTINS, J. P. de O., *Portugal Contemporâneo*..., vol. II, p. 130. On Cabralism see BANOND, I., *António Bernardo da Costa Cabral – Traços de oratória em diálogo com os seus pares*..., p. 31ff.

[32] See SERRÃO, J., Caminhos de Ferro. In: SERRÃO, J. (dir.), *Dicionário de História de Portugal*. Vol. I..., p. 449.

[33] For instance, with the goal of changing the hereditary and lifelong character of the members of the "Câmara dos Pares", that is, the upper chamber of the Portuguese Parliament.

[34] See CAETANO, M. J. das N. A., *Manual de Direito Administrativo*, 10th ed. Revista e actualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, vol. I - *Introdução – Organização Administrativa – Actos e Contratos Administrativos*. Lisboa, 1973, p. 147-148 (Administrative Code of 1836) and 149-151 (Administrative Code of 1842); BANOND, I., *António Bernardo da Costa Cabral – Traços de oratória em diálogo com os seus pares*..., p. 53.

[35] See SERRÃO, J. V., *História de Portugal*, vol. VIII: *Do Mindelo à Regeneração (1832-1851)*..., p. 102.

[36] See Costa Cabral e a Maria da Fonte – Discurso na sessão da Câmara de Deputados de 20 de Abril de 1846, in «Diário da Câmara dos Deputados». In: PEREIRA, M. H., *Portugal no século XIX: Antologia de Textos Históricos*, Vol. I - *Revolução, Finanças, Dependência Externa (de 1820 à convenção de Gramido)*. Lisboa, 1979, p. 388-394; BANOND, I., *António Bernardo da Costa Cabral – Traços de oratória em diálogo com os seus pares*..., p. 67ff.

[37] See BONIFÁCIO, M. de F., *História da Guerra Civil da Patuleia 1846-47*. Lisboa, 1993.

[38] That is, the Revolutionary Government of Oporto.

of the above mentioned popular revolution (the so-called *Patuleia*). However, it became clear enough that antiprogressive forces had succeeded in identifying themselves with the anticabralist opposition and the reaccionary Miguelite claimants putting in danger the throne of Maria II and the Constitutional Charter. Because of this, the policies favourable to economic development and the fighting against the leftism of the "Setembrismo" – typical for "Cabralismo" – were endangered too. The Cabinet presided over by the Duke of Saldanha after the elections of November 28, 1847 (1847–1849) suffered the consequences of the fall of Costa Cabral and the civil war of 1846–1847, namely the ruin of the fiduciary circulation, a decrease in foreign trade and an increase of the Government debt paired with the refuse of London to give more credit to the Portuguese Government.[39] The opposition to Saldanha's Cabinet caused its fall. A new Cabinet presided over by a less authoritarian Costa Cabral took over power on June 19, 1849 initiating a second period of "Cabralismo". The Cabinet would last until a military uprising led by the Duke of Saldanha caused Maria II to dismiss Costa Cabral on April 26, 1851.[40]

3. The Beginnings of the Railroad in Portugal

The above mentioned Costa Cabral was the statesman who in 1844 took the first steps towards the introduction of railroad in Portugal.[41] On December 6, 1844 English and Portuguese investors gathered themselves in London to discuss issues related with the construction of a railroad in Portugal. On December 19, 1844 Costa Cabral founded the "Companhia das Obras Públicas" (in English, "Company for Public Works") with the goal of executing the public works needed to develop the country "under the supervision of the Government and with State guarantee".[42] On April 19, 1845 the Government committed to the "Companhia das Obras Públicas" the construction of a railroad line from the margins of the river Tejo to the Portugal-Spain border within ten years.[43] This *Carta de Lei* (in English, "Charter of Law") is the first legal source concerning railroad in Portugal.[44] The first attempt to establish a railroad line in Portugal failed because of the widespread political and economic turmoil following the above mentioned popular movement of the *Maria da Fonte* and the fall of Costa Cabral in May 1846.[45] The idea to construct a railroad line connecting Lisbon to the Spanish border would be resumed after the beginning of the so-called *Regeneração* (1851). In this year the British Entrepreneur Hardy Hislop presented a proposal to construct the line. The basic Regulations of the competition concerning the construction of a line from Lisbon to Santarém and from Santarém to the Spanish border were presented on October 20, 1851. These basic Regulations were used in the competition opened by the Decree dated from May 6, 1852[46,47] The importance of this Decree lies in the fact that the basic Regulations[48] were used futurely as contract forms in contracts of construction of railroad lines in Portugal.[49]

4. Connecting the Kingdom of Portugal with the rest of Europe: a decree dated from May 6, 1852

4.1 The *Regeneração*

In 1851 a military uprising[50] put an end to the right-oriented, Chartist[51] Cabinet presided over by Costa Cabral, giving place to two successive Cabinets led by the Dukes of Terceira and Saldanha, the last one lasting from 1851 to 1856. During this period took place the consolidation of the conservative turning point of the Portuguese Liberalism initiated with the restauration of the Constitutional Charter by Costa Cabral in 1842. This conservative turning point (the *Regeneração*)[52] had consequences above all in what concerns the Portuguese constitutional praxis: rotativism and economic development putting aside what we can call the idealistic constitutionalism of the

---

[39] See SERRÃO, J. V., *História de Portugal*, vol. VIII: *Do Mindelo à Regeneração (1832-1851)*…, p. 115-116.
[40] See BONIFÁCIO, M. F., *A Segunda Ascenção e Queda de Costa Cabral 1847-1851*. Lisboa, 2002.
[41] See ABRAGÃO, F. de Q., *Caminhos de Ferro Portugueses – Esboço da sua história*. Vol. 1. 1956, p. 119ff.
[42] See ABRAGÃO, F. de Q., *Caminhos de Ferro Portugueses – Esboço da sua história*…, p. 124.
[43] See Charter of Law (April 19, 1845). In: *Diário do Governo* (May 6, 1845, Nr. 105), p. 555-559, p. 556-557, *Contracto celebrado entre o Governo de Sua Magestade, e a Companhia das Obras Publicas de Portugal, para as diversas obras que o mesmo Contracto menciona, e que faz parte da presente Lei.*, Art. 1, Segundo; Art. 3.
[44] See ABRAGÃO, F. de Q., *Caminhos de Ferro Portugueses – Esboço da sua história*…, p. 124.
[45] See ABRAGÃO, F. de Q., *Caminhos de Ferro Portugueses – Esboço da sua história*…, p. 125-126.
[46] See *Infra*.
[47] See ABRAGÃO, F. de Q, *Caminhos de Ferro Portugueses – Esboço da sua história*…, p. 127ff.
[48] In Portuguese, *Programma*. See *infra*.
[49] See ABRAGÃO, F. de Q., *Caminhos de Ferro Portugueses – Esboço da sua história*…, p. 128-131.
[50] See BONIFÁCIO, M. de F., *A Monarquia Constitucional (1807-1910)*. Lisboa, 2010, p. 61ff.
[51] A supporter of the "Carta Constitucional" (in English, "Constitutional Charter") of 1826.
[52] See SERRÃO, J., Regeneração. In: SERRÃO, J. (dir.), *Dicionário de História de Portugal*. Vol. V, Porto, 1992, p. 251-256; RIBEIRO, M. M. T., A Regeneração e o seu significado. In: MATTOSO, J. M. (dir.), *História de Portugal*, vol. V: *O Liberalismo (1807-1890)*…, p. 121-129; QUARESMA, V. S., *A "Regeneração": economia e sociedade*. Lisboa, 1988, p. 15ff.; PEREIRA, M. H., *Oliveira Martins e o Fontismo*. In: *Ler História*, vol. 34, 1998, p. 17-31; TELO, A. J., O modelo político e económico da Regeneração e do Fontismo (1851-1890). In: MEDINA, J. (Dir.), *História de Portugal dos tempos pré-históricos aos nossos dias*, vol. IX: *A Monarquia Constitucional*…, p. 11ff.; SILVA, J. R. da, O rotativismo monárquico-constitucional. Eleições, caciquismo e sufrágio. In: MEDINA, J. (Dir.), *História de Portugal dos tempos pré-históricos aos nossos dias*, vol. IX: *A Monarquia Constitucional*…, p. 47ff. See also SARDICA, J. M., *A Regeneração sob o signo do Consenso: a política e os partidos entre 1851 e 1861*. Lisboa, 2001; CABRAL, M. V., *O Desenvolvimento do Capitalismo em Portugal no século XIX*. 3rd (revised) edition, Lisboa, 1981, p. 163ff; PEREIRA, M. H., Instituições e desenvolvimento económico no séc. XIX: contribuição para uma agenda de investigação. In: PEREIRA, M. H., CARVALHO, J. M. de, VAZ, M. J., RIBEIRO, G. S. (Organizadores), *Linguagens e fronteiras do poder*. Lisboa, 2012, p. 307-329.

vintist and septembrist tradition and opening the path to the capitalist society typical of the so-called *Fontismo.*[53] At the edge of the political system, both Republicanism and Socialism grew in power and influence, attracting people unsatisfied with what they saw as the conservative consensualism of the governing elite of the Monarchy.[54] As Minister for Finance (1851–1856) and (interim) Minister and Secretary of State for Public Works, Commerce and Industry (1852–1856) of the Cabinet presided over by the charismatic Duke of Saldanha (1851–1856), a new position created in 1852,[55] Fontes Pereira de Melo[56] implemented an economic development policy based on a broad program of public works,[57] namely the establishing of a railroad network[58] in Portugal and the expansion of the road network.[59] This policy gives expression to one of the most important innovations concerning economic affairs proposed by Liberalism in opposition to the Enlightened Despotism policies of Pombal[60]'s tenure of office: Economic Development as a result of freedom and a free market rather than despotism and mercantilist-minded dirigisme. According to this reasoning, a free market, namely a free internal market needed a good road and railroad network.

4.2 A Decree dated from May 6, 1852

It was during the *Regeneração* that a Ministry for Public Works, Commerce and Industry (*Ministerio de Obras Públicas, Commercio e Industria*) was created for the first time in the Kingdom of Portugal.[61] The first Minister appointed by the Duke of Saldanha, President of the Council of Ministers, was Fontes Pereira de Melo. Fontes Pereira de Melo provided a decisive impulse for public works in the years to come, namely for the construction of a railroad network.[62]

In the preamble of a Decree dated from May 6, 1852, a Decree to be executed by the Minister and Secretary of State for the Affairs of the Kingdom (Rodrigo da Fonseca Magalhães) and the Minister and Secretary of State for Finance (Antonio Maria de Fontes Pereira de Melo), we can read: "*Acknowledging that the facility and rapidity of the communications are the mightiest and most effective way of promoting wealth and public prosperity; taking account of the general and progressive development that railroad is enjoying in several countries, it is of absolute and instant need that Portugal follow the same example, in order to reap the immense benefits that by such mean alone are to be attained today; and considering more particularly the benefits that would result from the construction of a railway line, that, starting in Lisbon to the border of the neighbouring kingdom,*[63] *shall connect Portugal with the rest of Europe, from which it is almost isolated, making it participant in the benefits of modern civilization… I have the honour, after hearing the Cabinet, to put henceforth out to tender the construction of the aforesaid line, in conformity with the program that is issued with this Decree, and it is part of it, signed by the Minister and Secretary of State for the Affairs of the Kingdom*".[64]

This program, signed by the Minister and Secretary of State for the Affairs of the Kingdom Rodrigo da Fonseca Magalhães,[65] gives us an insight into the financial and legal thought on which the construction of the railway line connecting Portugal with

---

[53] Cf. JUSTINO, D., *Fontismo: Liberalismo numa Sociedade Iliberal*. Alfragide, 2016; recently, SARDICA, J. M., *O Fontismo*. Lisboa 2021. See also FERNANDES, P. J., Política económica. In: LAINS, P., SILVA, Á. F. da (Organizadores), *História Económica de Portugal 1700-2000*, vol. II: *O Século XIX*. 3rd edition, Lisboa, 2012, p. 409-413. On the nineteenth century Portuguese economy, see LAINS, P., *L'économie portugaise au XIXe siècle: Croissance économique et commerce extérieur, 1851-1913*. Paris, 1999. On the economic underdevelopment of Portugal, see LAINS, P., História e crítica da tese da dependência. In: SERRÃO, J. V., PINHEIRO, M. de A., FERREIRA, M. de F. S. e M. (Organizadores), *Desenvolvimento Económico e Mudança Social: Portugal nos últimos dois séculos. Homenagem a Miriam Halpern Pereira*. Viseu, 2009, p. 38ff.

[54] Criticizing this consensualism, see BRAGA, T., *Dissoluçao do systema monarchico representativo*. Lisboa, 1881, p. 29ff. One of the most important leaders of the Portuguese Republican Party, Teófilo Braga, presided over the Provisional Government that took office after the Revolution that overthrew King Manuel II (October 5, 1910).

[55] See Decree (August 30, 1852), *Ministerio dos Negocios do Reino*. In: *Diário do Governo* (September 1, 1852, Nr. 206), p. 383-384; GOMES, J. P., *O comércio nas estruturas governamentais - Do "Fontismo" à actualidade -*. Lisboa, 1998, p. 13-16; further, PEREIRA, M. H., Instituições e desenvolvimento económico no séc. XIX: contribuição para uma agenda de investigação. In: PEREIRA, M. H., CARVALHO, J. M. de, VAZ, M. J., RIBEIRO, G. S. (Organizadores), *Linguagens e fronteiras do poder…*, p. 320ff.

[56] See SERRÃO, J., António Maria de Fontes Pereira de Melo. In: SERRÃO, J. (dir.), *Dicionário de História de Portugal*. Vol. 4, Porto, n.d., p. 246-247; MÓNICA, M. F., António Maria Fontes Pereira de Melo (1819-1887). In: MÓNICA, M. F. (Dir.), *Dicionário Biográfico Parlamentar 1834-1910*, com a colaboração de ALMEIDA, P. T. de, BONIFÁCIO, M. F., MONTEIRO, N. G., RAMOS, R. e de MOREIRA, F. Lisboa, 2005, p. 827-831; MÓNICA, M. F., Um político, Fontes Pereira de Melo. In: *Análise Social*, quarta série, vol. XXXII, Nr. 143-144, 1997 – 4th-5th, p. 731-745; MÓNICA, M. F., *Fontes Pereira de Melo. Uma biografia*. 4th edition, Lisboa, 2009, p. 27ff.

[57] See CABRAL, M. V., *O Desenvolvimento do Capitalismo em Portugal no século XIX…*, p. 189ff.

[58] See SERRÃO, J., Caminhos de Ferro. In: SERRÃO, J. (dir.), *Dicionário de História de Portugal*. Vol. 1…, p. 447-451. See further CABRAL, M. V., *O Desenvolvimento do Capitalismo em Portugal no século XIX…*, p. 192ff.

[59] See PERES, D. (Dir.), *História de Portugal*. Vol. VII. Barcelos, 1935, p. 649ff.

[60] Sebastião José de Carvalho e Melo, 1st Marquis of Pombal, Secretary of State of King José I of Portugal from 1750 to 1777. See, for example, MAXWELL, K., *Pombal, Paradox of the Enlightenment*. Cambridge, 1995.

[61] See the above mentioned Decree (August 30, 1852), *Ministerio dos Negocios do Reino*. In: *Diário do Governo* (September 1, 1852, Nr. 206), p. 383-384.

[62] See ABRAGÃO, F. de Q., *Caminhos de Ferro Portugueses – Esboço da sua história…*, p. 127.

[63] The border between Portugal and Spain.

[64] See Decree (May 6, 1852), *Ministerio dos Negocios do Reino*. In: *Diario do Governo* (May 12, 1852, Nr. 112), p. 66-73. Translation from Portuguese into English by me.

[65] Like Fontes Pereira de Melo, an important politician of the so-called *Regeneração*. See SERRÃO, J., Rodrigo da Fonseca Magalhães. In: SERRÃO, J. (dir.), *Dicionário de História de Portugal*. Vol. 3. Porto, 1992, p. 53-54; BONIFÁCIO, M. de F., Rodrigo da Fonseca Magalhães (1787-1858). In: MÓNICA, M. F. (Dir.), *Dicionário Biográfico Parlamentar 1834-1910…*, p. 721-724. Recently, BONIFÁCIO, M. de F., *Um Homem Singular – Biografia política de Rodrigo da Fonseca Magalhães (1787-1858)*. Alfragide, 2013, p. 245ff.

the rest of Europe was to be based. For example, under the heading "*General Conditions*", we can read: "*10 years after having been opened to traffic the line awarded to a Company, the Government shall have the right at any time, until the end of the amortization period, to take ownership of this line by means of an effective refund of the capital spent in its construction (less the already amortized part), and the payment of a bonus of 10% on that integral capital, giving the Concessionaire Company a six months notice on that*";[66] "*If until the amortization term is finished the State has not taken advantage of the option conferred to it by the previous Article, the Company has the right to enjoy the (rail)road for 10 years more without any guarantee of interest on the part of the Government, and subject to the general contributions of the State; after this deadline, the railroad with all its material and service buildings shall revert to the State*".[67] Under the heading "Guarantees and concessions of the Government", the Government grants the Concessionaire Company "*…the right to receive, during the period of its fruition, the price of all transportation done over the railway, in accordance with a scale established by the Government in agreement with the Company*".[68] Further, "*The Government commits to guarantee the Company a minimum of yearly interest by up to 6%, and 1% of the amortisation, on the capital effectively spent in the construction of the railroad…*";[69] "*The Government will grant and pay to the concessionaire Company 3% premium on the effective cost of each section of the (rail)road as each of them will be opened to circulation…*";[70] "*The Government, beyond the general liability of the State, provides as special mortgage for the fulfillment of these obligations the yield of the tax… whose average amount is about 600 contos de réis a year;*[71] "*As security for the punctual payment of the guaranteed interest, the Government agrees to create and deposit, with the required formalities and security, a sum in Inscriptions or bonds, corresponding to the amount of the integral interest of a year, according to the price of such values in the market… This deposit can take place in the Lisbon, Oporto, London, Paris or Madrid markets as agreed with the Company…*";[72] "*The Company shall be exempt from all and every kind of general and or municipal contribution… during the first twenty years, counted from when the entire line is in state of circulation*";[73] "*If, in case of war, the railroad, or any building belonging to it, shall be destroyed or damaged, without the Company's fault, the Government shall indemnify it, by paying the value of the reparations… in addition to lost profits, calculated by the average of the last three years; or shall add this amount to the outstanding capital*";[74] Under the heading "Rights and Obligations of the Company", the *Programma*[75] establishes that "*The entrepreneurs that are foreigners shall give up any rights or privileges, that they can have in that quality, remaining, in all what concerns this contract, subject to the Laws and Courts of the Kingdom*";[76] "*If the Company is foreign it shall be forced to admit, until a quarter of the share capital, the Portuguese capitalists that are willing to participate in the Company, within a reasonable time period, marked to that aim in the announces of the Company.*[77] We can therefore say that the financing of the construction of the railroad is guaranteed without intervention of any Credit Institution; the Government does not pay any price for the construction of the railway but grants the Concessionaire Company the right to receive the price of all transportation done over the railway according to a scale established by the Government in agreement with the Company during the fruition period; the Government guarantees to the Concessionaire Company a minimum yearly interest (up to 6%) on the capital spent in the construction of the railway and a yearly minimum of the amortization (1%); the Government pays a premium (3%) on the effective cost of each section (of the three sections) of the railroad line by occasion of their opening to circulation; the premium is paid in Inscriptions of 5% by the market price by occasion of their emission; in order to guarantee the payment of these obligations, the Government provides as special mortgage the yield of a tax whose average amount is 600 *contos de réis* a year; and in order to guarantee the payment of the above mentioned guaranteed interest, the Government agrees to create and deposit in Lisbon, Oporto, London, Paris or Madrid markets a sum in Inscriptions or bonds corresponding to the amount of the integral interest of a year according to their market price. Important is also that if the Government does not take ownership of the railroad line after 10 years since its opening to traffic and before the end of the amortization period, the Concessionaire Company shall have the right to enjoy the railroad line for 10 years more but now without any guarantee of interest payment on the part of the Government and subject to the general contributions of the State. In other words, the financial and legal thought underlying this Decree can be described as an advanced program of public-private partnership conceived with the goal of executing public works and building public property in a low-risk environment with a minimum use of public funds.

5. Conclusion

In this article I give an analysis of the Decree dealing with the establishment of a railroad line connecting Lisbon to the Portugal-Spain border, a Decree dated from May 6, 1852, beginning with the background of the *Regeneração*, that is, Liber-

[66] See *Programma para o concurso de Emprezas que se proponham construir um caminho de ferro de Lisboa á fronteira de Hespanha*. In: Decree (May 6, 1852), *Ministerio dos Negocios do Reino*. In: *Diário do Governo* (May 12, 1852, Nr. 112), Art. 9. Translation from Portuguese into English by me.
[67] *Ibidem*, Art. 10. Translation from Portuguese into English by me.
[68] *Ibidem*, Art.19. Translation from Portuguese into English by me.
[69] *Ibidem*, Art. 20. Translation from Portuguese into English by me.
[70] *Ibidem*, Art. 22. Translation from Portuguese into English by me.
[71] *Ibidem*, Art. 23. The *real* (plural *réis*) was an old Portuguese currency.
[72] *Ibidem*, Art. 24. Translation from Portuguese into English by me.
[73] *Ibidem*, Art. 27. Translation from Portuguese into English by me.
[74] *Ibidem*, Art. 29. Translation from Portuguese into English by me.
[75] See above.
[76] *Ibidem*, Art. 40. Translation from Portuguese into English by me.
[77] *Ibidem*, Art. 42. Translation from Portuguese into English by me.

alism, *Setembrismo* and *Cabralismo*, and the beginnings of the railroad in Portugal. We can say that the legislative work of Mouzinho da Silveira while abolishing most of the existing feudalistic burdens in the Portuguese economy did contribute for the formation of an expansive, capitalist internal market. However, the further development of this market was going to imply broad infrastructure programs, namely the construction of a railroad network. Because of the public finance problems in Portugal, namely the government deficit, financing these infrastructure programs would challenge the financial and legal thought of those responsible for these public works. Costa Cabral was the statesman who in 1844 took the first steps towards the introduction of railroad in Portugal. Because of the fact that antiprogressive forces had succeeded in identifying themselves with the anticabralist opposition and the reaccionary Miguelite claimants, the policies favourable to economic development typical for *Cabralismo* were endangered. It was during the *Regeneração* that Fontes Pereira de Melo provided a decisive impulse for public works, namely for the construction of a railroad network. The financial and legal thought underlying the above mentioned Decree, a Decree to be executed by Rodrigo da Fonseca Magalhães, Minister and Secretary of State for the Affairs of the Kingdom, and António Maria de Fontes Pereira de Melo, Minister and Secretary of State for Finance, can be described as an advanced program of public-private partnership conceived with the goal of executing public works and building public property in a low-risk environment with a minimum use of public funds.

Materiellrechtliche und linguistische Überlegungen zum Pflichtteil im geltenden Recht der Slowakei an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhunderts bis 1950*

(Substantive and Linguistic Considerations on the Forced Share in the Law in Force of Slovakia at the Turn of the 19th and 20th Centuries until 1950)

*Adriana Švecová**, Peter Gergel****

Abstract

The study presents the hereditary institute of forced share (Hungarian kötelesrész, German Pflichteil), which was first standardized in Hungarian law applicable in its modern regulation in Slovakia (as an integral part of the Kingdom of Hungary) in the year of 1861, adopting the conclusions of the Judex-Curial Conference - Provisional Judicial Rules (§ 7 PJR). However, the Temporary Judicial Rules legislation in question was not finally approved as law, but as a written legal custom it remained part of the law of succession until the disintegration of Hungary in 1918, and it was shaped during the era of dualism by another judicial practice of the Supreme Court of Hungary. The study, exceeding the year of 1918, when the Kingdom of Hungary disintegrated and Slovakia as one of its legal successors became part of the first Czechoslovak Republic, will take into account the said reciprocal Hungarian, uncoded PJR regulation, which became part of the dual, Czechoslovak regulation of succession law in the territory of Slovakia until 1950. In the framework of a positivist approach to the topic, the authors first want to outline the valid substantive legal basis of the PJR, and then they are interested in taking into account legal discussions that developed with respect to this institute on the platform of proposed regulations concerning testate succession within the first codification proposals of 1882, 1900 and 1913.

Keywords: *legitime; law applicable in Slovakia; dualism; inheritance law; Hungarian Kingdom; the First Czechoslovak Republic; forced share; civil code draft.*

1. Definition des Pflichtteils und seiner Stellung im auf dem Gebiet der Slowakei geltenden Erbrecht

Hypothetische Überlegungen zu rechtshistorischen Spuren einer materiellen oder verwandten Regelung des Pflichtteils im ursprünglichen ungarischen Erbrecht, die vor 1848 entstanden sind, gibt es in mehreren Arbeiten ungarischer Zivilisten, welche die Möglichkeiten zur Einschränkung der vollen Testierfreiheit erwogen haben. Diese betraf jedoch im ursprünglichen feudalen Erbrecht nur das Testieren des erworbenen (meist beweglichen) Vermögens (Sammlung von Štefan Werbőczy von 1514 Opus Tripartitum I / Art. 57 [1]). Im Gegensatz dazu war im Rahmen des verbreiteten ererbten Vermögens, der sog. Avitizität, die bis 1848 bestand und durch den Gesetzesartikel 15/1848 aufgehoben wurde, die Testierfreiheit hinsichtlich dieses Vermögens *a priori* ohnehin verboten [2]. In jedem Fall bleibt es eine hypothetische Frage, ob wir es nicht schon vor 1848 mit der obligatorischen Erbfolge bezüglich der Avitizität (Erbgut) zu tun haben, insbesondere bei den Nachkommen oder Eltern, oder ob man zumindest gewisse Hinweise diesbezüglich feststellen könnte. Nach Paralellen zum Pflichtteil hat man bereits in der vorrevolutionären (also vor 1848/1849) Zivilistik in der beschränkten Erbfolge bezüglich des Erbguts gesucht, bei der wie beim Pflichtteil die Testierfreiheit seines Eigentümers zugunsten gesetzlich bestimmter Erben eingeschränkt wurde. Wir wissen auch, dass die ungarische Testamentspraxis im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge bestimmte Blutsverwandter bevorzugt hatte oder die Möglichkeit der Enterbung/ der Erbausschließung des Sohnes thematisierte.[3]

* Die Studie wurde im Rahmen des VEGA-Projektes Nr. 1/0018/19 Renesancia zabudnutých a znovu obnovených inštitútov dedičského práva na Slovensku (Renaissance vergessener und erneuerter Erbrechtsinstitute in der Slowakei) verfasst.

** doc. JUDr. PhDr. Adriana Švecová, PhD., Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Juristische Fakultät der Universität Trnava, Slovakische Republik, E-Mail: adriana.svecova@truni.sk

*** PaedDr. Peter Gergel, PhD., Lehrstuhl für deutsche Sprache und Literatur, Pädagogische Fakultät der Comenius-Universität in Bratislava, Slovakische Republik, E-Mail: gergel@fedu.uniba.sk

1 Weiter nur Trip.

2 PETROVICS, L., Köteles rész. In: *Magyar kodifikáczió*, Nr. 3, 1903, S. 57.

3 Zur älteren ungarischen Literatur vor der Revolution zum Thema gesetzlicher Erbteil der Nachkommen siehe z. B. FRANK, I., A *közigazság törvénye Magyarhonban* I. Buda, 1845, S. 440; HUSZTY, S., *Jurisprudentia Practica seu commentarius jus hungaricum*, II. Liber. Agriae, 1758, S. 39; slowakische Autoren z. B. LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku.* Reprint. Bratislava, 2002, S. 518–519; Siehe z.B. bereits vorgelegte Anhaltspunkte für die Entwicklung von Erbrecht und Pflichtteil bzw. gesetzliche Erbfolge von Nachkommen und Vorfahren vor 1848 in ŠVECOVÁ, A., Institutio haeredis ex testamento vo vzťahu k zákonnému dedeniu v uhorskom práve (am Beispiel der königlichen Freistadt Tyrnau in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts). In: KNOLL. V. – KARHANOVÁ, M. (Hrsg.), *Naděje právní vědy – Býkov 2007, Sborník z mezinárodního setkání mladých vědeckých pracovníků konaného ve dnech 12. – 14. 10. 2007*, Plzeň, 2008, S. 185; ŠVECOVÁ, A., *Trnavské meštianske závety (1700–1871).* Band. I. Trnava, 2014, S. 90; GÁBRIŠ, T., *Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861. Monografická štúdia a historickoprávny komentár*. Bratislava, 2014, S. 206.

Mehrere Autoren bezweifeln die Existenz des Pflichtteils vor der bürgerlichen Revolution in Ungarn (von dualistischen Anwälten z. B. Zlinszky[4]), und sogar noch in der Ersten Tschechoslowakischen Republik, so z. B. der slowakische Zivilist und Rechtsanwalt aus Liptovský Mikuláš J. Hexner oder V. Fajnor und A. Záturecký in den 1930er Jahren des 20. Jahrhunderts unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Obersten Ungarischen Gerichts der Königlichen Kurie (im Folgenden Kurie) P. R. Nr. 47 von 4 / I. 1890 in Bezug auf Trip. I/ Art. 5 und 57 sowie auf den Gesetzesartikel Nr. XXVII / 1715, § 3, die für absolute Testierfreiheit des Erblassers nur bei erworbenem Vermögen plädiert haben.[5]

Nach der im betrachteten Zeitraum allgemein verbreiteten Auffassung konnte es dieses Institut am Ende des 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts nicht geben, da nach altem ungarischem Gewohnheitsrecht (Trip. I / Art. 57) jeder über das erworbene Vermögen selbstständig verfügen konnte. Jedoch widersprachen mehrere damalige ungarische Juristen (Demien, Kövy, Huszty, Frank, Nánasy[6]) der Einschätzung, dass es an einer gesetzlichen Grundlage zum Pflichtteil oder zur Noterbfolge bei bestimmten gesetzlichen Erben in Bezug auf den Nachlass insgesamt gefehlt hätte (nicht nur in Bezug auf die Avitizität, die es nur bis 1848 gegeben hatte).

Nach der Revolution 1848/1849, die den allmählichen, jahrzehntelangen Entstehungsprozess des modernen ungarischen Erb- bzw. Zivilrechts mit sich brachte, begann die kurze und instabile Periode von Bachs Neoabsolutismus (1850–1860). Im Rahmen der den Ungarn aufgezwungenen österreichischen Rechtsordnung galt hier seit dem In-Kraft-Treten des Reichspatents 211/1852 RGBl. das Allgemeine Österreichische Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB), das erstmals den Pflichtteil kodifizierte (§ 762–796 ABGB). Da es sich hierbei um ein kurzes Intermezzo des in der Geschichte Ungarns unpopulären österreichischen Rechts handelte, haben hiesige Rechtskreise, die nach 1860 erneuert wurden, auf der im Januar 1861 einberufenen Judexkurialen Konferenz die Kernfrage der Kontinuität bzw. Diskontinuität der österreichischen Rechtsordnung für das im Enstehen begriffene moderne ungarische Recht in dem Sinne beantwortet, dass dieses Recht als Ganzes zwar abzulehnen ist, jedoch sollte man einige österreichische Institute und Regelungen belassen.

Als eine der wenigen österreichischen „Anleihen" dieser Konferenz, bekannt als Vorläufige Gerichtsordnung (weiter nur JKK), wurde schließlich der Pflichtteil (*pars legitima*) in seiner indirekten und partiellen materiellen Rezeption des ABGB in das ungarische Erbrecht übernommen.[7] Seine Regelung hielt sich jedoch an das Hauptprinzip der JKK, die grundlegende Wiederherstellung der ursprünglichen ungarischen Rechtsordnung von vor 1848. Der Pflichtteil selbst wurde in der JKK in nur drei Bestimmungen vollständig neu formuliert, in § 7, 8[8] und § 4, die seine Blankett- und materielle Rechtsgrundlage bildeten, und die fast ein Jahrhundert lang bis 1950 in der Slowakei galten.[9] Wir haben bereits festgestellt, dass die JKK-Regelung die österreichische (oder römische) Rechtstradition in materieller Hinsicht kopierte, woraus man auf das ungarische materiellrechtliche Axiom ihrer Regelung schließen konnte: Der Pflichtteil behielt eine Bestimmung aus dem römischen Recht bei, nach der der Erblasser seine eigene Familie von der Erbfolge nicht ausschließen kann. Jedoch haben gesetzliche Erben (a törvényi örökösök) Anspruch auf einen bestimmten Anteil, d. h. auf den Pflichtteil am gesetzlich bestimmten Nachlass unabhängig von ererbtem und erworbenem Vermögen.[10]

Die Regelung der JKK war jedoch nicht absolut ausreichend, da es nur die berechtigten Personen der unmittelbaren Familienangehörigen, die in der Position der gesetzlichen Erben waren, und die Höhe des Pflichtteils bestimmte.[11] Im Vergleich zur österreichischen Regelung war die Strenge der rechtlichen Ausgestaltung des Pflichtteils in den einschlägigen § 7[12] und

---

[4] ZLINSZKY, I., *A magyar magánjog mai érvényében különös tekintettel a gyakorlat igényeire*. Budapest, 1880, S. 724.

[5] HEXNER, J., Povinný podiel na Slovensku. In: *Právny obzor*, Vol. 17, 1934, S. 590; FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 510.

[6] Siehe in HEXNER, J., Povinný podiel na Slovensku. In: *Právny obzor*, Vol. 17, 1934, S. 590; Für ältere, vorrevolutionäre ungarische Literatur zum gesetzlichen Pflichtteil der Nachkommen siehe DEMIEN, A., *An pater liberos suos per testamentum simpliciter excludere possit?* Tyrnaviae, 1776; KŐVY, A., *Summarium elementorum iurisprudentiae hungaricae*. S. Patakini, 1822, S. 91; NÁNASY, B., *A Magyar polgárnak törvény szerént való rendes örökösse*. Pesten, 1799, I. Teil, S. 20 ff.; FRANK, I., A *közigazság törvénye Magyarhonban* I. Buda, 1845, S. 440; HUSZTY, S., *Jurisprudentia Practica seu commentarius jus hungaricum*, II. Liber. Agriae, 1758, S. 39.

[7] LUBY, Š., *Dejiny súkromného práva na Slovensku.* Reprint. Bratislava, 2002, S. 519; KERN, T., *Die geseztliche Erfolge in Ungarn*. Wien, 1897, S. 10.

[8] § 7 JKK: *„Wo es keine direkten Nachkommen in absteigender Linie oder keine Eltern gibt, gilt das Testament für das gesamte ererbte und erworbene Vermögen, aber solange die direkten Erben der absteigenden Linie oder die Eltern noch leben, darf das Testament ihren gesetzlichen Erbteil nicht beeinträchtigen. Dieser gesetzliche Erbteil entspricht der Hälfte dessen, was die Erben in absteigender Linie nach dem Tod des Erblassers erben würden, wenn dieser ohne Testament verstirbt. Das Testament ist daher in diesem Teil ungültig und die direkten Erben in absteigender Linie, wenn nicht vorhanden, dann die lebenden Eltern, können die Ergänzung dieser Hälfte verlangen. Ausnahmen von dieser Regel in Bezug auf die Möglichkeit der Enterbung sind nur die in den Artikeln 52 und 53 des Teils I des tripartitums genannten Fälle."* Zitiert nach LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A., *Pramene práva na území Slovenska II. (1790 – 1918*). Trnava, 2012, S. 247–248.

[9] Die Rahmenbestimmungen der JKK blieben in der Slowakei bis zur Verabschiedung des ersten einheitlichen tschechoslowakischen bürgerlichen Gesetzbuches von 1950 in Kraft (Gesetz Nr. 141/1950 der Sammlung der Gesetze und Verordnungen der Tschechoslowakischen Republik).

[10] Siehe PETROVICS, L., Köteles rész. In: *Magyar kodifikáczió*, Nr. 3, 1903, S. 57.

[11] Für eine zeitgenössische Analyse mit einer positiven Einstellung zur Annahme des Pflichtteils ins ungarische Erbrecht siehe z. B.: FEKETE, I., Még néhány szó a kötelesrészről. In: *Jogtudomanyi Közlony*, 1866/28, S. 437–439; SUHAYDA, J., A köteles rész. In: *Magyar Akademiai Értesitő. A Philosophiai, Törvény- es Történettudományi Osztályok közlönye. Az Akadémia rendeletéből szerkeszti Csengery Antal rendes tag. V. kötet.* I. szám. Pest, 1865, S. 30–32.

[12] § 7 bestimmte dessen Rechtsgehalt: *„In Ermangelung direkter Nachkommen der absteigenden Linie und Eltern gilt das Testierrecht für das ganze ererbte und erworbene Vermögen, aber wenn es noch direkte Erben in absteigender Linie oder Eltern gibt, kann die letztwillige Verfügung ihren gesetzlichen Erbteil nicht betreffen. Dieser gesetzliche Erbteil entspricht der Hälfte dessen, was die Erben in absteigender Linie (Nachkommen) nach dem Tod des Erblassers erben würden, wenn dieser ohne die letztwillige Verfügung versterben würde. Die letztwillige Verfügung ist daher in diesem Teil null und nichtig, und direkte Nachkommen der absteigenden Linie, wenn nicht vorhanden, dann die lebenden Eltern, können verlangen, dass diese Hälfte ergänzt wird."*

8[13] (bzw. § 4[14]) der JKK im materiellrechtlichen Sinne nicht hinreichend im Einklang mit dem aus dem ABGB übernommenen Modell aus den 1950er Jahren, was in der späteren Erbrechtspraxis Nachteil war.[15] Dies ist einer der Gründe, warum die JKK-Regelung *de facto* ausschließlich in der Gerichtspraxis (usuell) formiert und ausgelegt wurde. Diese Gerichtspraxis wurde zuerst vom ungarischen Obersten Gericht der Königlichen Kurie und nach der Gründung der Tschechoslowakei auch von der Gerichtspraxis des Obersten Gerichts der Tschechoslowakischen Republik formiert.[16] Daher betrachten wir im Zusammenhang mit der Herausbildung des gesamten dualistischen ungarischen Rechtssystems die JKK als zentrale gewohnheitsrechtliche Norm, deren Erbrecht in der Slowakei auch nach 1918 fortbestand. Das Privatrecht und darin das Erbrecht waren darauf ausgelegt, jegliche Statusprivilegien abzuschaffen, persönliche Freiheit und andere Menschen- und Bürgerrechte zu akzeptieren, einschließlich einer pluralistisch aufgefassten, nahezu (!) unbeschränkter Vermögensgensfreiheit, wozu man beispielsweise auch den Pflichtteil als ein die uneingeschränkte Verfügunfsfreiheit modifizierendes Institut rechnen kann.[17]

In Übereinstimmung mit anderen Autoren[18] betrachten wir es aus Sicht der damaligen Systematik des ungarischen Erbrechts als **ein spezifisches und unabhängiges Institut** (in Bezug auf Inhalt, Umfang und Form seiner Regelung), da es selbst von der Rahmenregelung der JKK nicht als Institut der gesetzlichen, bzw. der Intestaterbfolge betrachtet wurde (das Gesetz für die erbrechtlichen, bzw. die zivilrechtliche Regelung in der Slowakei fehlte bis 1950).

Der Pflichtteil stellte nach der dualistischen ungarischen Regelung eine materiellrechtliche Einschränkung des testamentarischen Rechts des Erblassers dar, mit dem Vermögen zu verfügen und insbesondere darüber für den Todesfall frei zu testieren.[19] Aus doktrinärer Sicht der Rechtsordnungen mehrerer europäischer Staaten, darunter auch Ungarns, gilt in Bezug auf sein *raison d'etre* Folgendes: Der Pflichtteil stand als ausgleichendes Rechtsinstitut der uneingeschränkten Testierfreiheit des Erblassers gegenüber und den legitimen Noterben, die durch die Blutsverwandschaft naturrechtlich verbunden waren, stand auf seiner Basis der Anspruch zu, einen Mindestpflichterbteil am Nachlass zu erhalten.[20]

Das in der Zeit der Ersten Republik (1918–1938) in der Slowakei geltende tschechoslowakische Recht bekräftigte seinen Status als eigenständiger Erbtitel gegen das ihm widersprechende Rechtsgeschäft *mortis causa*, was darauf hindeutete, dass ihm der Status der gesetzlichen Erbfolge noch nicht zuerkannt wurde, sondern ganz im Gegenteil an seine Besonderheit und Exklusivität angeknüpft wurde. In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bewahrte die slowakische Zivilistik dieses Institut auf der Grundlage dualistischer ungarischer Regelung und Rechtspraxis und kommentierte durch die tschechoslowakische Justiz nur solche Streitfragen, die in der damaligen Rechtspraxis wieder auftauchten. Auf diese Art und Weise formulierten die führenden slowakischen Zivilisten V. Fajnor und A. Záturecký die erhalten gebliebene rechtliche Kontinuität mit der ungarischen Theorie und Praxis. In den 1930er Jahren haben sie dieses Institut wie folgt kommentiert: „Er fand aufgrund des Gesetzes erst dann Anwendung, wenn der Erblasser durch seine letztwillige Verfügung nicht anders entschieden hatte. Allerdings gibt es unter den gesetzlichen Erben auch solche Verwandte, die der Erblasser selbst in seiner letztwilligen Verfügung nicht meiden

---

[13] § 8 JKK ergänzte § 7, das dem Noterben erlaubte, die Ergänzung seines Pflichtteils vom Beschenkten zu verlangen, wenn der Nettonachlass (bereinigt, nach Abzug der Passiva) nicht mindestens diese Hälfte, d. h. seinen Pflichtteil ausmachte. Handelte es sich um eine Schenkung zu Lebzeiten des Erblassers, so stand die Beweislast dem Pflichtteilsberechtigten zu.

[14] Abs. 2 § 4 bestätigte, dass auch die Schenkung *inter vivos* nicht zum Nachteil der Abkömmlinge oder lebenden Eltern des Erblassers erfolgen konnte.

[15] BÖSZÖRMÉNYI-NAGY, E., Das ungarische Erbrecht zur Zeit des Dualismus. In: CSIZMADIA, A. – KOVÁCS, K. (Hrsg.), *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848-1944),* Budapešť, 1970, S. 425.

[16] J. Hexner erklärte, dass *„diese Sache (in der JKK, Anm. der Autoren) nicht hinreichend gelöst werden konnte und daher die weitere Entwicklung der Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis überlassen wurde."* Zitiert nach HEXNER J., Povinný podiel na Slovensku. In: *Právny obzor*, Vol. 17, 1934, S. 591. Die Auslegung in der Rechtsprechungspraxis und in der Zivilistik konzentrierte sich auch auf folgende Probleme: die Gruppe der Pflichtteilsberechtigten, die Berechnungsgrundlage, die Formen seiner Herabeusgabe und der Kollation, siehe LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. Šamorín: Heuréka, 2002, S. 516. Zur grundlegenden Rechtsprechung der Königlichen Kurie und des tschechoslowakischen Obersten Gerichts, gültig während der Ersten Tschechoslowakischen Republik in der Slowakei und im Karpatenrussland, siehe bei FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 514–517.

[17] Von den slowakischen Autoren beschäftigte sich mit den Ergebnissen der JKK z. B. GÁBRIŠ, T., *Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861. Monografická štúdia a historickoprávny komentár*. Bratislava, 2014, S. 201 ff.

[18] ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*. I. Band. Berlin und Leipzig, 1922, S. 310; FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 508 ff., von ungarischen Autoren z. B.: BECK, S., *A köteles részes jogállása*. Budapest, 1913; BOZÓKY, A. *A köteles részről*. Várad, 1874, SUHAYDA, J., A köteles rész. In: *Magyar Akademiai Értesitő. A Philosophiai, Törvény- es Történettudományi Osztályok közlönye. Az Akadémia rendeletéből szerkeszti Csengery Antal rendes tag. Bd. V.*, Nr. 1, Pest, 1865.
Auch ŠVECOVÁ, A. *Kapitoly z dejín formovania moderného dedičského práva na Slovensku*. Trnava, 2021, S. 58–60, verfügbar unter: http://publikacie.iuridica.truni.sk/wp-content/uploads/2021/06/Svecova-Dedicske-pravo_online.pdf (letzter Zugriff 4. 4. 2022).

[19] Eine positivistische Haltung zum Pflichtteil vertritt z.B. J. Suhajda, der zeigt, dass der Pflichtteil dem ungarischen Rechtsgefühl nicht widerspreche, weder dem Erblasser, d.h. dem Elternteil noch dem Erben, d.h. dem Nachkommen Schaden zufüge, und dass auch die bisherigen praktischen Erfahrungen mit der Anwendung des ABGB für die Erhaltung dieses Instituts sprechen. Siehe näher SUHAYDA, J., A köteles rész. In: *Magyar Akademiai Értesitő. A Philosophiai, Törvény- es Történettudományi Osztályok közlönye. Az Akadémia rendeletéből szerkeszti Csengery Antal rendes tag. Bd. V.*, Nr. 1, 1865, Pest, 1865, S. 30–31.

[20] FODOR, A., A kötelésrész. In: FODOR, A. (Hrsg.), *A magyar magánjog. V. kötet. Öröklési jog*. Budapest, undatiert, S. 517.

kann. Er muss ihnen den gesetzlichen Erbteil bestimmen lassen, und wenn er ihnen nichts oder weniger als einen solchen Anteil hinterlassen hätte, könnten diese Berechtigten verlangen, dass ihnen dieser gesetzliche Erbteil – der sog. Pflichtteil herausgegeben oder ergänzt wird."[21] Wie J. Karmán im Kommentar des ABGB von F. Rouček bestätigte: „Der Pflichtteil gehört dem Noterben in unvermindertem Umfang. Er kann daher weder durch das Witwenrecht noch durch die Substitution, noch durch das Vermächtnis, noch durch eine Ausnahme, noch durch eine Auflage, noch zeitlich beschränkt werden."[22]

1.1 Die Pflichtteilsberechtigten

Anspruchsberechtigt waren bestimmte Gruppen von gesetzlichen Erben, die in § 7 der JKK festgelegt sind: a) Abkömmlinge, die einen Pflichtteil ihres gesetzlichen Erbteils am gesamten Nachlass beanspruchen, b) Eltern, die die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils beantragen, vorzugsweise aus dem Stammesgut (d. h. aus dem Erbgut von Vorfahren), das von ihnen dem Erblasser zu seinen Lebzeiten zugefallen ist (z. B. durch Schenkung oder Erbfolge).[23]

Im Dualismus wurde der Begriff „Noterbe" noch nicht verwendet, eher „Pflichtteilsberechtigter" oder „gesetzliche Erben mit Anspruch auf einen bestimmten Anteil" (törvényi örökösök, akiket kötelesrész illet).[24] Terminologisch wurde bereits in der Zeit der Ersten Tschechoslowakischen Republik (sog. tschechoslowakischer Dualismus) der Ausdruck „Noterben" verwendet.[25]

Die primäre positive Anspruchsvoraussetzung dafür war die durch die Rechtsgewohnheit präliminierte enge **Blutsverwandtschaft** mit dem Erblasser, daher stand er ausschließlich den beiden Gruppen von gesetzlichen Erben zu, die mit dem Erblasser durch die nächste, sog. Blutsverwandtschaft verbunden waren. In der ersten Gruppe der Pflichtteilsberechtigten waren überwiegend verheiratete Kinder vertreten.[26] Folgende Kategorien wurden als Kind angesehen: ein Kind, das durch ein Reskript (des Staatsoberhauptes) legalisiert wurde, ein adoptiertes Kind. Nach 1848 erwarb das uneheliche Kind das Erbrecht nach der Mutter, und erst allmählich wurden durch die Gerichtspraxis der Kurie diesen Kindern Erbansprüche nach den Eltern der Mutter zugesprochen. Im Gegensatz dazu hatte das uneheliche Kind in väterlicher Linie kein Erbrecht nach dem Vater und seiner Familie, weil diese Rechtsverhältnisse sowie gegenseitige Erbansprüche vom damaligen Recht noch nicht anerkannt waren.[27] Aufgrund des Repräsentationsrechts wurden dann nach den Kindern deren Abkömmlinge die Berechtigten.[28]

In zweiter Ordnung waren nur lebende Eltern des Erblassers (ohne Repräsentationsrecht) berechtigt, nämlich diejenigen, die Anspruch auf Intestaterbfolge hatten – beim Vater hat man seine zuerkannte leibliche Vaterschaft geprüft, die durch eine gültige Eheschließung legitimiert wurde und bei der Mutter hatte es aufgrund der Rechtsspraxis bezüglich des ihr zuerkannten gegenseitigen Erbrechts keine Einschränkung des Anspruchs auf den Pflichtteil zwischen der Mutter und ihrem unehelichen Kind gegeben.

Allerdings ist im Fall der zweiten anspruchsberechtigten Gruppe – Eltern – auf den Ausgangspunkt der ungarischen JKK-Regelung hinzuweisen, die für andere gesetzliche Erben (mit Ausnahme von Nachkommen) bei der Intestaterbfolge von der Einteilung des Vermögens in Stammesgut[29] und erworbenes Vermögen ausgegangen ist. Gerade beim Stammesgut haben die Eltern den überlebenden Ehegatten/ die überlebende Ehegattin in der Intestaterbfolge überholt (§ 10 JKK[30]), an

---

[21] FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 508. Für eine Übersetzung ausgewählter Grundsatzentscheidungen der Ungarischen Königlichen Kurie ins Slowakische siehe FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A. (Hrsg.)., *Zásadné rozhodnutia býv. uh. kr. Kúrie (do 28/X 1918) a Najvyššieho súdu Československej republiky vo veciach občianskych z oboru práva súkromného.* Bratislava, 1927.

[22] Zitiert nach ROUČEK, F., *Československý obecný zákonník občanský a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi*. Erster Teil. Praha, 1926, S. 555.

[23] PETROVICS, L., Köteles rész. In: *Magyar kodifikáczió*, Nr. 3, 1903, S. 57.

[24] Diese Formulierung verwendete z. B. ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*. I. Band. Berlin und Leipzig, 1922, S. 308 ff.

[25] Siehe z. B. FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 511.

[26] Die Ansprüche der Nachkommen wurden durch die Gerichtspraxis ergänzt, z.B. der Pflichtteil gehörte den Nachkommen auch bezüglich der Hälfte des gemeinsam erworbenen Vermögens der Ehegatten, der sog. Koaquisition, Entscheidung KK7 / III. 1907 P. 657/1906. Die Ansprüche der Noterben konnten erst entschieden bzw. konnten diese erfüllt werden, wenn der Entschluss über die Abtrennung des gesetzlichen Erbteils für die Hälfte der Koaquisition für die überlebende Witwe des Erblassers gefasst wurde, siehe dazu Entscheidung NS25/I. 1930 Rv IV 94/29.

[27] Während des Dualismus wurde der problematischen Gruppe unehelicher Nachkommen ein erweitertes Erbrecht nach der Mutter und ihrer Familie zugesprochen, nicht jedoch nach dem Vater. Siehe z. B. Entscheidung KK 1926/1883, oder auch Entscheidungen KK 864/1908, 4332/1910, 795/1906, 2892/1911. Siehe auch ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*. I. Band. Berlin und Leipzig, 1922, S. 254; PETROVICS, L., Köteles rész. In: *Magyar kodifikáczió*, Nr. 3, 1903, S. 57.

[28] FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 508. Zu den berechtigten Ansprüchen von Enkeln und Urenkeln sowie den Ansprüchen adoptierter Kinder siehe z. B. Entscheidung NS 18/X. 1930 Rv III 473/29.

[29] Das Institut, das nur sehr teilweise dem Erbgut (Avitizität) ähnlich ist, wurde von der Judexkurialen Konferenz als ein Relikt des ungarischen Feudalrechts eingeführt.

[30] *„Wenn es keine Nachkommen gibt, werden ein Vater und eine Mutter zur Erbfolge berufen, jeweils für den Wert, der dem Erblasser von ihnen oder von ihrem Stamm zugefallen ist… während das Vermögen, das aus dem väterlichen Stamm kommt, an den Vater zurückgegeben wird, wird das Vermögen aus dem mütterlichen Stamm, an die Mutter zurückgegeben."* Zitiert nach LUBY, Š., *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. Reprint. Bratislava, 2002, S. 534.

der ihnen im Falle, dass es einen überlebenden Ehegatten/ eine überlebende Ehegattin gegeben hat, der besagte Pflichtteil zustand. Bleibt also nach dem Erblasser der Ehegatte gesetzlicher Erbe seiner Ehefrau oder die Ehegattin gesetzlicher Erbe ihres Ehegatten, so steht den Eltern nur ein Pflichtteil in Höhe der Hälfte des Wertes des zum Stammesgut gehörenden Vermögens nach dem Prinzip *paterna paternis und materna maternis* zu, was zur Folge hatte, dass ihr Pflichtteilsanspruch erheblich eingeschränkt wird.[31] Ist nach dem Erblasser keine Witwe oder kein Witwer geblieben, konnte der Elternteil neben dem Pflichtteil am Stammesgut auch den Pflichtteil am erworbenen Vermögen seines Kindes beanspruchen.

Die einzige negative Bedingung für seinen Anspruch war, dass der legitime, gesetzliche Erbe nicht von der Erbfolge ausgeschlossen wurde, d.h., dass er die Bedingungen einer Ausschließung nach dem Trip. I / Art. 52 und 53[32] nicht erfüllte. Daraus folgte, dass der Pflichtteil nicht absolut gültig war und objektiv und elegant umgangen werden konnte, bzw. durch die Gewohnheitsregeln des Tripartitums Trip. I/Art. 52 und 53 und durch die an sie anknüpfende Rechtspraxis derogiert werden konnte, die die Erbausschließung geregelt haben. In der Neuzeit kam es zur Entstehung folgender Ausschlussgründe: Begehen oder Versuch von Straftaten körperlicher (ggf. auch psychischer) Gewalt gegen Eltern, bzw. gegen den Erblasser, insbesondere Mord oder Tötung des Erblassers oder der Versuch des Mordes oder seine Vorbereitung, eine sozial unangemessene und sittenwidrige Lebensweise des Erben, Desinteresse des Erben an Leben und Gesundheit des Erblassers, Gewalt oder Misshandlung durch den Erben usw.[33]

Ist der Berechtigte ordnungsgemäß von der Erbfolge ausgeschlossen worden, hat er auf die Erbschaft verzichtet[34] oder war er unwürdig, dann war er bezüglich des Pflichtteils nicht anspruchsberechtigt, dies galt jedoch nicht für seine Nachkommen (z.B. die Enkel eines von der Erbfolge ausgeschlossenen Sohnes oder der ausgeschlossenen Tochter, weil er oder sie ein unmoralisches Leben geführt hatte oder verschwenderisch lebte). Häufige Fälle, in denen der Pflichtteilsberechtigte im Testament lediglich unterlassen wurde (sog. negatives Testament), schlossen sein Pflichtteilsrecht nicht aus, im Gegenteil, er konnte den Unterlassungseinwand gerichtlich geltend machen.[35]

JKK definierte als **Personen, die zur Herausgabe des Pflichtteils verpflichtet waren**, die Universalerben[36] oder, falls es keine gab, dann Erben einer individuell bestimmten Erbmasse, z.B. auch Vermächtnisnehmer.

Eine Ausnahme vom Pflichtteil war das Witwenrecht, das mit dem Pflichtteil konkurrierte, jedoch konnte es durch die Nachkommen gesetzlich eingeschränkt werden. Meist konkurrierte eine Witwe aufgrund ihres Witwenrechts auf den gesamten Nachlass ihres Mannes mit den Pflichtteilsberechtigten, die allerdings ihre Ansprüche in der Regel erst nach Beendigung ihrer Witwenschaft geltend machen konnten (wobei sie aber dessen Einschränkung beantragen konnten).[37] Mögliche Konflikte zwischen der Nutzung des Nachlasses durch die Witwe und den Rechten der Pflichtteilsberechtigten wurden in mehreren Urteilen sowohl der Königlichen Kurie als auch des Obersten Gerichtshofs der Tschechoslowakei behandelt.[38]

Ein wesentlicher Bestandteil des Prozesses zur Feststellung des Pflichtteils war die Frage, wer aktiv klageberechtigt ist und wer bezüglich den Pflichtteilsansprüchen Beweisrecht hat. Die Pflichtteilsberechtigten waren aktiv legitimiert, und die Beweispflicht belastete sie nur, soweit es um den Nachweis der Verwandtschaft ging. Demgegenüber belastete die Beweispflicht des nicht zur Vermögenssubstanzgehörenden Pflichtteils nur die passiv legitimierten Erben, die den Nachlass von Todes wegen erbten. Bei Schenkungsakten (oder anderen Rechtsgeschäften *inter vivos*) waren jedoch im Gegenteil die Pflichtteilsberechtigten verpflichtet, das zum Pflichtteil gehörende Vermögen nachzuweisen (siehe § 269 des Gesetzesartikels I / 1911), und zwar soweit der Reinwert des Gesamntnachlasses zum Zeitpunkt der Schenkung weniger als die obligatorische Hälfte ausmachte.

Im Einklang mit den Ansprüchen berechtigter Erben auf den Pflichtteil bestimmte Gesetzesartikel Nr. XVI/1894 über Nachlassverfahren in § 65 und 77 die mit einem Pflichtteil belastete Erbschaft zugunsten z.B. des testamentarischen Erben zu erwerben. Wenn der Berechtigte nicht zum gerichtlichen Nachlassverfahren erschien, hat das Nachlassgericht den Pflichtteil von Amts wegen festgelegt und den restlichen Nachlass an die testamentarischen Erben übergeben. Eine Entscheidung des Obersten Gerichts der Tschechoslowakischen Republik legte fest, dass „im Streit um die Herausgabe eines Pflichtteils die Entscheidung über die Grundlage des Anspruchs nicht von der Entscheidung über die Menge getrennt werden kann“[39], was zu einer prozessualen Ergänzung in Bezug auf die Pflichtteilsansprüche wurde.

---

[31] FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 509.

[32] Zu den positiven und negativen Voraussetzungen für den Pflichtteilsanspruch siehe ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*. I. Band. Berlin und Leipzig, 1922, S. 308–309.

[33] FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 512.

[34] Entscheidung KK 7611/1900.

[35] FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 512.

[36] Selbstverständlich hätte es zu einer Kumulierung folgender Subjekte kommen können: des Gesamterben und des pflichtteilsberechtigten Erben.

[37] Verweis auf die ungarische Rechtsprechung, siehe Sammlung von Entscheidungen IX zv., K 4711/1914, K 4072/1910, K 1917 P I 4420.

[38] Entscheidung KK 30/I. 1906 P. 1890/1907, Entscheidung KK 6/II. 1908 P. 6854/1907, Entscheidung NS 21/IX 1833 Rv IV 532/32.

[39] Entscheidung NS 16/II. 1932 Rv IV 419/31.

1.2 Die Höhe des Pflichtteils und damit verbundene Fragen seiner Herausgabe oder Auszahlung und Anrechnung

Als Einschränkung der bisher relativ uneingeschränkten Testierfreiheit in Bezug auf das gesamte Vermögen wurde der maßgebliche § 7 der JKK angesehen, der die Höhe des Pflichtteils auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils (ung. Törvényes rész)[40] festlegte. Was war mit dem Wortlaut des § 7 gemeint: „Die Hälfte dessen, was die Erben in absteigender Linie (Abkömmlinge) nach dem Tode des Erblassers laut Gesetz erben würden, wenn er ohne letzte Verfügung gestorben wäre"? Diese Hälfte wurde vom Ganzen berechnet, d. h. vom gemischten Nachlassvermögen, das nach der damaligen Auffassung des ungarischen Eigentumsrechts und der Vermögensarten aus einer gemischten Erbmasse bestand, die als eine einzige Vermögenseinheit aus dem erworbenen Vermögen und Stammesgut angesammelt wurde. Der so definierte Gesamtnachlass war zur Berechnung des Pflichtteils für die Nachkommen bestimmt. Nicht dieselbe Auslegung hat die Rechtsprechung für das Stammesgut übernommen, das für die Erbfolge hinsichtlich des Stammesvermögens – lebende Eltern nach dem Prinzip *paterna/materna* – betragsmäßig aus sonstigem (erworbenem) Vermögen zu ergänzen war.

Bei der Berechnung des Pflichtteils, waren folgende Einschränkungen zu berücksichtigen, die auch dessen immanente materielle Rechtsgrundlage bildeten:

a) Als **seine Grundlage wurde der Nettowert des Nachlasses** ohne Schulden und Belastungen angesehen, der zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers bestand (unter Berücksichtigung des Delationsprinzips, siehe § 40, 41, 42 des Gesetzesartikels XVI / 1894) über das Nachlassverfahren[41]);

b) alles, was der Pflichtteilsberechtigte vom Erblasser bereits zu dessen Lebzeiten erhalten hatte (es handelte sich um Schenkungen *inter vivos*, durch die der Erblasser den Nachlasswert mindern und damit das Gesetz, bzw. die Absicht des Gesetzgebers in der JKK umgehen würde, wodurch er den Anspruch den Pflichtteilsberechtigten kürzen könnte), **ist auf seinen Wert anzurechnen (lat. *conferre*).**

Ad A) Erbschaften (bzw. Nachlass) konnten aber auch durch Vermächtnisse oder Witwenrecht belastet werden, die als Passiva des Nachlasses galten und natürlich Vorrang vor der Herausgabe/Auszahlung eines Pflichtteils hatten. Allerdings musste der Pflichtteil frei von allen Beschränkungen und Lasten sein, jedoch sollte nach ständiger Rechtsprechung der Pflichtteilsberechtigte grundsätzlich neben den Vorteilen auch Pflichten als Erbe tragen, meistens z.B. in den Fällen, in denen das Vermögen, aus dem der Pflichtteil zu leisten war, einem vertraglichen Nießbrauchsrecht (ähnlich auch dem gesetzlichen Witwenrecht) unterstand, wurde der Pflichtteil erst nach Erlöschen dieses Rechts fällig.[42] Bei der Berechnung des Vermögenswerts galt zur Zeit des ungarischen wie auch des tschechoslowakischen Dualismus eine allgemeine Auslegungsregel, die besagte, dass der Wert des Vermögens (insbesondere bei den Immobilien) aus dem beizulegenden Zeitwert zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers berechnet wurde.[43] Nach der Abwertung der Währung in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg hat die tschechoslowakische Rechtspraxis diese Regel jedoch überdacht und ist zu dem Schluss gekommen, dass der Zeitpunkt des Erwerbs, der Veräußerung oder der unentgeltlichen Übertragung (Schenkung) des Eigentums nicht entscheidend sei, sondern der Zeitpunkt des Todes des Erblassers.[44] Die Rechtsprechung ließ auch Vereinbarungen zwischen pflichtteilsberechtigten Erben (oder Vereinbarungen zwischen Erben und dem Erblasser zu seinen Lebzeiten) zu, in denen festgehalten wurde, dass einige Erben ausschließlich aus dem väterlichen Erbteil und andere nur aus dem mütterlichen Erbteil ausgezahlt wurden.[45]

Zu B) Die Verpflichtung des Pflichtteilsberechtigten bestand darin, auf den Pflichtteil dasjenige Vermögen bzw. seinen Wert anzurechnen, der ihm zu Lebzeiten aus dem Nachlass des Erblassers zugeflossen ist (z. B. durch Schenkungen, Übergabe einer Mitgift). Maßgebend für die Berechnung des Schenkungswerts war der Zeitpunkt der Schenkung, sofern nach Prüfung aller Umstände eine gerechte und keinen Beteiligten benachteiligende Erbauseinandersetzung aufrechterhalten wurde (NS Rv III184/1923). Andernfalls würde seine Nicht-Anrechnung die Verwirklichung des Pflichtteils vereiteln oder erschweren, und zwar durch eine dolose und rechtswidrige Handlung, die im Verschenken des Nachlasses durch den Erblasser zugunsten Dritter oder nur zugunsten einiger von ihm bestimmter gesetz-

---

[40] Diese Bezeichnung war im ungarischen Original gleichbedeutend mit der Bezeichnung des Pflichtteils. In ROUČEK, F., *Československý obecný zákonník občanský a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi*. Erster Teil. Praha, 1926, S. 548. Siehe auch HEXNER, J., Povinný podiel na Slovensku. In: *Právny obzor*, Vol. 17, 1934, S. 591.

[41] Die Festlegung des Pflichtteils ist dann an die Durchführung des Nachlassinventars bzw. die Erstellung des Nachlassinventars, bzw. sein Aufsuchen im Nachlass, im Testament des Erblassers etc.gebunden.

[42] Siehe Entscheidung KK P. R. č. 47 zo 4/I. 1890, Entscheidung KK 9/IV. 1906 P. 10634/1904, Entscheidung KK 5/X 1915 Rp. 2893/1915; in der tschechoslowakischen Gerichtspraxis siehe Entscheidung NS 27/VI. 1925 Rv III 845/25.

[43] Dazu siehe Entscheidung NS 24/I. 1936 Rv III 970/34.

[44] Es war eine mäßigende, veränderte Gerichtspraxis, die finanzielle Differenzen nach einer erheblichen Abwertung der Währung nach dem Ersten Weltkrieg ausgeglichen hat, siehe Entscheidung NS 27/VI. 1931 Rv III 585/30; rozh. NS 24/III. 1933 Rv III 646/31: *„Bei der Berechnung des Pflichtteils ist der Wert aller vor der Währungsentwertung erhaltenen Vermögenswerte im Wert zum Zeitpunkt des Todes des Testators einzubeziehen."* Ebenso sollte bei der Anrechnung einer in der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg herausgegebenen/ausgezahlten Mitgift der Wert dieser Mitgift zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers maßgebend sein, siehe Entscheidung NS 15/II. 1935 Rv III 1009/33.

[45] Siehe Entscheidung NS 12/VI. 1932 Rv III 351/31.

licher oder testamentarischer Erben besteht.[46] In diesem Fall könnte der Noterbe die Ergänzung des Pflichtteiles in Höhe der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils vom Beschenkten verlangen.[47] Die Pflichtteilsforderung verjährte nach dualistischer Regelung (anders als in Österreich) erst nach Ablauf der regelmäßigen, allgemeinen 32-jährigen Verjährungsfrist.[48]

§ 8 der JKK ergänzte § 7, insofern es dem Noterben erlaubte, die Ergänzung seines Pflichtteils vom Beschenkten zu verlangen, wenn der Nettonachlass (bereinigt, von den Passiva abgezogen) nicht mindestens diese Hälfte, d. h. seinen Pflichtteil ausmachte.[49] Maßgebend für die Berechnung des Schenkungswerts war der Zeitpunkt der Erfüllung des Schenkungsvertrags. Allerdings gab es eine Ausnahme bei Schenkungen unter Vorbehalt einer lebenslangen Nutznießung der Schenkung für den Schenker und beim Veräußerungsverbot der Schenkung bis zu seinem Tod. Maßgebend für die Berechung des Wertes eines solchen Nachlasses war der Zeitpunkt des Todes des Erblassers – des Schenkers.[50] Bereits 1873 befasste sich die Gerichtstafel von Pest mit einer umstrittenen Frage bezüglich der Ergänzung der Höhe des gesetzlichen Pflichtteiles: „der Wert des Nachlasses wird zur Bestimmung des Pflichtteils herangezogen und die Kläger sind als Noterben berechtigt, seinen Wert als Ersatz dieses Anteils zu verlangen, jedoch sind sie nicht berechtigt, eine tatsächliche Herausgabe des Pflichtteils aus dem beanspruchten geschenkten unbeweglichen Vermögen *in natura* zu verlangen.“ [51] Die nachfolgende ungarische und tschechoslowakische Rechtssprechung bestätigte das Recht auf Ergänzung (sog. Redintegration) [52] aus dem Gesamtvermögen des Nachlasses. Die Berechtigten konnten die Ergänzung nur bis zur Höhe des gesetzlich festgelegten Anteils verlangen (die Hälfte, die sie als gesetzliche Erben erhalten würden, sofern der Erblasser kein Testament erstellt hätte), sie konnten jedoch nicht die Herausgabe des Mehrwerts ihres gesetzlichen Erbteils an den geschenkten beweglichen Sachen *in natura* verlangen. Diese Problematik der Ergänzung des Pflichtteils sowie der Anrechnung bereits geschenkter Vermögensgegenstände in diesen wurde Gegenstand einer ständigen Gerichtspraxis, die sich regelmäßig zugunsten einer ausgewogenen und gerechten Anrechnung und Ergänzung des Pflichtteils äußerte. Die Ergänzung des Pflichtteils aus dem gesamten Nachlass war obligatorisch, wenn der Wert des bezeichneten Stammesguts für seine Herausgabe/Auszahlung nicht ausreichte.

Die von der ungarischen und tschechoslowakischen Rechtsprechung streng empfohlene und **bevorzugte Form seiner Auszahlung** war die Zahlung in bar, und unter diesem Gesichtspunkt haben ihn einige (zB. Zsögöd-Grosschmid) [53] für eine besondere Form des gesetzlichen Vermächtnisses in Geldform gehalten (*legatum ex lege*). Nach einer bereits 1889 getroffenen dogmatischen Entscheidung der Kurie sollte der Pflichtteil *pro futuro* nicht *in natura*, sondern in Geld herausgegeben werden, was ziemlich leicht bei der Ergänzung des Pflichtteils bis zu seiner vom Gesetz, bzw. von der JKK festgelegten Hälfte angewendet werden kann. Die erbgerichtliche Gerichtspraxis hat aber auch mit der legalen Zulässigkeit seiner Leistung *in natura* reagiert, und zwar in Fällen, in denen es der Erblasser aus besonderen Erwägungsgründen testamentarisch bestimmt oder sich die Parteien im Nachlassverfahren darauf geeinigt haben.[54] Aus der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 1929 kann an dieser Stelle Folgendes als Grundsatzentscheidung zitiert werden: … „Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist ein Noterbe berechtigt, die Herausgabe eines Pflichtteils nur in Geld zu verlangen und er kann ihm *in natura* nur dann zugesprochen werden, wenn im Einzelfall die Abgeltung des Pflichtteils in Geld… als ungerecht erscheinen würde und gegen die guten Sitten verstoßend und wenn der Pflichtteil *in natura* ohne Gefährdung der rationellen Wirtschaft herausgegeben werden kann.“ [55]

---

[46] Entscheidung KK 6/V 1914 P. 4537/1913, Entscheidung KK 12/VI. 1912 P. 5771/1911; siehe auch FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 508, eine der letzten Entscheidungen NS 25/V. 1934 Rv III 832/32 drückte das Wesens von Anrechnung der Schenkung auf den gesetzlichen Erbteil des Nachkommen aus: *„Dass der Testator nicht über sein gesamtes Vermögen verfügt hat… hat im Sinne von § 6 der JKK und der ständigen Gerichtspraxis zur Folge, dass falls die Klägerinnen die Ergänzung des väterlichen Pflichtteils aus dem Grunde anstreben, dass das Testament ihres Vaters zu Lasten ihres Pflichtteils geht, müssen sie hinnehmen, dass zum Wert des gesamten Nachlassvermögens auch der ihnen durch den Vertrag vom 6. März 1910 geschenkte Vermögenswert und der Wert des gesamten sonst verschenkten Vermögens (abgesehen von kleineren gelegentlichen Geschenken) hinzugerechnet wird, und dass von ihrem Pflichtteil – festgelegt auf der Grundlage der so ermittelten Werte – der Wert des bereits durch diesen Vertrag im Voraus gegebenen Vermögens abgezogen wird.“*

[47] Entscheidung KK 6/V 1914 P. 4537/1913, nach der tschechoslowakischen Rechtspraxis z. B. Entscheidung NS 27/VI. 1925 Rv III 845/25.

[48] Siehe auch FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 512.

[49] Handelte es sich um eine Schenkung zu Lebzeiten des Erblassers, so lag die Beweislast beim Pflichtteilsberechtigten.

[50] Siehe Entscheidung NS 4/III. 1833 Rv III 559/31, Entscheidung NS 23/VI. 1933 Rv III 274/33.

[51] BÖSZÖRMÉNYI-NAGY, E., Das ungarische Erbrecht zur Zeit des Dualismus. In: CSIZMADIA, A. – KOVÁCS, K. (Hrsg.), *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848-1944),* Budapešť, 1970, S. 425.

[52] In der ungarischen Gerichtspraxis siehe z. B. Entscheidung KK 112/XII. 1911 P. 3513/1911, rozh. KK 11/III. 1909 P. 4827/1908; in der tschechoslowakischen Gerichtspraxis siehe Entscheidung NS 27/VI. 1925 Rv III 845/25; Entscheidung NS 21/IX. 1929 Rv III 1590/28.

[53] Siehe ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*. I. Band. Berlin und Leipzig, 1922, S. 310, Fn. Nr. 9.

[54] Die Geldleistung hat folgende Entscheidung unterstützt: KK zo 17. 5. 1889, siehe ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*. I. Band. Berlin und Leipzig, 1922, S. 310; HEXNER, J., Povinný podiel na Slovensku. In: *Právny obzor*, Vol. 17, 1934, S. 592. Diese Erfahrungen wurden auch vom Obersten Gericht der Tschechoslowakischen Republik bestätigt, siehe Entscheidung NS 12/VI. 1926 Rv III 1046/25.

[55] Die Herausgabe des Pflichtteils *in natura* hat folgende Entscheidung unterstützt: NS Rv. III. 1046/25, ähnlicherweise Entscheidung NS 3/IV. 1929 Rv III 625/28. HEXNER, J., Povinný podiel na Slovensku. In: *Právny obzor*, Vol. 17, 1934, S. 592.

Das besagte Schenkungsverbot durch die vom Erblasser realisierten Rechtsgeschäfte *inter vivos* und *mortis causa*, die die Berechtigten von der Erbfolge ausschließen oder ihr Erbrecht einschränken würden, wurde durch § 4 der JKK[56] ausdrücklich untersagt. Es handelte sich um eine erweiterte, sich auf den Pflichtteil beziehende Regelung, die zwar das Klagerecht der gesetzlichen Erben in Bezug auf die Rechtsgeschäfte des Erblassers *inter vivos* nicht anerkannte, durch die das Erblasservermögen zuungunsten dieser Erben veräußert wurde, aber den Nachkommen und, wenn es diese nicht gibt, den Eltern das Recht gewährte, die verschwenderischen, zur Minderung und Entwertung des gesamten Nachlasses führenden Rechtsgeschäfte zur Wahrung ihrer Erbansprüche in Form des damals angewandten Instituts der gerichtlichen Schließung – des Sequesters, und zur Sicherung ihrer gesetzlichen Erbanteile bzw. Pflichtteile anzuklagen. Dies ist eine sehr wichtige und die Pflichtteilsansprüche begünstigende Regelung. § 4 bestätigte noch in Abs. 2, dass auch die Schenkung *inter vivos* (diese Schenkungen waren die häufigsten Veräußerungsrechtsgeschäfte *inter vivos* zuungunsten gesetzlicher Erben, d.h. der Noterben) nicht zuungunsten der Abkömmlinge oder lebenden Eltern des Erblassers hätten erfolgen dürfen. Aus der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs von 1929 können wir weitere Konsequenzen bezüglich der durch die Schenkung verursachten Komplikationen ziehen, auch bei der Beschenkung gesetzlicher Erben, d.h. Noterben – Nachkommen: „Bei der Berechung des Schenkungswertes kommt nicht der Unterhalt, den sich der Schenker vorbehalten hatte, wenn er von der Rente der geschenkten Immobilie gedeckt ist, in Frage. Der Beschenkte, dem kein Erbrecht nach dem Schenker zusteht, haftet für den Pflichtteil mit dem ganzen Schenkungswert. Hat der Vater seinen Sohn und seine Ehefrau beschenkt, haften die Beschenkten jeweils zur Hälfte des Betrags bis zum Wert, der den Schenkungswert des gesetzlichen Erbanteils des Ehemannes übersteigt. In wirtschaftlichen Ausnahmefällen ist bei der Frage, ob es sich in einem konkreten Fall um eine Schenkung handelt, der Wert zum Zeitpunkt der Schenkung maßgebend und bei der Minderung des Pflichtteils ist der Wert zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers etnscheidend.“[57]

2. Dualistische Entwürfe *de lege ferenda* zum Pflichtteil in Ungarn

2.1 Entwurf des Erbfolgegesetzes von 1887

Dieser Entwurf basierte auf dem ersten ernsthaften Entwurf, der noch im Jahr 1882[58] vom Staatssekretär des Justizministeriums Štefan Teleszky vorbereitet wurde. Er wurde von der Kodifizierungskommission (im Justizministerium unter Teofil Fabiny) überarbeitet und in leicht modifizierter Fassung gelangte er mit der Begründung am 8. Januar 1887[59] zur Aussprache des ungarischen Parlaments. Obwohl es sich um einen sehr anregenden und modernen Entwurf handelte, der auch die bestehenden europäischen zivilrechtlichen Regelungen berücksichtigte, ist er nie in Kraft getreten. Im veröffentlichten Gesetzesentwurf und der dazugehörigen Begründung wurde der Pflichtteil (als kötelesrész bezeichnet) selbstständig als dritter Teil angeführt. Was diesen Entwurf betrifft, gehen wir nur kurz auf seine Rechtsgrundlage ein.[60] Als berechtigte Personen wurden die gesetzlichen Erben bestimmt: Abkömmlinge, Eltern und der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin, wenn ihnen zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers ein gesetzliches Erbrecht zustand und sie nicht durch ein gültiges Rechtsgeschäft *mortis causa* von der von der Erbfolge aus gesetzlichen Gründen ausgeschlossen waren (§ 65, 81). Das Recht darauf entstand mit dem Todestag des Erblassers (entscheidend war das Delationsprinzip). Kein Anspruch auf den Pflichtteil stand denjenigen Berechtigten zu, die zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers erbunfähig oder erbunwürdig waren, wenn sie auf das Erbrecht in einem gültigen, mit dem Erblasser abgeschlossenen Verzichtsvertrag verzichteten haben, oder vor dem Erblasser verstarben (dies galt nicht für die Nachkommen, bei denen man das Repräsentationsrecht angewendet hatte, sie wurden durch ihre Nachkommen ersetzt). Seine Höhe änderte der Entwurf nicht und die JKK-Regelung blieb teilweise in Kraft: Der Pflichtteil stellte unter Berücksichtigung der § 66 bis 68 bei seiner Berechnung im Falle der Nachkommen die Hälfte des Erbschaftswerts dar, den die besagten Personen per Gesetz erben würden (§ 86) und ein Drittel vom Wert des gesetzlichen Anteils im Falle der Eltern (§ 95). Der Wert der Erbschaft umfasste den gesamten Nettowert des gesamten Vermögens des Erblassers einschließlich der geleisteten Schenkungen und nach Abzug der Schulden und Passiva der Erbschaft (§ 69, 70). Schenkungswerte wurden nach dem Tag der Schenkung berechnet. Für den überlebenden Ehegatten/ die überlebende Ehegattin wurde im Entwurf nur das Recht vorgesehen, den bestimmten Nachlasswert zu nutzen (§ 65 mit Hinweis auf § 16 JKK, dessen Gegenstand die Bestimmung des durch den Entwurf aufgehobenen Witwenrechts war). Dieser errechnete sich in dem Falle, dass die Eltern um den Pflichtteil konkurrierten, nur aus dem Wert des Stammesguts. Die Formen der Pflichtteilserfüllung formulierte der Entwurf wie folgt: Zunächst empfahl er Geldleistungen, wenn sich die Erben allerdings mit dem Pflichtteilsberechtigten einigten, waren Leistungen *in natura* möglich. Erhielt der anspruchsberechtigte gesetzliche Erbe mit Anspruch auf den Pflichtteil weniger aus der Erbschaft als sein Pflichtteil ausmachte, so hatte er An-

[56] § 4 der JKK: *„Das Schenkungsrecht wird auch durch den gesetzlichen Erbteil direkter Nachkommen der absteigenden Linie und, falls es diese nicht gäbe, durch den gesetzlichen Erbteil lebender Eltern beschränkt.“* Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung der JKK: Entscheidung Nr. P. 4537/1913. Was zu den üblichen Gelegenheitsgeschenken gehörte, die nicht auf den Pflichtteil angerechnet wurden, siehe z.B. die Entscheidung des Obersten Gerichtes, das entschieden hat, dass die Umstände des Einzelfalls und auch die persönlichen und wirtschaftlichen Umstände des Erblassers – des Schenkers – die maßgebenden Umstände sind, siehe Entscheidung NS30/IX. 1936 Rv I 1046/36.

[57] Zitiert nach der Entscheidung NS 21/IX. 1929 Rv III 1590/28.

[58] Dieser Entwurf wurde nicht analysiert, weil die Analyse den Umfang dieser Studie sprengen würde.

[59] MAKÁCS, A., Teleszky István öröklési jogi törvénytervezete, különös figyelemmel a törvényes öröklés rendezésére. In: *Miskolci jogi szemle*, vol. 16, Nr. 1, Bd. 1, 2021, S. 96–97 (verfügbar unter: https://matarka.hu/cikk_list.php?fusz=176822, letzter Zugriff: 19. 02. 2022).

[60] Verarbeitet laut *Az 1887. évi. szeptember ho 26-ára hirdetett országgyűlés képviselőházanak irományai*. 2. kötet. Hiteles kiadás. Budapest, 1887, S. 10–14.

spruch auf die sog. Ergänzung (Redintegration) und umgekehrt, wenn die Schenkungen seitens des Erblassers den Wert seines Pflichtteils überstiegen, war er verpflichtet, diese Schenkungen auf seinen Pflichtteil anzurechnen. Das Pflichtteilsrecht wurde bei repräsentationsberechtigten Abkömmlingen ausgeübt, diese Gruppen übten hingegen das Pflichtteilsrecht der Eltern und des überlebenden Ehegatten als individuelles, subjektives Recht ohne Verfügungsrecht *mortis causa* oder *inter vivos* aus.

2.2 Der Entwurf des ungarischen bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahr 1900[61]

Bei den Vorbereitungsarbeiten am Entwurf des ungarischen bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahr 1900 (weiter nur EGB) hat die Kodifikationskommission (gegründet 1895) in den Diskussionen keine Einwände gegen die Beibehaltung des Pflichtteils erhoben und angesichts der positiven Bewertung der bisherigen Anwendung dessen Übernahme in das ungarische Erbrecht vorweggenommen. Zugleich hat der Entwurf auch einige Schwierigkeiten berücksichtigt, mit denen sich der Gesetzgeber auf Grundlage der bis dahin bestehenden Regelung der JKK auseinandersetzen musste. Versucht wurde ein ausgewogenes Verhältnis zwischen uneingeschränkter Testierfreiheit und einer strengen gesetzlichen Erbordnung, bzw. der Zwangsbindung der Vermögenserbfolge oder eines Teils des Vermögens zugunsten bestimmter gesetzlicher Erben. In der Begründung der Gesetzesvorlage finden sich zu der Kardinalfrage nach Umfang und Form der Pflichtteilskodifizierung eine Reihe interessanter Stellungnahmen, die für die oben erwähnte Abwägung zwischen *libertas testandi* und der notwendigen Beschränkung zugunsten des Schutzes berechtigter, gesetzlicher Erben plädierten. Wir zitieren daraus eine Rechtsgrundlage, die die Grenzen der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge in Bezug auf den Pflichtteil bestimmt: „Da es einerseits unmöglich ist, mit der zwingenden Norm vollständig den Übergang der Erbschaft zu binden und zu fixieren und somit individuelle familiäre Beziehungen außer Betracht zu lassen, würden wir andererseits übertreiben, wenn wir dem Erblasser völlige Willensfreiheit ließen und es seiner Leichtsinnigkeit oder Bosheit gestatten würden, die Erbschaft denen, denen es aufgrund eines allgemeinen Rechtsgefühls ohnehin schon gehört, vollständig zu entziehen." Aus diesem Grund lässt sich heute sagen, dass alle Rechtsordnungen im Rahmen des Erbrechts diese beiden Sichtweisen vereinigen, indem sie einerseits den Übergang der Erbschaft dem Testator anvertrauen, ihn andererseits aber einer eigenen zwingenden Regelung unterwerfen. Aus dieser Perspektive handelt es sich eher um eine dialektische Unterscheidung zwischen einer Rechtslösung nach dem französischen System (das, wie gesagt, dem ursprünglichen ungarischen Recht näher kommt), bei dem der Gesetzgeber von einem bestimmten gebundenen Anteil an der Erbschaft ausgeht, über den der Erblasser nicht verfügen kann und nur ein gewisser Teil wird der freien Verfügung überlassen, oder nach römischem Recht, das auf Testierfreiheit beruht und den Pflichtteil nur als Beschränkung festlegt. Der zukünftige Gesetzgeber müsse daher angemessen zwischen der uneingeschränkten Testierfreiheit des Erblassers und einer strengen Bindung an die zwingende Regelung jahrhundertelang erhalten gebliebener gesetzlicher Erbfolge des Erbvermögens (Avitizität) abwägen. Lassen Sie uns noch einmal aus der Begründung der Gesetzesvorlage zitieren: „Die volle Vermögensbindung, die unser ursprüngliches Recht bei der strengen Hervorhebung der Avitizität zeigt, ist nicht mehr haltbar… **Dass der Gesetzgeber auch mit dem Testator die schwierige Aufgabe der Bestimmung des Vermögensübergangs teilen muss, kann daher als Grundsatz dienen. Der EGB war darum bemüht, dass, wenn es pflichtteilswürdige Personen gibt, der Erblasser auch über mindestens die Hälfte des Vermögens verfügen könnte.**"

In der Systematik des Paragraphentextes des EGB haben die Entwerfer für ihn einen eigenen fünften Artikel (deutsch Titel) vorgesehen und seine Verselbstständigung damit begründet, dass seine Regelung nicht nur gesetzliche, sondern auch testamentarische und vertragliche Erbfälle betreffe. Probleme bei seiner Einordnung betrafen die gesetzliche Anwendung, nämlich das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes *mortis causa* oder des Vertragerbens, die mit dem im Gesetz festgelegten Pflichtteil konkurrieren und ihm widersprechen würden. Aufgrund des oben Angeführten war den Entwerfern eine mögliche künftige Aufnahme in die Institute des gesetzlichen Erbrechts (z. B. auch in einen anderen Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches) durchaus bewusst, da sie hier offensichtlich einen Zusammenhang mit Fällen der Intestaterbfolge sahen. Der Pflichtteil betraf nur bestimmte gesetzliche Erben und die Berechnung seines Wertes war auch an den gesetzlichen Erbteil bzw. das gesetzliche Nutzungsrecht des Berechtigten geknüpft. In der Begründung der Gesetzesvorlage heißt es, dass „die gesetzliche Erbfolge Quelle und Maß des Pflichtteils ist (a törvényi örökjog a kötelesrésznek forrása és mértéke)."

Form und Umfang des Pflichtteils blieben umstritten. Die Gesetzgeber entschieden sich zwischen der Bestimmung des gesetzlich festgelegten Erbteils, wobei eine abweichende Willens- oder Vertragsbestimmung bis zur Höhe dieses Anteils nicht gültig wäre, und der Form eines Vermächtnisses, d.h. die Festlegung der konkreten Substanz des Nachlasses durch das Nutzungsrecht, durch die Übertragung *in natura* oder durch Auszahlung des Geldwertes eines festgelegten Anteils. Die Autoren des EGB experimentierten nicht und stützten sich auf die geltende Regelung der JKK, die sich am ABGB orientierte und legten als Pflichtteil einen festen Anteil am Nachlass für den Pflichtteilsberechtigten fest: die Hälfte des Wertes seines gesetzlichen Erbteils / bzw. Nutznießung der Hälfte des bestimmten Nachlasses. Laut Begründung der Gesetzesvorlage hielt das damalige Recht nach ungarischer Praxis an einer realen Geldabfindung fest, obwohl § 7

[61] Es war ein Entwurf, der ursprünglich von Gustav Szászy-Schwarz, Professor an der Juristischen Fakultät in Budapest für die Kodifizierungskommission ausgearbeitet wurde. Veröffentlichte Fassung des Gesetzesentwurfes: *A magyar általános polgári törvénykönyv tervezete.* Budapest, 1900 (ungarisch); *Entwurf eines ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*. Budapest, 1901(deutsch); Begründung der Gesetzesvorlage: *Indokolás a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez. Örödik kötet. Öröklési jog.* Budapest, 1902. Dieses Unterkapitel wurde aus folgender Publikation erarbeitet: ŠVECOVÁ, A. – GERGEL, P., *Dedičské právo podľa I. návrhu uhorského všeobecného občianskeho zákonníka z roku 1900 (vo vybraných právnohistorických a lingvistických súvislostiach).* Praha, 2021, S. 115–125.

JKK eindeutig nur die „Herausgabe eines bestimmten Erbteils" forderte. Die Verfasser haben sich für **die Beibehaltung der Pflicht entschieden, den Pflichtteil für die Abkömmlinge und Eltern ausschließlich in Geld auszuzahlen**,[62] weil diese Methode eine einfachere Abwicklung (Ausgleich) des Nachlasses förderte. Die einzige vom Gesetz zugelassene Form der Geldleistung stellte daher eine Leistung des Pflichtteils des Abkömmlings und des Elternteils dar (mit Ausnahme der Sachleistung nach § 1968). Die Auszahlung des Pflichtteils konnte die Abbrückelung kleinerer Liegenschaften und Höfe, eine damals sehr weit verbreitete Konsequenz der damaligen gesetzlichen Erbfolge, elegant verhindern und Zwangsverkäufe und Versteigerungen des Nachlasses verhindern. Darüber hinaus, so die Begründung der Gesetzesvorlage, „haben wir in einer fast ein halbes jahrhundertlangen Praxis festgestellt, dass die Barauszahlung des Pflichtteils weder in der Gerichtspraxis Schwierigkeiten noch Unzufriedenheit in der Gesellschaft hervorrufen würde", und der EGB hat es nicht für notwendig gehalten, die derzeitige Rechtslage gegen eine unsichere und dubiose Regelung zu tauschen.

Berechtigte Personen und deren Pflichtteilsansprüche wurden durch den EGB in den einschlägigen § 1953 bis 1955 geregelt. Für Pflichtteilsberechtigte und -würdige und für die auf den Pflichtteil Angewiesenen hat der EGB einen erweiterten Kreis der gesetzlichen Erben vorgeschlagen: Er behielt vor allem die JKK-Regelung bei, wonach der Pflichtteil den Abkömmlingen und Eltern gebühre, und fügte diesem Personenkreis den überlebenden Ehegatten bei, bzw. begründete er auch einen Pflichtanspruch der Witwe, der ein Anspruch auf verpflichtende Nutzung einer bestimmten Hälfte des Nachlasses (der sogenannte Zwangsnutzungsanteil)[63] zusteht. Der EGB formulierte das Recht der Berechtigten gemäß der ursprünglichen Regelung in der JKK als das Recht eines Berechtigten, der mangels letzter Verfügung (Testament) gesetzlicher Erbe des Erblassers werden würde.

Allerdings war das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts *mortis causa* nach dem Wortlaut der Begründung der Gesetzesvorlage nicht Voraussetzung für den Pflichtteilsanspruch, sondern *vice versa* eine Option, mit der der Erblasser eine über den Pflichtteil eines Nachlasses hinausgehende Testierfreiheit ausübte. Das Erlöschen des Pflichtteilsanspruchs dieser Personen war an erbliche Unfähigkeit oder Unwürdigkeit – bzw. Erbausschließung oder Verzicht auf die gesetzliche Erbfolge oder Verzicht auf einen Pflichtteil gebunden.

Neben den Pflichtteilsberechtigten legte der EGB weitere Voraussetzungen für die Erbfolge *pars legitima* fest: die konkurrierende Existenz eines anderen Erben oder Miterben, in dessen Erbberechtigung, bzw. Erbanteil der Pflichtteilsanspruch eingegriffen hat, und zwar aus jeglichen Erbrechtstiteln. Hierbei handelte es sich hauptsächlich um Konkurrenzfälle zwischen den Ansprüchen des überlebenden Ehegatten und der Erben des Stammesguts.

Zunächst normierte er **den Pflichtteil der Abkömmlinge** als gesetzlicher Erben der ersten Erbgruppe. Ihren Pflichtteil nach § 1953 brauchte der Entwurf nicht allzu umfangreich zu begründen, da es sich um „die natürlichste und gerechtfertigteste Erbfolge" handelte. Gleichzeitig unterschied der Entwurf bei der Erbfolge der ersten Erbsgruppe gemäß der bestehenden Regelung der JKK (§ 9) nicht zwischen ererbtem (d. h. Stammesgut) und erworbenem Vermögen und verstärkte damit Vereinigungstendenzen zugunsten der Vererbung des Nachlasses als einer Gesamtheit der Aktiva und Passiva, der von den Abkömmlingen ererbt wurde, ohne dabei Art und Weise, Quantität und Qualität des Vermögens beweisen zu müssen.

Der Pflichtteil der Eltern, der oft mit dem Pflichtteil des überlebenden Ehegatten (bzw. der Witwe) konkurrieren konnte, wurde durch § 1955 geregelt. Ausgangspunkt der EGB-Regelung war § 7 JKK. Die Verfasser des EGB haben sich zu Beginn ihrer Überlegungen Gedanken darüber gemacht, an welches Vermögen der Pflichtteil des Elternteils zu binden wäre, und tendierten in Übereinstimmung mit der JKK und der damaligen Praxis zu seiner Beschränkung auf das Stammesgut. Diese Idee basierte auf der Aufrechterhaltung des Rücknahmerechts von Vermögen aus Erbschaften (ergo des Stammesguts) nach dem Prinzip *paterna–materna* zugunsten der Aszendenten und durch diese für die Kollateralen. Dazu hat sich die Begründung der Gesetzesvorlage eindeutig geäußert: „Die Stammeserbfolge ist ihrer Natur nach Erbfolge in absteigender Linie (leszálló öröklés). Objektiv erhält der Elternteil einen Pflichtteil daran nicht nach dem eigenen Kind, sondern nach dem eigenen Elternteil. Bezüglich dieses Vermögens ist der Pflichtteil ein bewährtes (Institut, Anm. der Verfasser) und er wird auch durch den genannten § aufrechterhalten." Der künftige Gesetzgeber hat sich allerdings durchaus die Frage gestellt, ob es gerecht ist, den Pflichtteil des Elternteils nach seinem Tod durch das Repräsentationsrecht auf seine Kinder, also auf die Geschwister des Erblassers, zu übertragen, begnügte sich aber mit einer negativen Antwort (ähnlich dem Erbgesetzentwurf von 1887), weil es nicht einmal das damalige ungarische Recht oder das Recht anderer europäischer Staaten zufriedenstellend lösen konnte. Im § 1955 wurde der Pflichtteil am Stammesgut maximal bis zur Hälfte zugunsten der Eltern belassen. In diesem Fall war die Form des Pflichtteils an die Übertragung eines bestimmten Vermögens *in natura* gebunden. Wenn das Stammesgut nicht vorhanden war, gab es natürlich keinen Anspruch der Eltern auf einen Pflichtteil.

Der neu gebildete **Pflichtteil des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin** wurde im Entwurf als neuer Erbanspruch des Ehegatten/der Ehegattin geschaffen, den das ursprüngliche ungarische Recht überhaupt nicht kannte (der Erbgesetzentwurf von 1887 hat ihn jedoch auch formuliert) und eigentlich wurde auch die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten selbst in der Regelung in der Epoche nach dem Tripartitum erst aufgrund des Gesetzesartikels XI/1687 heimisch. Der EGB hat argumentiert, dass bei einer innigen Beziehung der Ehegatten diese Liebesbeziehung auch den Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin begründe.[64] Die Gesetzgeber begannen sich erst über den Pflichtteil des Ehemannes/der Ehegattin Gedanken zu machen, nachdem sie die Regelung eini-

[62] Sie akzeptierten auch die oben genannten ethischen und praktischen Gründe, auf die sich auch die französischen und schweizerischen Regelungen stützten, ebenso wie das BGB, und diese Stellungnahme stand auch im Einklang mit dem ursprünglichen Recht.

[63] PETROVICS, L., Köteles rész. In: *Magyar kodifikáczió*, Nr. 3, 1903, S. 57.

[64] PETROVICS, L., Köteles rész. In: *Magyar kodifikáczió*, Nr. 3, 1903, S. 58.

ger deutscher Gesetzbücher und auch die des Entwurfs des ungarischen Erbgesetzes von 1887 studiert hatten. § 1805 des EGB sah daher die gesetzliche Erbfolge des Ehemanns/der Ehegattin nur als dispositive Norm vor, die der Erblasser (Ehemann/Ehegattin) durch das Rechtsgeschäft *mortis causa* ändern und damit den überlebenden Ehegatten auch vollständig von der Erbfolge ausschließen konnte. Die Gesetzgeber haben dies damit begründet, dass bei einer starken emotionalen und vermögensrechtlichen Bindung zwischen den Ehegatten zugunsten einer gesetzlichen ehelichen Erbfolge derselbe Grund zugunsten des Pflichtteils des Ehegatten geltend gemacht werden kann. Andererseits gab es berechtigte Vorbehalte gegen dessen Zuerkennung zugunsten des überlebenden Ehegatten, der nach dem Tod des Erblassers oft anderweitig durch Vermögen gesichert war (was normalerweise für Witwer, weniger für Witwen galt). Die Autoren des EGB haben jedoch zu Recht angenommen, dass es menschlich und sozial angemessen ist, den überlebenden Ehegatten durch einen gesetzlichen Anspruch auf einen Pflichtteil vor materieller Not und sozialem Abstieg zu schützen. Er sollte daher nicht einen festen Anteil am Nachlass bilden, sondern nur ein Vorzugsnutzungsrecht für maximal die Hälfte des Nachlasses sein, insbesondere wenn dieses häufig aus der gemeinsamen Arbeit und der Vermehrung des Vermögens während der Ehe mit dem überlebenden Ehegatten stammt. Die Autoren waren ferner der Ansicht, dass es am besten wäre, den überlebenden Ehegatten materiell durch die Bestimmung des Rechts auf Nutzung eines bestimmten Anteils abzusichern und dadurch dieser Verpflichtung gerecht zu werden. In der Praxis sollte das Nutzungsrecht von einem bekannten und alten Institut konsumiert werden, nämlich von dem gesetzlichen (oder durch das Gewohnheitsrecht konstituierten) Unterhalt einer Witwe, den der Entwurf auch auf den Witwer anwenden würde. Die Nutzung einer Hälfte des Nachlasswertes diente einem angemessenen und notwendigen Unterhalt. Im Zusammenhang mit den vielfältigen Vermögens- und Familienverhältnissen erlaubte § 1959 wahlweise und im gegenseitigen Einvernehmen der Erben und des überlebenden Ehegatten die Verwandlung des gesetzlichen Nutzungsanteils in die Zahlung einer Barrente, die drei Monate im Voraus zu zahlen war.[65]

Der EGB ergänzte den Pflichtteil des Ehemanns/der Ehegattin auch durch **eine Neuregelung des Pflichtteils der Witwe** (§ 1958), die zwar die ursprüngliche gesetzliche Regelung (§ 15 und 16 JKK) einer materiellen Sicherung der Witwe kodifizierte, jedoch ohne Berücksichtigung der Standeszugehörigkeit. Man kann den Pflichtteil auch im engeren Sinne als eine Solution für die Unterhaltspflicht bezüglich der überlebenden Ehefrau aus dem Nachlass des Ehemanns (des Erblassers) verstehen. Er schützte die Witwe vor den Ansprüchen der Nachkommen und Eltern auf ihren Pflichtteil (d h. auf den Pflichtteil der Nachkommen und Eltern). Der Witwe stand ein Witwenpflichtteil zu, wenn sie von der Erbfolge ausgeschlossen war, bzw. wenn sie kein Recht auf einen obligatorischen ehelichen Anteil hatte. Der Witwe stand er hingegen nicht zu, wenn sie nach § 1954 einen obligatorischen ehelichen Anteil auf die Hälfte des Nachlasses erworben hatte. Durch die Begründung der Gesetzesvorlage wurde *expressis verbis* Folgendes bestätigt, „in diesem Fall hat sie keinen besonderen Anspruch auf den Pflichtteil."

Die Form dieses Pflichtteils kopierte das ursprüngliche Nutzungsrecht der Witwe im Umfang von maximal der Hälfte des Nachlasses des Erblassers. Der Erblasser (Ehemann) durfte ihn aber nach einer vorgeschlagenen Änderung des § 1958 durch das Rechtsgeschäft *mortis causa* nicht weiter als auf das gesetzliche Maß des angemessenen Unterhalts reduzieren. Aus dem Formulierungsvorschlag ergibt sich ferner, dass in dem Falle, dass die Witwe keinen Anspruch auf den obligatorischen ehelichen Anteil hatte oder bei seiner Reduzierung, dieser (der obligatorische eheliche Anteil) in Konkurrenz zum elterlichen Pflichtteil stand, und der Pflichtteil der Witwe auf den Wert eines angemessenen und üblichen Unterhalts ergänzt werden sollte (es handelt sich hierbei um einen subjektiv empfundenen Anspruch, den die Rechtsprechung bereits korrigierte). Jedoch konnten beide Pflichtteile (der eheliche Pflichtteil und der Pflichtteil der Witwe) objektiv das Nutzungsrecht auf die Hälfte des Nachlasses nicht überschreiten.

Gleichzeitig galt, dass beim Zusammentreffen des Pflichtteils der Witwe mit dem Pflichtteil des Elternteils der angemessene Unterhalt vorrangig aus dem Vermögen geleistet wurde, aus dem er dem Elternteil im Rahmen der Stammeserbfolge herausgegeben wurde, aber auch unter Berücksichtigung des § 1957, dem gemäß der Pflichtteil nur auf denjenigen Anteil an der Hälfte des Nachlasses ausgeweitet wurde, der nach Abzug die Hälfte des elterlichen Anteils ausmachte.

Der Nettowert des Vermögens des Erblassers wurde zur Grundlage für die Berechnung des Pflichtteils. Nach dem Wortlaut der Begründung der Gesetzesvorlage zu § 1960 gilt: „Für die Bestimmung des Pflichtteils ist in erster Linie der Nachlass in seinem Zustand und Wert zum Zeitpunkt des Todes maßgebend. Von diesem Wert sind die Schulden des Erblassers und die Nachlasskosten abzuziehen." Wiederum war der Todeszeitpunkt (Delationsprinzip) maßgebend, an den die Anrechnung weiterer Werte (nach Erfüllung anderer Voraussetzungen) der § 1961, 1962 gebunden war. Dies waren vor allem Schenkungen des Erblassers vor seinem Tod an die Pflichtteilsberechtigten. Insbesondere seine späteren Zuwächse, Früchte oder Verluste galten zum Zeitpunkt des Todes nicht als Nachlass, verglichen mit der bestehenden Rechtslage nach § 77 des Gesetzesartikels Nr. XVI/1894, wonach Erben Gerichtsstreit vermeiden, wenn sie sich den vom Pflichtteilsberechtigten geforderten Betrag sichern. Aus einem so ermittelten Nachlasswert mussten zuerst die nach § 2007 des EGB (der die Nachlasskosten, die bereits durch die Gerichtspraxis definiert wurden, bestimmte, wie z. B. Kosten der Heilbehandlung, Beerdigungskosten und Kosten des Nachlassverfahrens) ermittelten Passiva (Schulden und Aufwendungen) des Nachlasses bezahlt werden. Die häufigsten Probleme wurden durch die Leistungen von Verpflichtungen und Rechten verursacht, die auf der Grundlage einer unbestimmten aufschiebenden Bedingung festgelegt wurden. Diese wurden nicht angerechnet, im Gegenteil, wenn sie an die Aufhebungsbedingung gebunden waren, wurden sie dem Nachlass angerechnet. Bei der Behandlung dieser vagen Rechte und Pflichten hat sich auch in anderen europäischen Rechtsordnungen die Anwendung des römischen Rechts des Falcidian Quartetts etabliert. Diese wurde auch im EGB bei der Berechnung des Pflichtteils angewendet, mit der Begründung, dass der Pflichtteilsberechtigte Gläubiger

[65] PETROVICS, L., Köteles rész. In: *Magyar kodifikáczió*, Nr. 3, 1903, S. 58.

des Nachlasses ist (§ 2007 EGB) und so ist der Erbe ihm gegenüber verpflichtet, bei der Sicherung/Erfüllung seines Anspruchs auf den Pflichtteil die erforderliche Sorgfalt walten zu lassen (z. B. das Nachlassinventar zu erstellen und es dem Pflichtteilsberechtigten zur Verfügung zu stellen). Der Änderungsvorschlag zielte darauf ab, bei der Berechnung, Anrechnung und dem Abzug einzelner Vermögenswerte das aktuelle Recht zu berücksichtigen, worunter man bei diesem grundsätzlichen Problem die bestehende Rechtsprechung verstanden hat.

Bei der Problematik der Anrechnung zuvor geleisteter Geschenke wurde die JKK-Regelung (§ 4, 7, 8) in Hinblick auf die Erhöhung des Nachlasswertes in Höhe des geleisteten Geschenks angewandt, die nur auf Verlangen des Pflichteilsberechtigten nach § 1962 zu erfolgen hatte. Als ein solches Geschenk wurden auch Geschenke angesehen, die der Erblasser an den Pflichtteilsberechtigten geleistet hat. Dieser § legt jedoch die Frist auf 10 Jahre vor dem Tod des Erblassers fest, innerhalb derer die besagte Ergänzung und die Schenkungen erfolgen mussten.[66] Der Wert des Geschenks war an den Zeitpunkt der Schenkung gebunden, nicht an den Zeitpunkt des Todes, jedoch wurden in diese Geschenke keine üblichen, dem Wert des Erblasservermögens angemessenen Gelegenheitsgeschenke eingerechnet oder solche Geschenke, die der Beschenkte unentgeltlich in den Nachlass zurückgegeben hat (§ 1962 Abs. 2).

Dem pflichtteilsberechtigten Abkömmling, der der nächste Verwandter war, wurde sein Pflichtteil stets aus dem gesetzlichen Pflichtteil berechnet. § 1963 folgte dem *successio graduum et ordinum* und der Nachkomme, dem der Erblasser rechtmäßig einen gesetzlichen Erbteil, bzw. seinen Pflichtteil entzog, oder der darauf verzichtet hat, wurde immer zu den Pflichtteilsberechtigten gerechnet. Andere Berechtigte, die vom Erblasser aus der gesetzlichen Erbfolge detto ausgeschlossen wurden, oder die selbst darauf verzichteten, wurden im Gegensatz dazu nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gezählt.

Der Erblasser konnte den Pflichtteil dem Ehegatten und der Witwe entziehen (kitagad) und zwar aus Gründen, aus denen die Trennung der Ehe beantragt werden konnte (§ 1977).

Beim Zusammentreffen des Pflichtteils des Ehemannes/der Ehegattin und der Eltern durften die Ansprüche des Ehemannes/der Ehegattin nicht in die Ansprüche der Eltern eingreifen (§ 1857) und gleichzeitig galt die oben erwähnte Bestimmung des § 1811, dass der Ehemann/die Ehegattin das gesamte Stammesgut dem Elternteil zu übergeben hat. Die Autoren des EGB haben dies in der Begründung der Gesetzesvorlage angemessen kommentiert: „Weiters war festzuhalten, dass sich bei einem Konflikt zwischen ehelichem und elterlichem Pflichtteil der eheliche Pflichtteil nur auf den Teil der Nachlasshälfte erstreckt, die nach Abzug des elterlichen Pflichtteils verbleibt (§ 1957 EGB). Mit anderen Worten, wenn der gesamte Nachlass nur aus dem Stammesgut besteht, gibt es keinen obligatorischen ehelichen Anteil; stammt der Nachlass zum Teil aus dem erworbenen Vermögen, so steht dem Ehegatten das Nutzungsrecht am Pflichtteil nur zur Hälfte des erworbenen Vermögens zu.

§ 1956 hob jedoch das Pflichtteilsrecht auf, wenn die Pflichtteilsberechtigten nur dann gesetzliche Erben wurden, wenn der nähere gesetzliche Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen (oder enterbt) wurde oder die Erbschaft ausgeschlagen hat. Natürlich löste der EGB die Konkurrenz von näheren und entfernteren Verwandten, denen der Pflichtteil zusteht, zugunsten der näheren.

Maßgebend für den **Entzug des Pflichtteils**[67] der Nachkommenschaft wurde § 1976, der die aus der ungarischen Praxis bekannten Enterbungsfälle aus der gesetzlichen Erbfolge der Nachkommenschaft präzisierte (unter Berücksichtigung typischer Fälle von Anschlägen gegen Leben und Gesundheit des Erblassers, Folter oder Misshandlung, Nichterfüllung der Unterhaltspflicht und eine öffentlich sittenwidrige Lebensweise des Pflichtteilsberechtigten).

Allerdings konnte der Erblasser später die besagten Taten vergeben und den Anspruch auf den Pflichtteil wiederherstellen (§ 1978). Diese Eventualität war bereits in der bisherigen Gewohnheitsregelung (bzw. in der darauf aufbauenden Testamentspraxis) bekannt und der EGB berief sich in § 1981 darauf, als der Erblasser den Pflichtteil des verschwenderisch lebenden Abkömmlings nur so einschränken konnte (ungarisch korlátoz), dass sein Pflichtteil nach dem Tod des Verschwenders seinen Nachkommen oder seinen gesetzlichen Erben oder Nacherben, oder seinen Vermächtnisnehmern zufallen sollte, und zwar im Verhältnis zu ihren gesetzlichen Erbteilen. Daher entzog der Erblasser seinem verschwenderisch lebenden Nachkommen nur das Verfügungsrecht über den Pflichtteil, der hinnehmen musste, dass der Pflichtteil nach seinem Tod den vom Erblasser bestimmten gesetzlichen oder testamentarischen Erben zufällt. In der Regel handelte es sich aber wiederum um die Nachkommen des Verschwenders. Der Entzug oder die Einschränkung des Pflichtteils wurde durch § 1982 ausschließlich in Form einer letztwilligen Verfügung mit zwingender Angabe des Grundes geregelt.[68] Ergänzend sei noch erwähnt, dass § 1978 die Gründe für den Entzug des elterlichen Pflichtteils nach Buchstabe a) bis c) § 1976 ähnlich bestimmt hat. Die Gesetzgeber waren sich der Kontroversen und eines wachsenden Widerstands der europäischen Zivilistik gegenüber dem Entzug wohl bewusst, haben ihn jedoch im Entwurf als Institut belassen, das weiter diskussionsbedürftig ist.

§ 1965 sah vor, dass der Erblasser den Pflichtteil entweder aufgrund einer testamentarischen Verfügung hinterlassen konnte oder dadurch, dass er die gesetzliche Erbfolge ganz oder teilweise unberührt belassen hat. Der Pflichtteil umfasste alles, was der Berechtigte durch Erbsubstitution oder Anwachsungsrecht erlangte. Wenn der Berechtigte weniger als seinen Pflichtteil erworben hat, konnte er dessen Ergänzung verlangen (§ 1966).

---

[66] Es handelte sich um eine allgemeine Verjährungsfrist nach § 1326 EGB.

[67] In der Begründung der Gesetzesvorlage heißt es: „Der Entzug des Pflichtteils (kötelesrész elvonásának intézményét) kennt auch unser positives Recht unter der Bezeichnung Enterbung (ung. kitagadás)."

[68] Zu der erwähnten begünstigenden Regelung erklärte Petrovics: *„Der Entwurf sieht nicht vor, dem verschwenderischen Nachkommen den Pflichtteil zu entziehen, sondern nur sein diesbezügliches Recht durch Überlassen des Pflichtteils dem Nachkommen des Verschwenders einzuschränken. Diese Maßnahme des Entwurfs entspricht voll und ganz der inneren Struktur der Familie – ihrer ethischen Dimension. Sie schützt die Nachkommen eines verschwenderischen Nachkommen vor finanziellen Verlusten und den Erblasser vor der Notwendigkeit, sie zu enterben, was in der öffentlichen Meinung als stigmatisierend und rüksichtslos empfunden wird."* Zitiert nach PETROVICS, L., Köteles rész. In: *Magyar kodifikáczió*, Nr. 3, 1903, S. 59.

Soweit der Erblasser eine Bedingung oder Belastung an den Pflichtteil knüpfte, waren diese absolut ungültig (§ 1967 Abs. 1). Ebenso wenn der Erbe (bzw. auch der Vermächtnisnehmer) und der Pflichtteilsberechtigte in einer Person durch die Herausgabe des Vermächtnisses oder eine andere Belastung belastet würden, die seinen Pflichtsteil minderten, könnte er deren anteilige Herabsetzung verlangen (bzw. er konnte sie selber herabsetzen).

3. Linguistische Analyse von Rechtsbegriffen im Zusammenhang mit dem Pflichtteil

Bei der linguistischen Analyse der Pflichtteil-Terminologie dient uns als Basis der EGB, bzw. der fünfte Titel, der sich auf den Pflichtteil bezieht.[69] Im Folgenden konzentrieren wir uns auf die wichtigsten Rechtstermini rund um den Begriff „Pflichtteil" und natürlich auch auf diesen Begriff selbst. Wir versuchen hierbei ein Begriffssystem zu skizzieren und gehen auch auf die Beziehungen zwischen den einzelnen Begriffen ein und zwar auch kontrastiv (deutsch-ungarisch). Neben dem Pflichtteilsbegriff, der in diesem terminologischen Mikrosystem als Basis gilt, werden wir auch den Begriff „Pflichtteilsberechtigter" (Noterbe) untersuchen. Bei der Analyse werden wir auch die Frage beantworten, ob es zwischen diesen beiden Begriffen Unterschiede gibt, und versuchen unsere Ergebnisse auch mit Hilfe einer Kollokationsanalyse[70] zu untermauern.

Die Bedeutungen der einzelnen Begriffe versuchen wir mit Hilfe der Kollokationsanalyse abzugrenzen, dazu nehmen wir auch legale Definitionen und die Fachliteratur in Anspruch. Die Kollokationen können mit Hausmann als „typische, spezifische und charakteristische Zweierkombinationen von Wörtern"[71] bezeichnet werden. Der genannte Autor geht von der Binarität aus und postuliert eine kollokationsinterne hierarchische Bedeutung zwischen den Komponenten, die als Basis und Kollokator bezeichnet werden, d.h. eine nicht gleichberechtigte Stellung der beiden Komponenten in der Kollokation. Der Basis ist immer ein Kollokator zugeordnet. Die wichtigste Basiswortart ist in diesem Sinne das Substantiv, „weil es die Substantive sind, welche die Dinge und Phänomene dieser Welt ausdrücken, über die es etwas zu sagen gibt."[72] Die Kollokationen sind ein wichtiger Teil des Wortschatzes. Jede Sprache verfügt über ihr eigenes Inventar an Wortkombinationen, genauer betrachtet handelt sich hierbei um präferierte Wortkombinationen. Sie spielen eine große Rolle nicht nur im Fremdsprachenunterricht, sondern auch in der translatologischen Praxis.[73] Bei der Kollokationsanalyse orientieren wir uns an allen Kollokationen, die den Komponent „pflichtteil" (d.h. Pflichtteil, Pflichtelsberechtigte(r), pflichtteilsberechtigt) beinhalten. Kollokationen können nach verschiedenen Kriterien klassifiziert werden. Bei der strukturellen Klassifizierung der Kollokationen werden ihre morphologischen und syntaktischen Eigenschaften berücksichtigt. Hier unterscheidet man substantivische, adjektivische, verbale und adverbiale Kollokationen.[74] Die Klassifizierung nach semantisch-lexikalischen Kriterien unterscheidet nach Gladysz[75] folgende Merkmale: Idiomatizität, Motiviertheit im Hinblick auf den außersprachlichen Bezug, Umfang des Kollokationsfeldes. Es gibt verschiedene Ansätze zur Delimitation der Kollokationen[76]. Wir werden im Folgenden die Kollokationsprofile der genannten Termini erstellen. Aus morphologischer Sicht handelt es sich um Substantiva. „Nach dem Kookkurrenzmodell für die festen Wortverbindungen mit substantivischer Basis kann man folgende Strukturtypen voraussetzen. Für jedes Substantiv ist die Besetzung einzelner struktureller Typen individuell und nicht jeder Typ muss bei dem jeweiligen Substantiv realisiert werden."[77]

Für das Substantiv „Pflichtteil" haben wir folgendes Kollokationsprofil erstellt (mit ungarischen Äquivalenten):[78]

---

[69] § 1953 – 1982 EGB Wir haben uns für die Analyse dieses Textes entscheiden, weil es sich um ein umfassendes Korpus handelt, das die bestehende Rechtslage von der Verabschiedung der Beschlüsse der JKK (1861) bis 1900 widerspiegelt, als der erste EGB entstanden ist und heimische Terminologie mit ausländischen Terminologiemustern und -konstrukten konfrontiert wurde.

[70] Es handelt sich hierbei um verschiedene Verfahren zur Delimitation von Kollokationen und ihrer Auswertung mit Hilfe verschiedener Methoden.

[71] HAUSMANN, F. J., Kollokationen im Deutschen Wörterbuch. In: BERGERHOLTZ, H. – MUGDAN, J. (Hrsg.), *Lexikographie und Grammatik. Akten des Essener Kolloquiums zur Grammatik im Wörterbuch vom 28. bis 30. 06. 1984.* Tübingen, 1985, S. 113, zitiert nach VAJIČKOVÁ, M., Kollokationen in der Linguistikforschung. In: ĎURČO, P. – VAJIČKOVÁ, M. – TOMÁŠKOVÁ, S. (Hrsg.), *Kollokationen im Sprachsystem und Sprachgebrauch. Ein Lehrbuch*. Nümbrecht, 2019, S. 16.

[72] VAJIČKOVÁ, M., Kollokationen in der Linguistikforschung. In: ĎURČO, P. – VAJIČKOVÁ, M. – TOMÁŠKOVÁ, S. (Hrsg.), *Kollokationen im Sprachsystem und Sprachgebrauch. Ein Lehrbuch*. Nümbrecht, 2019, S. 16, siehe dazu mehr S. 12–21 ebenda.

[73] Vgl. OLEXOVÁ, N. – ORSOLYA, G., Verbale Kollokationen kontrastiv. In: ĎURČO, P. (Hrsg.), *Kollokationsforschung und Kollokationsdidaktik*, Wien, 2016, S. 103, die weiter Folgendes anführen: „Konfrontative Kollokationsforschung kann zur Neuorientierung der Wortschatzarbeit, des Fremdsprachenunterrichts sowie der lexikographischen und translatorischen Praxis dienen. Um Kollokationen richtig übersetzen zu können, sollte der Übersetzer ein gut entwickeltes Kollokationsbewusstsein besitzen und zwar aus der Muttersprache in die Fremdsprache"

[74] VAJIČKOVÁ, M., Klassifizierung der Kollokationen. In: ĎURČO, P. – VAJIČKOVÁ, M. – TOMÁŠKOVÁ, S. (Hrsg.), *Kollokationen im Sprachsystem und Sprachgebrauch. Ein Lehrbuch*. Nümbrecht, 2019, S. 39–40.

[75] GLADYSZ, M., *Lexikalische Kollokationen in deutsch-polnischer Konfrontation*. Frankfurt am Main, 2003, zitiert nach Vajičková VAJIČKOVÁ, M., Klassifizierung der Kollokationen. In: ĎURČO, P. – VAJIČKOVÁ, M. – TOMÁŠKOVÁ, S. (Hrsg.), *Kollokationen im Sprachsystem und Sprachgebrauch. Ein Lehrbuch*. Nümbrecht, 2019, S. 40.

[76] Siehe näher bei ĎURČO, P., Ansätze zur Analyse der Kollokationen. In: ĎURČO, P. – VAJIČKOVÁ, M. – TOMÁŠKOVÁ, S. (Hrsg.), *Kollokationen im Sprachsystem und Sprachgebrauch. Ein Lehrbuch*. Nümbrecht, 2019, S. 51– 65.

[77] ĎURČO, P., Kollokationsprofile. In: ĎURČO, P. – VAJIČKOVÁ, M. – TOMÁŠKOVÁ, S. (Hrsg.), *Kollokationen im Sprachsystem und Sprachgebrauch. Ein Lehrbuch*. Nümbrecht, 2019, S. 69; für die Basis „deutsches SUBSTANTIV" gilt (nach Ďurčo, P. Typologie von Kollokationen In: ĎURČO, P. – VAJIČKOVÁ, M. – TOMÁŠKOVÁ, S. (Hrsg.), *Kollokationen im Sprachsystem und Sprachgebrauch. Ein Lehrbuch*. Nümbrecht, 2019, S. 67): Singular: Adj + Subs1Nom, Sub1Nom + Sub2, Sub1Nom + Verb, Adj + Sub1Gen, Sub2 + Sub1Gen, Verb + Sub1Gen, Adj + Sub1Dat, Sub2 + Sub1Dat, Verb + Sub1Dat, Adj + Sub1Akku, Sub2 + Sub1Akku, Verb + Sub1Akku

[78] In der Klammer geben wir immer die Anzahl der Belege im analysierten Korpus an, falls mehr als ein Beleg verzeichnet werden konnte; in den Belegen wurde die ursprüngliche Rechtschreibung beibehalten.

Singular:

Adjektiv + Substantiv 1 im Nominativ

elterlicher Pflichttheil (3) / szülői kötelesrész
gebührender Pflichttheil (3) / házastársi kötelesrész, özvegyi kötelesrész, házastársi és özvegyi kötelesrész
zustehender Pflichttheil/ házastársi kötelesrész
berechneter Pflichttheil/ kiszámitott kötelesrész

Substantiv 1 im Nominativ + Substantiv 2

Pflichttheil eines der Eltern/ szülői kötelesrész
Pflichttheil des Ehegatten (2) házastársi kötelesrész
Pflichttheil der Witwe/ özvegyi kötelesrész
Pflichttheil des Abkömmlings/ ivadék kötelesrésze

Substantiv 1 im Nominativ + Verb

jmdm. gebührt etwas (nicht) als Pflichttheil (5) / vkit. (nem) illet valami kötelesrészül
Der Pflichttheil übersteigt etwas nicht (2) / a kötelesrész nem halad meg valamit
Der Pflichteil erstreckt sich auf etwas/ a kötelesrész terjed vmire
jmdm. steht der Pflichttheil zu/ vkit. illet valami kötelesrészül
etwas zählt als Pflichttheil/ vmi számit vmit a kötelesrészbe
jmdm. verbleibt der Pflichttheil (2) / vkinek megmarad a kötelesrész
Der Pflichttheil belastet jmdn. (3) / a kötelesrész terhel vkit

Adjektiv + Substantiv 1 im Genitiv

-

Substantiv 2 + Substantiv 1 im Genitiv

Zusammentreffen der Pflichttheile (2) / a kötelesrészek találkozása
Bemessung des Pflichttheiles (4) / a kötelesrész kiszabása
Ergänzung des Pflichttheils/ a kötelesrész kiegészitése
Geltendmachung des Pflichttheiles/ a kötelesrész érvényesitése
Verletzung des Pflichttheiles/ a kötelesrész megsértése
Entziehung des Pflichttheiles/ a kötelesrész elvonása
Beschränkung des Pflichttheiles/ a kötelesrész korlátolása

Verb + Substantiv 1 im Genitiv

-

Adjektiv + Substantiv 1 im Dativ

-

Substantiv 2 + Substantiv 1 im Dativ

-

Verb + Substantiv 1 im Dativ

dem Pflichttheile zu Last fallen/ a kötelesrészt terheli

Adjektiv + Substantiv 1 im Akkusativ

-

Substantiv 2 + Substantiv 1 im Akkusativ

-

Verb + Substantiv 1 im Akkusativ

etwas reicht für den Pflichttheil/ a kötelesrész nem kerül ki vmiből
den Pflichttheil in etwas umwandeln/ a kötelesrészt változtatja vmire
etwas auf den Pflichttheil anrechnen (6) / vmit betud a kötelesrészbe
jmd. verzichtet auf den Pflichttheil/ a kötelesrészről lemond
jmdm. den Pflichttheil entziehen (7) / a kötelesrészt elvonja vkitől
jmdm. den Pflichttheil hinterlassen (2) / vkinek kötelesrészt hagy
den Pflichttheil fordern (4) / kötelesrészt követel
für den Pflichttheil haften/ a kötelesrészért felel
den Pflichttheil beschränken/ kötelesrészt korlátol

Zum Substantiv „Pflichtteilsberechtigter" (bzw. zum Adjektiv „pflichtteilsberechtigt") konnten sehr wenige Kollokationen ermittelt werden, so dass sie auch nicht weiter analysiert wurden:[79]

pflichttheilsberechtigter Abkömmling (3) / a kötelesrészre jogositott ivadék
dem Pflichttheilsberechtigten etwas machen (im Sinne zuwenden) (2) / a kötelesrészre jogosultnak valamit ad
auf Begehren des Pflichttheilsberechtigten/ a kötelesrészre jogosult kivánatára
der Pflichttheilsberechtigte erhält etwas (2) / a kötelesrészre jogosult kap valamit
pflichttheilsberechtigter Legatar/ a kötelesrészre jogosult hagyományos
pflichttheilsberechtigt sein (2) / kötelesrészre jogositva van
Erbtheil des Pflichttheilsberechtigten/ a kötelesrészre jogosult örökrésze
Forderung des Pflichttheilsberechtigten/ a kötelesrészre jogosult követelése
entferntere Pflichttheilsberechtigte / távolabbi kötelesrészre jogosultak
entferntere Pflichttheilsberechtigte fordern etwas/ a távolabbi kötelesrészre jogosultak követelnek vmit

Aus dem Kollokationsprofil des Substantivs „Pflichtteil" geht klar hervor, dass bei diesem Substantiv nicht alle Strukturtypen realisiert werden. Diese Tatsache hängt einerseits mit grammatischen Eigenschaften des Substantivs „Pflichtteil" zusammen, andererseits sind hier auch Spezifika einer konkreten Fachtextsorte im Spiel, d.h. Eigenschaften der Gesetzessprache, weil man zur Kommunikation über spezifische Fachinhalte nicht alle Strukturtypen braucht. Dies zeigt sich auch in der Tatsache, dass wir im analysierten Korpus keine Pluralform verzeichnet haben.[80] Daraus lässt sich auf die funktionsgerechte Verwen-

[79] Aus diesen wenigen Belegen zeigt sich jedoch ihre feste Einbettung im rechtssprachlichen Kontext (der Gesetzessprache). Die Möglichkeiten der linguistischen Untersuchung des Kollokationsverhaltens von Adjektiven in der Rechtssprache sind ziemlich begrenzt. Es gibt im Unterschied zur Alltagssprache voraussichtlich nicht viele Bedeutungsnuancen. Zur distributionellen und semantischen Untersuchung von Adjektiven siehe z. B. BRAXATORISOVÁ A., Distributionelle und semantische Untersuchung des Adjektivs jung. In: ĎURČO, P. et al., *Valenz und Kookkurrenz. Grammatische und lexikologische Ansätze*. Wien, Berlin, 2014, S. 121–145.

[80] Die einzige Pluralform in der Wendung „Das Zusammentreffen der Pflichtteile" ist durch die Vereinfachung dieser Wortverbindung entstanden: „Im Falle eines Zusammentreffens des Pflichtteiles eines Ehegatten als solchen und des Pflichtteiles eines der Eltern…" (§ 1957 EGB).

dung der einzelnen Kollokationen schließen, oder anders gesagt: Das Substantiv „Pflichtteil“ schließt solche Verbindungen ab, mit denen man gewisse Fachinhalte kommunizieren kann und andere Möglichkeiten, d.h. unbesetzte Strukturtypen, werden außer Acht gelassen. Im kontrastiven Bereich (deutsch-ungarisch) lässt sich eine überwiegende Symmetrie feststellen, d.h. einzelne Kollokationen haben in beiden Texten zum großen Teil solche gegenseitigen Entsprechungen, die sowohl in struktureller als auch in semantischer Hinsicht übereinstimmen. Jedoch kann man in beiden Texten auch Asymmetrien feststellen. Als Beispiel lässt sich die Übersetzung des Adjektivs „gebührend“ in der Kollokation „gebührender Pflichttheil“ anführen. Im ungarischen Text gibt es konkrete Benennungen der Pflichtteile („házastársi kötelesrész“, „özvegyi kötelesrész“, „házastársi és özvegyi kötelesrész“). Der Übersetzer hat sich bei der Übersetzung ins Deutsche für eine allgemeinere Übersetzungslösung entschieden. Die überwiegende Symmetrie in diesem Bereich ist wiederum auf die Monofunktionalität beider Texte zurückzuführen.[81] Die eben durchgeführte Kollokationsanalyse unterstreicht die Bedeutung der vergleichbaren Korpora bei der kontrastiven Analyse von Kollokationen zu Übersetzungszwekken. In unserem Fall lässt sich von parallelen Korpora sprechen (Texte mit gemeinsamen Übersetzungen von Texten).[82] Die Kollokationsanalyse bietet unserer Auffassung nach eine solide (Kollokations)Basis für die Übersetzung anderer Textsorten aus dem Ungarischen ins Deutsche, wie z. B. bei der Übersetzung der Begründung zur Gesetzesvorlage zum Entwurf ins Deutsche. Dieser Überlegung liegt die Annahme zugrunde, dass die beiden Texte sehr eng zusammenhängen[83] und durch so viele Verweise sowohl inhaltlich als auch linguistisch verbunden sind, dass man im gewissen Sinne sogar von einem Hypertext sprechen kann.[84]

Nach Sandrini verfügen die Rechtsbegriffe über einen intensionellen und extensionellen Teil.[85] Auch bei den hier analysierten Begriffen kann man von dieser Dichotomie sprechen, weil zur Definition (Intension) auch Rechtsfolgen gehören, in denen im Allgemeinen Diskrepanzen festgestellt werden können, weil z.B. die Festlegung der Höhe des Pflichtteils vom Willen eines konkreten Gesetzgebers abhängt.[86] D.h. die Rechtsfolge beim Pflichtteil ist eigentlich die Pflichtteilsquote, die dem Pflichtteilsberechtigten zusteht. Beim Pflichtteilsberechtigten, d.h. derjenigen Person, die berechtigt ist, den jeweiligen gesetzlichen Mindestanteil am Nachlass zu erwerben, kann die Extension mit der Festlegung eines Kreises von Personen gleichgesetzt werden, die einen Anspruch auf einen Pflichtteil haben.[87]

Aus terminologischer Sicht hat sich im Ungarischen die wörtliche Übersetzung aus dem deutschen „Pflichtteil“ – „kötelesrész“ eingebürgert, und zwar unter Ablehnung des Begriffs der JKK: „gesetzlicher Erbteil“ (ungarisch „törvényi osztályrész“), weil der EGB das Adjektiv „törvényes“ bereits für die gesetzlichen Erbfolge als „Erbtitel“ (ungarisch „törvényi öröklés“) vorgesehen hat und nicht für die kogente und seitens des Erblassers unumgängliche Erbfolge in Bezug auf den „Pflichtteil“ (ungarisch „kényszerü öröklés“). Wir weisen darauf hin, dass der EGB im Wortlaut der Gesetzesvorlage nicht den Begriff „Noterbe“[88] verwendet hat, jedoch hat die Begründung der Gesetzesvorlage diesen Begriff zur Bezeichnung einer Person verwendet, für die der Pflichtteil bestimmt ist (ungarisch „szükségbeli örökös/ szükségörökös“)[89]. Der Begriff „Pflichtteilsberechtigter“ oder „pflichtteilsberechtigt“ ist, wie wir u. a. auch dem Wortlaut von § 764 ABGB entnehmen können, wahrscheinlich aus einer Definition entstanden, d.h. der Noterbe ist eine Person, die berechtigt ist, den Pflichtteil zu fordern, jmd. der pflichtteilsberechtigt ist.[90] In dieser Form

---

[81] Zur Äquivalenz der Kollokationen siehe näher bei ĎURČO, P., Äquivalenz der Kollokationen. In: ĎURČO, P. – VAJIČKOVÁ, M. – TOMÁŠKOVÁ, S. (Hrsg.), *Kollokationen im Sprachsystem und Sprachgebrauch. Ein Lehrbuch*. Nümbrecht, 2019, S. 110–117.

[82] Vgl. ĎURČO, P., Vergleichbare Korpora in der Korpuslinguistik. In: ĎURČO, P. – VAJIČKOVÁ, M. – TOMÁŠKOVÁ, S. (Hrsg.), *Kollokationen im Sprachsystem und Sprachgebrauch. Ein Lehrbuch*. Nümbrecht, 2019, S. 118.

[83] Zur Verflochtenheit von juristischen Texten siehe näher bei BUSSE, D. *Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution.* Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1992.

[84] Zur Rolle des Kontextes bei der Übersetzung siehe bei SANDRINI, P., Der Wert ungleicher Lösungen: Wider ein unangebrachtes Äquivalenzdenken. In: RAKŠÁNYIOVÁ, J. et al. (Hrsg.), *Quo vadis Rechtsübersetzung?* Bratislava, 2017, S. 88–99.

[85] Den Begriffsinhalt (Intension) definiert Sandrini in Anlehung an die Normen (DIN 2342 (1986), ISO, DIS 1087 (1988) als Gesamtheit der Merkmale, durch die einzelne Begriffe von anderen Begriffen abgegrenzt werden können (SANDRINI, P., *Terminologiearbeit im Recht: Deskriptiver und begriffsorientierter Ansatz vom Standpunkt des Übersetzers.* Wien, 1996, S. 41); zur Extension führt Sandrini (SANDRINI, P., *Terminologiearbeit im Recht: Deskriptiver und begriffsorientierter Ansatz vom Standpunkt des Übersetzers.* Wien, 1996, S. 86 in Anlehnung an WANK, R., *Die juristische Begriffsbildung. Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln*, Band 48,1. München, 1985, S. 35) Folgendes an: „Die Extension eines Rechtsbegriffs gibt an, auf welche Fälle der Ausdruck zutrifft.“ JB= f (RF), d.h. „Der juristische Begriff ist immer in Funktion der Rechtsfolge, die der Gesetzgeber in seinem Regelungsprogramm festlegt, zu sehen.“ (SANDRINI, P., *Terminologiearbeit im Recht: Deskriptiver und begriffsorientierter Ansatz vom Standpunkt des Übersetzers.* Wien, 1996, S. 63).

[86] Beispiele für Rechtsfolgen beim Pflichtteil siehe oben.

[87] Zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen bei einzelnen Entwürfen siehe oben.

[88] Im Unterschied zum ABGB, das diesen Begriff ziemlich oft verwendet (28 Belege), z. B.: „Der Erbtheil, welchen diese Personen zu fordern berechtigt sind, heisst: Pflichtteil; sie selbst werden in dieser Rücksicht Noterben genannt.“ (§ 763 ABGB) „In der aufsteigenden Linie gebührt jedem Noterben als Pflichtteil ein Drittteil dessen, was er nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würde.“ (§ 766 ABGB) „2) Eine Pflichtteilsminderung nach § 773a erhöht den Pflichtteil der übrigen Noterben nicht.“ (§ 767 ABGB)

[89] Im fünften Titel (Pflichtteil) kommt der Begriff „Noterbe“ insgesamt elf Mal vor (szükségbeli örökös wurde einmal belegt und szükségörökös zehnmal).

[90] Die Begriffe „Noterbe“ und „Pflichtteilsberechtigter“ verfügen auch heute über denselben Bedeutungskern, siehe näher bei ZANKL, W., Erbrecht. Wien, 2008, Kapitel 4 Pflichtteilsrecht, z. B. im folgenden Satz (S. 89): „Gewisse Schranken sind ihm (dem Erblasser, Anm. der Autoren) aber doch gesetzt, weil bestimmten Personen (den sog. Pflichtteilsberechtigten oder Noterben) ein Mindestanteil am Wert der Verlassenschaft zusteht.“ Das Erbrechtsänderungsgesetz (2015) hat u.a. terminologischen Änderungen auch vom Begriff "Noterbe" Abstand genommen ... d.h. Noterben heißen nur noch Pflichtteilsberechtigte. (vgl. WELSER, R., *Erbrecht*. Wien, 2019, S. 8)

hat dieser Begriff als Entsprechung des ungarischen Begriffs „kötelesrészre jogosult“[91] auch in die Übersetzung des EGB ins Deutsche Eingang gefunden. Man kann also den Begriff „Pflichtteilsberechtigter“ als eine verkürzte Definition des Begriffes „Noterbe“ bezeichnen, der substantiviert wurde und wahrscheinlich durch Lehnübersetzung auch ins Ungarische gelangte.[92]

4. Schlussfolgerungen

Der Pflichtteil wurde nach der Verabschiedung der JKK ins ungarische und damit auch ins slowakische Recht eingeführt, um die uneingeschränkte Testierfreiheit einzuschränken und Rechtsschutz zu schaffen, bzw. den sozialen und vermögensrechtlichen Status der Berechtigten – der Noterben, die ein „natürliches“ Recht auf einen definierten gesetzlichen Erbteil an der Erbschaft hatten, nicht zu schmälern. Er verkörperte auch in der ungarischen dualistischen Regelung der JKK die Tradition der westeuropäischen Zivilistik, die sich auf das römische Recht stütze. Die Grundzüge des neu errichteten Pflichtteils auf der Grundlage des § 7 der JKK wurden jedoch vor allem durch die ständige Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft ergänzt.[93] Die theoretisch-rechtliche und gerichtliche Auslegung hat sich daher auf die folgenden Fragen konzentriert: die Bestimmung der Gruppe von Pflichtteilsberechtigten, die Berechnungsgrundlagen, die Form seiner Herausgabe und Kollation, das Institut der Anrechnung (Kollation), seine Hypothekensicherung, Verjährung, Konkurrenz mit sonstigen Rechten Dritter, insbesondere auch die vorrangigen Ausübung des Witwenrechts gegenüber der Leistung des Pflichtteils, u.a.[94] Insbesondere die oben angesprochene Problematik der Ergänzung des Pflichtteils (Redintegration) sowie der Anrechnung von bereits geschenktem Vermögen sind Gegenstand einer ständigen Gerichtspraxis geworden, die sich dazu regelmäßig geäußert hat und zugunsten einer ausgewogenen und gerechten Lösung und zwar sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht entschied. Die JKK-Novelle und alle folgenden Entwürfe der bürgerlichen Gesetzbücher bis zur ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bestimmten den Pflichtteil als einen festen Erbteil, der berechtigten Noterben vorbehalten ist = Pflichtteilsberechtigte gesetzliche Erben. Dem Entwurf gemäß war der Pflichtteil für die Abkömmlinge und Eltern in bar (ausnahmsweise in Naturalien) zu leisten, für den überlebenden Ehegatten jedoch in Form eines Nutzungsrechts für maximal die Hälfte des Nachlasses, was in der Realität der erbrechtlichen Beziehungen mit dem ursprünglichen Anspruch der Witwe auf angemessenen Unterhalt konsumiert wurde und sich damit deckte.

Die zuständigen tschechoslowakischen Behörden und Zivilisten haben sich bereits mit der Vereinheitlichung beider Rechtsordnungen beschäftigt und wollten nach einer Diskussion die Geltung des österreichischen ABGB auf das Gebiet der Slowakei ausweiten.[95] Dies betraf auch den Pflichtteil, das der tschechische Teil der Republik aus der österreichischen ABGB-Regelung übernehmen wollte. Wäre es dazu gekommen, hätte die ungarische Regelung in der Slowakei für die Zukunft keine Berechtigung mehr gehabt. Die Entwicklung würde damit von der Regelung der JKK abweichen, was schließlich nach der Machtübernahme der Kommunisten ab Februar 1948 tatsächlich geschah. Mit dieser historischen Zäsur beginnt eine neue, sozialistische Etappe in der Entwicklung der gesamten Rechtsordnung in der Slowakei, bzw. Tschechoslowakei.

Im Rahmen der linguistischen Analyse haben wir das Kollokationsprofil des Substantivs „Pflichtteil“ erstellt, da dieser Rechtsbegriff als Leitbegriff des ganzen terminologischen Mikrosystems gilt. Für die Analyse haben wir den ersten EGB als terminologisches Korpus in Anspruch genommen. Aus dem Kollokationsprofil dieses Substantivs geht klar hervor, dass es einerseits oft zu Wiederholungen der Kollokatoren kommt und andererseits nicht alle Strukturtypen besetzt werden, was mit der Monofunktionalität der Rechtsprache in Zusammenhang steht. Die Kollokationsanalyse ist auch für die Übersetzung von anderen, verwandten Textsorten von Belang, die nur einsprachig (ungarisch) vorhanden sind. Der Begriff „Noterbe“ (bzw. Noterbfolge) wurde nicht im Wortlaut des EGB verwendet, stattdessen hat man den Begriff „Pflichtteilsberechtigter“ verwendet. Aufgrund der Analyse kann man jedoch auf die Bedeutungsgleichheit dieser Begriffe schließen.

---

[91] Der Entwurf von 1887 hat im fünften Titel (Pflichtteil) ebenfalls nicht den Begriff „Noterbe“ verwendet, sondern die Begriffe „Pflichtteilsberechtigter“ („a kötelesrészre jogositott“, § 68) und als Adjektive „pflichtteilsberechtigt“ („kötelesrészre jogositott leszármazó“, § 88), oder nur „berechtigt“ („jogositott“, § 85), jedoch in derselben Bedeutung.

[92] Diesen Begriff verwendet auch die aktuelle Fassung des ungarischen BGB (Gesetz Nr. 5/2013) im Buch 7, Teil IV. (Pflichtteil).

[93] HEXNER, J., Povinný podiel na Slovensku. In: *Právny obzor*, Vol. 17, 1934, S. 591.

[94] LUBY, Š., *Dejiny súkromného práva na Slovensku.* Reprint. Bratislava, 2002, S. 516; BÖSZÖRMÉNYI-NAGY, E., Das ungarische Erbrecht zur Zeit des Dualismus. In: CSIZMADIA, A. – KOVÁCS, K. (Hrsg.), *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848-1944),* Budapešť, 1970, S. 425–426.

[95] Der Inhalt des tschechoslowakischen Entwurfs des BGB von 1931 regelte im Kapitel 22 den Pflichtteil wie folgt: Die § 672 und 673 bestimmten die sog. Noterben – Kinder des Erblassers (mit Anspruch auf die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils) und wenn es sie nicht gegeben hatte, dann ihre Eltern, denen der Pflichtteil zustand, und zwar mit der Verpflichtung, darauf all das durch Kollation anzurechnen, was sie bereits zu Lebzeiten des Erblassers von diesem durch das Rechtsgeschäft *inter vivos* erhalten hatten (bzw. durch Schenkung). Den Eltern stand ein Pflichtteil von 1/3 des Wertes des gesetzlichen Erbteils je nach Vermögensart zu – bezüglich des Stammesguts nur im Falle, wenn dieses Vermögen aus ihrem Familienstamm kam und seine Höhe hat der Entwurf auf ein Drittel des Wertes ihres gesetzlichen Erbteils reduziert, d. h. es war nicht die Hälfte wie bisher. Gegenüber den bisherigen ungarischen Entwürfen (allerdings nach der ABGB-Regelung) ist die Tatsache interessant, dass für die Eltern nicht nur die leiblichen Eltern des Erblassers, sondern auch die Großeltern ohne Einschränkung des direkten Verwandtschaftsgrades (§ 674) gehalten werden sollten, was eine Erweiterung der Gruppe von Noterben zur Folge hatte. Abschließend akzeptierte der EGB, dass die derzeitige Verjährungsfrist für die Geltendmachung eines Pflichtteils von den bisherigen 32 Jahren (d. h. der allgemeinen ungarischen Verjährungsfrist) auf eine dreijährige allgemeine Verjährungsfrist erheblich verkürzt wurde und der Übergang des Nachlasses nicht im Zeitpunkt des Erbanfalls, sondern im Zeitpunkt des Antritts der Erbfolge)– durch eine Gerichtsanordnung nach dem vorgeschlagenen § 742 erfolgen sollte. Verarbeitet gem. HEXNER, J., Povinný podiel na Slovensku. In: *Právny obzor*, Vol. 17, 1934, S. 189; FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na hanské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čsl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou).* II. überarbeitete Ausgabe, ergänzt um die Rechtssprechung bis 1935. Bratislava, 1935, S. 517–520.

Enabling Powers of the Government of the First Slovak Republic from the Perspective of the Constitutional War Practice of 1939 – 1945

*Adrián Gajarský**

Abstract

The legislative (and constitutional) powers of the Parliament in a democratic constitutional and political system should under no circumstances be undermined and diminished by the delegated or even substituting legislative activity of another state or public body, but in modern history forming in Slovakia and Hungary since the second half of the 19th century, there were extraordinary transients and events when it was necessary to transfer the exercise of this sovereign powers of parliament to another, usually the highest executive body of state power - the Government. At the time of the establishment of statehood, government legislation in war Slovakia in 1939–1945 could rely on the original general authorization of the Czechoslovak governments, which was granted to them by the Constitutional Charter of the First Czechoslovak Republic, as amended by several enabling acts. This factual and legal situation was followed up, under the Act No. 1/1939 of SC, at least nominally, by the newly constituted Slovak Government of J. Tiso, which similarly received the structure and content of the existing Czechoslovak legal order within the limits of the reception under § 3 of the said Act No. 1. As this Act had the nature of a constitutional law and also a temporary constitutional arrangement, it granted the Government of the Slovak State [1] unlimited enabling powers for legislative and executive government activities in § 4, thus allowing it to perform almost unlimited enabling legislation of the first Slovak Republic/State whose extent and quality from a theoretical and contemporary point of view is described in more detail in the presented descriptive analysis of this paper.

Keywords: *Government of the Slovak State/Slovak Republic; enabling legislation; decrees with the authority of the law; fictitious Slovak Constitution; norm-setting; law-making; emergency measures; interwar Czechoslovak Republic; Parliament; non-democratic political regime.*

1. Historical Introduction to the Norm-Setting Powers of the Slovak Government

At the beginning of the statehood on 14 March 1939, the norm-setting basis of the Government's activities was supported by the wording of the reception norm - Act No. 1/1939 of SC (§ 3 [2]), whereupon the Czechoslovak constitutional regulation of the position and competencies of the Government (§ 64 paras. 2, 81, 84 of the Constitutional Charter of 1920) continued, also through its legislative, regulatory activity.

Mainly, constitutionally guaranteed normative legal regulations of the Slovak Government were government decrees (§ 43 of the Slovak constitution), which implemented statutory legal regulations, and in relation to the examined enabling legislation we will use a bit unprofessional (it was a common professional usage at the time) concept of the so-called ordinary government decrees. In addition, the Government issued government resolutions that could have the character of generally binding legal rules. Only upon such decisions of the Government were then the relevant ministries or other central state administration and self-government bodies able to issue generally binding legal regulations (executive regulations to implement a statute, ordinances, circulars, etc.).

The Czechoslovak constitutional heritage also reflected in the given power of order of the Government, which was considered in the Slovak Republic as well to be subsidiary, derived and limited, being within the limits set by the primary law - the Constitution or constitutional law. Already in the wording of the enabling § 4 [3] of the constitutional Act No. 1/1939 of SC, the Government had an extremely extensive enabling power of order (§ 44 of the Slovak Constitution), which will be dealt with in more detail in the paper from a theoretical and historical point of view.

The constitutional form of the Slovak Government was formally and in fact created specifically by the legislative activity (including the power of order) of the autonomous Slovak Government or Governments (operating from 7 October 1938 to 14 March 1939). During the autonomy, the legislation of the central and autonomous executive bodies and the President of the Czechoslovak Republic was a neuralgic point of controversy and unclear state and legal conditions. Disputes between them mainly concerned legislative technology, but also the content

* JUDr. Adrián Gajarský, Department of Legal History, Faculty of Law, University of Trnava, Trnava, Slovakia, email: adriangajarsky95@gmail.com

1 In the study we use both official names of the state: from the establishment of statehood on 14 March 1939 to 27 July 1939.

2 „All existing laws, regulations and measures remain in force with amendments that result from the spirit of the independence of the Slovak state."

3 „The Government is empowered by the decree to carry out everything that is necessary in the transitional period to maintain order and to safeguard the interests of the Slovak state."

of legal rules. The Slovak Government criticized the practice at the time, e.g. the frequent expedited and hasty submission of draft government decrees, which, in her opinion, had a "*clearly centralist tendency*", or which were submitted for comments to Bratislava only two or three days in advance and with a note that in case of failure to comment on the relevant legal rule by a specified date, it shall be considered adopted.

However, the Slovak legislative process also suffered from the same ailments. There appeared e.g. incompetent, formally erroneous/controversial or unconstitutional legal rules on the Slovak side. Sometimes an obligatory consent of the Slovak authorities (or despite their disagreement) to draft government decrees was absent within the Central Government, subject to the agreement or consent of the Slovak party. At other times, the President of the Republic expressed his disagreement with the draft Slovak government rule. Even duplicate normative draft accumulated. However, the frequency of competence conflicts and mutual controversies and even animosities between Prague and Bratislava (in a growing, mutual atmosphere of distrust) only increased the political tension between the two centres of Government in the *de facto* federalized Czechoslovak state.[4]

In addition, immediately after the adoption of the constitutional act on autonomy (constitutional act No. 299/1938 of CLD), both Government cabinets began negotiations on strengthening or expanding the enabling legislation, and at the end of the year a significantly expanding Constitutional Act No. 330/1938 of CLD[5]. This Act, in addition to the President (Article I) and the Central Government, strengthened the autonomous Slovak Government (Article II) in its legislative power of order so that, within the legislative power of the Diet of the Slovak Land, the Slovak Government, not the Prague Government, was the only authority to issue government decrees with the authority of law.[6] We know from the research made that the Slovak Government immediately began to use this power to enforce authoritarian ways of governing and to persecute and ostracize the "non-Slovak" nationalities of Jews or Czechs.[7]

Therefore, at the time of the temporary constitutional arrangement, the Slovak Government was able, since the very beginning of the existence of its statehood, to follow up on both types of government decrees issued by the autonomous governments on the basis of the above-mentioned general authorization of § 4 of Act No. 1/1939 of SC. As the then author T. Galbavý claims, it was only a continuation of the previous practice, which, however, had little in common with the democratic tradition of the first Czechoslovak Republic.[8] This meant the unlimited adoption of government decrees with the authority of the law and ordinary government decrees, since in the first month of the Slovak state's existence the government adopted dozens of government decrees and decrees with the authority of the law while the Parliament, after the approval of founding act No. 1/1939 of SC, approved its second law on 24 April 1939 (Act No. 83/1939 of SC on the Merits of Andrej Hlinka).[9] However, among other connections with the revolutionary domestic and external factors of the demise of the Czechoslovak statehood, we must objectively recognize the unprecedented time stress and pressure that the Slovak people representation got into and taking into account the sudden, rapid lightning-fast fact of independence with consequences to expedient building of the state apparatus and other state attributes, the so-called "green field project", and therefore this form of legislation and the preference for enabling government rules is acceptable. An accelerating and acceptable factor for such policy of the people's party regime is the fact that we are talking about the first stage of the development of Slovak independence, characterized by significant legal and political improvisations and temporary reception of existing institutions and the legal order of the former Second Czech-Slovak Republic to the conditions of the emerging Slovak state.[10]

It was not until the adoption of the Constitution of the Slovak Republic on 21 July 1939 (Constitutional Act No. 185/1939 of SC on the Constitution of the Slovak Republic) that the powers of the Government were to be precisely and exhaustively restricted and partially limited. The Constitution provided for the fact that the unlimited power of order of the Government, as stipulated for by § 4 of Act No. 1/1939 of SC will be transferred, as planned by the Slovak constitutional legislators, again into the hands of the parliament - the Diet (§ 6[11]).

Although the Slovak Constitution *de iure* recognized two holders of legislative power, the first of which was a Diet and the second, a "*subsidiary holder*", the Government under certain conditions and with certain (below) restrictions, the Government for which such subsidiary legislative (or norm-setting or

[4] To evaluate the political problems of Czechoslovak legislation of the Second Czech-Slovak Republic and on the vicissitudes associated with the duplicate and controversial legislative process, see FIAMOVÁ, M., *Formovanie a činnosť ústredných orgánov štátnej správy na autonómnom Slovensku (október 1938 – marec 1939).* Bratislava, 2020, p. 132 et seq.

[5] The full title was: „On the power to amend the constitutional charter and constitutional laws of the Czech-Slovak Republic and on the extraordinary power of order."

[6] „In matters referred to in § 4 of Constitutional Act No. 299/1938 of CLD the consent of the majority of the members of the Slovak Land Government is required."

[7] The paper of ZAVACKÁ, K., Charakter zmocňovacieho zákonodarstva v Slovenskom štáte v roku 1938. In: *Historický časopis*, vol. 39, Nr. 6, 1991, p. 643–650 is relevant.

[8] T. Galbavý pointed out that § 44 of the Slovak Constitution had its subject-matter support in the Constitutional Charter (§ 54) and also in the enabling laws of the First Czechoslovak Republic. See GALBAVÝ, T., Naša ústava a legislatívna prax. In: *Právny obzor*, vol. 22, 1939, p. 231.

[9] In the overall norm-setting balance of 1939, the Government then issued 61 decrees with authority of law, the Parliament only 33 laws (of which two constitutional and 31 ordinary). In: GALBAVÝ, T., Ešte k ústave a legislatívnej praxi. In: *Právny obzor*, vol. 23, 1940, p. 129.

[10] PODOLEC, O., Ústavné provizórium. (Ústavné otázky vzniku Slovenského štátu a fungovania jeho politického systému do prijatia ústavy. In: PEKÁR, M. – PAVLOVIČ, R. (eds.), Slovensko medzi 14. marcom 1939 a salzburskými rokovaniami. In: *Historický zborník 9, Acta facultatis philosophicae.* Prešov, 2007, p. 31 and 37.

[11] *"Legislative power for the entire territory of the Slovak Republic belongs to the Diet."*

law-making) power was indirectly formulated in the original, general power under § 38 par. 2 of the Constitution, according to which the Government had in particular all those competencies which did not belong to the President or the Council of State under the constitution.[12] The decisive differentiating criterion between them was provided by § 24 of the Constitution, which exhaustively determined which matters fell within the exclusive legislative competence of the Diet. At that time (probably the only) mild critic of the enabling powers of the Government, T. Galbavý considered this constitutional boundary of § 24 to be insurmountable without considering it a violation of the Constitution.[13]

In a restrictively designed constitutional framework, the Government had the original right to issue generally binding legal regulations (rules) in the form of government decrees, which applied to two sections – § 43 and the following § 44 of the Constitution. According to the results of earlier research by O. Podolec, three types (kinds) of ordering, norm-setting activities of the Government can be reconstructed:

1. ordinary government decrees (§ 43 of the Constitution), which included implementing legal rules, bound to the application of laws and only within their limits[14];
2. government decrees with the authority of law (§ 44 of the Constitution)[15];
3. government decrees issued upon special authorization by the constitutional act No. 210/1940 of SC, by which the Slovak Diet granted the Government a power in matters of the Jewish Aryanization. However, this *ad hoc* power was given to the Government for one year only, justified by the acceleration of anti-Jewish sentiments: "*The pace of today demands that the Government have the widest possible power granted by the Diet to address the urgent Jewish issue.*"[16]

2. Legal-Historic Reflections on the Enabling Powers of Order of the Government during the Existence of Interwar Czechoslovakia

A special part of government legislation that goes beyond standard implementing government decrees is called enabling or extraordinary legislation in Slovakia's history, which the newly emerging Slovak State/Republic could rely on after the adoption of a series of several, First Republic enabling acts.[17] According to O. Podolec, by its very nature, this type of legislation is always aimed at the accumulation of power, which will disrupt the principled relations between the legislature and the executive.[18] The delegation of legislative power then acquired a completely different political significance during the existence of the Slovak Republic, when the protective elements and guar-

[12] A special committee operating within the Diet pursuant to Section 30 of the Constitution could take urgent measures for the time when the Diet was dissolved or its term of office expired until the appointment of a new Diet. The measures were similarly limited in time. See GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna prax*, quoted., p. 229; the mentioned author was quited in DRGO, J., Výkonná moc v ústavách niektorých autoritatívnych štátov v medzivojnovej Európe. In: VOJÁČEK, L. – TAUCHEN, J. (eds.), III. *Česko-slovenské právněhistorické setkání doktorandů a postdoktorandů. (Sborník z konference).* Brno, 2015, p. 53.

[13] GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna prax*, p. 230.

[14] § 43: „The Government may issue decrees to implement certain laws and only within their limits." See in GALBAVÝ, T., Glossy k zákonu o Ústave Slovenskej republiky. In: *Verejné právo*, 1940, vol. 1, p. 107; BEZNÁK, A., Ústava Slovenskej republiky. In: *Administratívny vestník*, 1939, vol. XVIII, Nr. 8, p. 404 – 405; BAKA, I., *Politický systém a režim Slovenskej republiky v rokoch 1939 – 1945*. Bratislava, 2010, p. 50.

[15] Its wording is as follows:
„(1) If serious economic, financial or political interests of the State require urgent measures to prevent irreparable damage, the Government may issue them by decree with authority of law, except for matters falling within the exclusive competence of the Diet or which shall be regulated, as set forth by the Constitution, by law.
2) Such decree shall apply only if it is signed by a majority of the members of the Government and the President of the Republic.
3) The Prime Minister shall submit the decree with the authority of law at the same time as its promulgation to the Diet. The Diet may express its disagreement with such decree within three months with specifying the date on which such decree shall become invalid, or it may amend the decree or issue the same in the form of a law."

[16] § 1 par. 1 of Act No. 210/1940 of SC: „The Government is empowered to take all necessary measures using the decrees, that are required: (a) to exclude Jews from Slovak economic and social life, (b) to make Jewish property the property of Christians." Quoted from Slovenský zákonník, vol. 1940, Nr. 44, p. 343. See also HUBENÁK, L., *Rasové zákonodarstvo na Slovensku (1939 – 1945).* Bratislava, 2003, p. 40; PODOLEC, O., *Medzi kontinuitou a diskontinuitou. Politický systém Slovenskej republiky 1939 –1945*. Bratislava, 2014, p. 69.

[17] The extensive First Republic discussion was joined by e.g. HEXNER, E., Die Verordnungen des bevollmächtigen Ministers für die Slowakei. In: *Juristenzeitung für das Gebiet der Tschechoslowakischen Republik,* vol. VIII, 1926, p. 12–21; LAŠTOVKA, K., Plná moc ministra s plnou mocí pro správu Slovenska. In: *Sborník věd právních a státních*, vol. XXII, 1922, p. 392; KREJČÍ, J., *Moc nařizovací a její meze*. Prague, 1923; KREJČÍ, J., *Delegace zákonodarné moci v moderní demokracii.* Prague, 1924; WEYR, F., La question de la délégation de puissance legislativ. In: *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926/27, p. 72–88; HOETZEL, J., Meze nařizovací moci podle československé ústavní listiny. In: *Právník*, vol. 62, 1923, p. 23–35; HOETZEL, J., Moc nařizovací a její meze (Jaroslav Krejčí). In: *Právník*, vol. 62, 1923, p. 390–392; NEUBAUER, Z., Meze moci nařizovací. In *Časopis pro právní a státní vědu*, vol. 7, 1924, p. 39–48; NEUBAUER, Z., Několik poznámek k otázce zmocňovacích zákonů. In: *Časopis pro právní a státní vědu*, vol. 11, 1928, p. 119–126; SANDER, F., Zur Frage der Zulässigkeit von Ermächtigungsgesetzen nach der Verfassungsurkunde der Tschechoslowakischen Republik I. In: *Prager juristische Zeitschrift,* vol. 14, 1934, p. 46–59, 83–100; SANDER, F., Zur Frage der Gültigkeit der auf Grund der Ermächtigungsgesetze erlassenen Verordnungen und ihrer richterlichen Überprüfbarkeit. In: *Juristenzeitung für das Gebiet der Tschechoslowakischen Republik,* vol. 18, 1938, p. 67; ADLER, F., Gesetz und Verordnung. In: *Wissenschaftliche Vierteljahrschrift zur Prager juristischen Zeitschrift*, vol. 3, 1923, p. 114–123; ADLER, F., Das Ermächtigungsgesetz. In: *Prager juristische Zeitschrift*, vol. 13, 1933, p. 443–453; ADLER, F., Die Ermächtigungsgesetz-Novelle Slg. 108/34. In: *Prager juristische Zeitschrift*, vol. 14, 1934, p. 733–740.

[18] PODOLEC, O., K niektorým prvkom prvej slovenskej ústavy a ich reálnej aplikácii v politickom živote štátu. In: LACKO, M. (ed.). *Slovenská republika 1939 – 195 očami mladých historikov*. Trnava, 2002, p. 20; PODOLEC, O., *Medzi kontinuitou a diskontinuitou*, quoted, p. 67.

antees of abuse of power by the government weakened or were directly liquidated.[19]

This type of exceptional and non-standard legislation is not *a priori* rejected even in democratic political systems.[20] However, while in democracies enabling legislation was to be used only exceptionally and was often criticized (the First Czechoslovak Republic was also an example[21]), in autocratic and totalitarian regimes it became an integral part of the legal and constitutional system.[22] In the late 1930s, F. Weyr wrote that these processes and efforts could be attributed to the crisis of parliamentary forms of government, with the immediate consequence of the growing importance of the government, which was often only backed up by parliament[23]. The affected tendencies to redirect legislation outside the parliament and into the competence of the government were justified not only in the interwar period but also during the existence of the First Slovak Republic by the same necessary and urgent need: immediate and sufficiently flexible response to real crisis conditions or problems in the state or threats to the state in the international arena.[24]

These enabling legal rules were issued to regulate the extraordinary powers of the government, which the Hungarian and Czechoslovak legislators called emergency measures, and they could have the character of a measure with the authority of the law or just an ordinary decree of a government, ministry or other central state administration body.

Historically, during the First World War, the above-mentioned government decrees began to be used in large numbers in Hungarian legislation, and in its capacity the minister of the interior was empowered to issue decrees of the minister of the interior with various content and authority of the law, intervening and regulating domestic internal conditions during the war (in Hungary, it was the key statutory article No. LXIII/1912 and subsequent amendments thereto).[25]

The opaque period just after World War I only supported the continuous development of the use of this type of government legislation in almost all countries of war-torn Europe, because its use was forced by uncertain conditions in emerging Czechoslovakia, which passed a series of enabling acts in its twenty years of existence.[26] Thus, it was not uncommon, especially in the deteriorating international situation in Europe in the late 1930 s, that the source of the law in question - government decrees with the authority of the law - became part of Czechoslovak, interwar legislation (or of other European states, such as France or the United Kingdom), but only under binding conditions of strict limitation of their applicability and under fulfilled condition *sine qua non* that the stated constitutional limits of the origin and applicability of the said rules will unconditionally frame, limit and constitute this kind of extraordinary, subsidiary and emergency form of government legislative activity.[27]

At the beginning of the 1920s, the First Republic Parliament of the National Assembly adopted e.g. Act No. 300/1920 of CLD on Emergency Police Measures to restrict freedom of speech, of the press, of assembly and association during war or, in the event of events and circumstances threatening the democratic establishment of a republic, constitution or public order;

---

[19] ZAVACKÁ, K., *Charakter zmocňovacieho zákonodarstva*, quoted, p. 643, 650.

[20] ZAVACKÁ, K., *Charakter zmocňovacieho zákonodarstva*, s. 643–650; ZAVACKÁ, K., K tradícii nariaďovacej právomoci na Slovensku. In: *Česko-slovenská historická ročenka*. Brno, 2007, p. 239–274. See also DRGO, J., *Výkonná moc v ústavách niektorých autoritatívnych štátov,* quoated, p. 53.

[21] Amongst modern Czech authors, see e.g. LANGÁŠEK, T., Ústavní soud a zmocňovací zákony. In: TAUCHEN, J. – SCHELLE, K. (eds.), *Odraz německého národního socializmu ve třicátých letech v Československu a ve státech střední Evropy*. Brno, 2013, p. 151–163; TAUCHEN, J., Ermächtigungsgesetzgebung in der Tschechoslowakei. In: *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs,* Heft 2, Jhr. 8, 2018, p. 428–440; KYSELA, J., *Zákonodarství bez parlamentů. Delegace a substice zákonodarné pravomoci*. Praha, 2006, X. a XI. kapitola, p. 99 et seq.

[22] DRGO, J., *Výkonná moc v ústavách niektorých autoritatívnych štátov,* quoted, p. 53. J. Martinka stated that the new authoritarian position of the Government should have contributed to greater stability of the state as a *„framework of national emancipation"*. In: MARTINKA, J., Niekoľko poznámok k nariadeniam s mocou zákona podľa § 44 ústavy. In: *Verejné právo*, 1940, vol. 2, p. 10–11.

[23] See e.g. BAXA, B., *Parlament a parlamentarizmus*. 1924, p. 21; also WEYR, F., Mrtvý obsah moderních demokratických ústav. In: *Pocta k sedemdesátým narozeninám prof. Dr. Cyrila Horáčka*. Prague, 1932, p. 827–829. With this respect see also the contemporary paper of SCHMITT, C., Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislatíve Delegationen). In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.* Heidelberg, 1936, p. 252 et seq.

[24] Let's quote K. Zavacká: „However, if circumstances arise, especially due to the international situation and its serious impact on the internal life of the state, it may happen that the parliament will empower the government to issue decrees with authority of law. In parliament democracies, however, in such occasions, the parliament defends itself against the abuse of power by the government by precisely defined legal conditions." Quoted from ZAVACKÁ, K., *Charakter zmocňovacieho zákonodarstva*, quoted, p. 643.

[25] KALOUSEK, V., O vojenské diktatuře na Slovensku a v Podkarpatské Rusi v letech 1919 až 1922. In: *Právny obzor*, vol. XI, 1928, p. 281 – 291. As to enabling legislation in dual Hungary parctised during WW I under stuatory article 63/1912, see e.g. TÓTH, A., A kivételes hatalomról szóló 1912. évi LXIII. Tc. Létrejöttének előzményei 1868-tól a századfordulóig. In: *Acta Universitatis Szegedensis. Acta Juridica et Politica*, XI/6, Szeged, 1964; MEZEY, B., Az első világháború jogi törvényhozói előkészítése: a kivételes hatalimról szóló 1912. évi 63. törvényczikk. In: KÓNYA, P. (ed.). *Prvá svetová vojna v Karpatoch,* Prešov, 2016, p. 11–18; BARNA, A., Im Wendekreis von Notstand und Ausnahmsgewalt. Politische Umbruchszeiten und ausserordentliche Normsetzungsbefugnisse in Ungarn am Beginn des 20. Jahrhunderts. In: *Beiträge zur Rechtgeschichte Österreichs*, Heft 2, Jhr. 8, 2018, p. 441–541.

[26] The interwar Czechoslovak period is divided by some authors into three stages: from the establishment of the Republic to the beginning of the 1920s, from the beginning of the 1930s (due to the consequences of the economic crisis) to Munich and the period after Munich to the end of the Second Czech-Slovak Republic. In: TAUCHEN, J., *Ermächtigungsgesetzgebung in der Tschechoslowakei*, quoted., p. 428.

[27] Already in the time of the First Czechoslovak Republic, e.g. V. Kalousek believed that "*the Government, aware that it is acting on its own account and that it is in fact violating the applicable law, limits its interventions to the minimum necessary… The solution leads in its fullness to dictatorship*." Quoted according to KALOUSEK, V., Mimořádna opatření. In: HÁCHA, E. a kol. (ed.), *Slovník věrejního práva československého*. II.vol, Brno, 1932, p. 594.

further Act No. 337/1920 of CLD on Emergency Economic Measures. In relation to Slovakia, the most important enabling rule was the Act No. 64/1918 on Transitional and Extraordinary Provisions in Slovakia, granting the Minister who had full power of the administration of Slovakia a widely understood power of consolidation of local conditions after the First World War and the establishment of the Republic (§ 14).[28]

In the 1930 s, which we refer to as the "golden era" of Czechoslovak enabling legislation, due to the rapid liquidation of the economic crisis (especially under Act No. 95/1933 of CLD on Emergency Power of Order[29]) and especially in the event of a situation in domestic or foreign conditions threatening by war, threatening democratic establishment, constitution or public order, the Government was empowered by the consent of the President of the Republic under the Act No. 125/1933 of CLD to issue extraordinary measures restricting or revoking the temporary freedoms guaranteed by the Constitution in § 107, 112, 113 and 116 and by the law on the protection of personal, domestic freedom and letter secrecy.

The culmination of this norm-setting, which was adopted in a state of extreme need and a deep societal crisis after the Munich Agreement, resulted in the constitutional act No. 330/1938 on Emergency Power of Order.[30] The scope of the enabling powers of the Government and the President point to the practical demise of parliamentary democracy and the sovereignty of parliament as the only sovereign legislative and constitutional body, and finally, after its adoption, the Czechoslovak National Assembly actually ceased its activities anyway. The law extended by two years the norm-setting powers of the Government to issue government decrees with the authority of the law (Article II) subject to the consent of the President, and the President was empowered by this act to issue decrees with the authority of constitutional law (Article I). In particular, the Government was empowered to take, by government decree with the authority of the law, all the necessary measures for which the law was required, but not to amend the Constitution. The difference between the previous enabling rules lies in the fact that this constitutional law was formulated very generally without further narrowing, defining its subject-matter scope and also included the so-called rectification clause, which established the legal authority of all government decrees issued upon existing enabling legislation, which have acquired the authority of law. Several emerging problems in constitutional practice were not solved even by the Czechoslovak Constitutional Court, which at the end of 1938 was finally fully occupied, but did not come to the decision on the interpretation of constitutional act No. 330 until the end of the Second Czech-Slovak Republic.[31]

Government decrees under § 4 and 12 of constitutional act No. 299/1938 of CLD also required the consent of a majority of members elected from the Slovak Land (i.e. within the adopted ban on majorization). In matters pursuant to the aforementioned § 4 and pursuant to § 11 of the constitutional act No. 299, the Slovak Land Government was also entitled to issue government decrees with the authority of the law. At the same time, all decrees required the additional consent of the President.[32]

The following material assumptions of their applicability can be deduced from the brief history of Czechoslovak enabling legislation:

1) their occurrence could be justified only by such circumstances which disturbed the social and legal (constitutional) order and security of the state, or even endangered its existence or integrity;
2) the temporal or territorial limitation of their content, which interfered with human or civil rights, was permissible only to the extent necessary and for the necessary time (usually several months) with the possibility of mitigating their negative impact on well-defined exceptions[33];
3) their subsequent approbation (*ratihabitio*) or rejection by the parliament[34] and countersignature by the President of the Republic with the possibility of review in court proceedings.[35]

3. Power of Order of the Slovak Government on the Basis of the Constituted Constitutional Conditions

On 14 March 1939, the newly designated Slovak Government appropriated the powers to implement enabling legislation from the competencies of both government corps, operating at the end of the existence of the Second Czech-Slovak Republic - the Prague Government and the Slovak Autonomous Government. In addition, this legislation was not yet subject to additional parliamentary approval at that time. As the then legal commentator of the constitutional status of the government and its norm-setting ("legislative") power T. Galbavý empha-

[28] § 14: *„The Government has the right to give one of its members a power to issue decrees and do everything to maintain order, consolidate conditions and ensure a proper state life."* Quoted according to LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A., *Praktikum k dejinám štátu a práva na Slovensku. II. zv. (1848 – 1948).* Trnava, 2016, p. 79.

[29] This ordinary (non-constitutional) law was to expire on 15 November 1933, but its validity was extended by the National Assembly until 1937, and on its basis, up to 306 government decrees were adopted, most often with economic, protective and beneficial content. In: TAUCHEN, J., *Ermächtigungsgesetzgebung in der Tschechoslowakei*, quoted, p. 436.

[30] Of a longer title: „On the power to amend the constitutional charter and constitutional laws of the Czech-Slovak Republic and on the emergency power of order."

[31] See LANGÁŠEK, T., *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1938*. Plzeň, 2011, p. 180–197.

[32] ZAVACKÁ, K., *K tradícii nariaďovacej právomoci na Slovensku*, quoted, p. 215–216.

[33] KALOUSEK, V., *Mimořádna opatření*, quoted, p. 596–597.

[34] ZAVACKÁ, K., *Charakter zmocňovacieho zákonodarstva*, quoted, p. 643.

[35] As to constitutional review by the Czechoslovak Constitutional Court in 1938 see LANGÁŠEK, T., *Ústavní soud Československé republiky*, quoted, p. 180–197.

sized: "*Legislative power was temporarily transferred to the Government, which, while using the decrees, regulated the matters requiring otherwise the form of the law*." [36] He also very openly admitted: "*As will be seen below, as a result of incorrect legislative practice, the Government may develop into an unwelcome competitor of the Parliament in legislative activity, thereby usurping decisive influence and power in the state, while the Parliament can easily be pushed back with its primary function*." [37]

However, the constitutional limits of Section 43 of the Slovak Constitution - to issue only ordinary implementing government decrees - would not be an obstacle to the government's growing enabling agenda. The Constitution confirmed and at the same time limited the monitored enabling powers in the fundamental provision of § 44, so that the Government could continue to issue precisely defined and limited government decrees with the authority of the law, therefore this power was understood as directory, not mandatory.[38] The Diet constructed in the constitution the enabling authority of the Government as an exception, applied in exceptional cases and with the revision and derogation competence of the Diet against it.

The enabling government rules in the period's narrowed constitutional interpretation had a formal character of the government decree, but the subject-matter nature of the law, as J. Martinka vehemently pointed out: "*it must therefore be considered that, where the Constitution of the tenth title refers to laws, they are to be understood in general as primary rules, including decrees with authority of law, which are, in terms of the hierarchical value of norms, equal to norms being the law also in a formal sense.*" For this reason, in an extensive constitutional interpretation, on the contrary, the exegetes of the time already gave them the formal legal status of the law (despite the fact that in paragraph 3 of § 44 the Diet had the power to revise and repeal them).[39] Indeed, the practice at the time allowed a government to issue an implementing ordinary government decree on the basis of a power set forth directly in the respective law (e.g. implementing government decree on a designated codifying, statutory legal rule) and another earlier law could be amended or derogated under that decree.[40] J. Martinka, who defended the right of the government to intervene in the fundamental rights and freedoms of citizens by means of government decrees with authority of the law (he gave the example of limiting ownership by law or a government decree with authority of the law), pointed out to these options of possible application of government decrees with authority of the law.[41]

Our constitutional legislators looked for the closest concrete patterns in the built own hybrid model of right-wing totalitarianism of the Slovak National Socialism and found them especially in the Portuguese constitution (partly also in the Austrian regulation), with which the mentioned § 43 and 44 literally agreed, but also, as T. Galbavý writes, in comparison with the regulations of the interwar Czechoslovakia: "*it must be assumed that the regulation of § 44 of the Constitution has its origin in the cited (Czechoslovak, author's note) enabling laws, both in material and content preconditions, as well as formally*." [42] However it should be noticed that the original government's draft constitution was aimed at directly supporting the normative, enabling powers of the Government, which "*should have had norm-setting power, as it is not reserved for any other state bodies*." [43]

Finally, the austere and vague wording of § 44 was completed by an interpretation in practice ruling that the border between Parliament and Government had shifted in favour of the Government. The Government could also assume this power under the Constitution, because under § 103 it was generally entrusted with putting the Constitution into practice.[44] In addition, ambiguities as to whether or not they belong to the exclusive competence of the Diet existed and persisted, as the stylization of § 44 itself gave the possibility of different interpretations in individual cases as to whether or not constitutional limits or the extent of delegated enabling powers to the Government were maintained.[45]

We know from the preparatory phase of the adoption of the constitution that one of its creators and the general rapporteur, K. Mederly, based the passage of § 44 on the transitional nature of this powers, which, as an exception, will only be applied in the following exceptional circumstances: "*There is another question of whether and to what extent to delegate part of the legislative power of Diet by the enabling measure to the government. Legislative power should be regularly separated from governmental and executive power.*

---

[36] GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna prax*, quoted, p. 229.

[37] An extraordinary legislative body under Section 30 of the Constitution is to be considered a special parliamentary committee, which issued urgent measures reserved for the parliament at the time of its dissolution or the expiration of its term of office until the appointment of a new parliament. In GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna prax*, quoted, p. 229.

[38] BEŇA, J., *Vývoj slovenského právneho poriadku*. Banská Bystrica, 2001, p. 54.

[39] Chaos in their designation persisted in the nomenclature of the official collection of laws - the Slovak Code until the end of 1939, because even Czechoslovak legislation did not emphasize their statutory nature, which was reflected in the first months of the Slovak state, when the Czechoslovak tradition was widely used, which, however, after adoption of the Constitutional Act No. 330/1938 of CLD did not question their statutory legal authority, but were nevertheless referred to only as „government decrees". J. Martinka and T. Galbavý then suggested that they be consistently referred to as government decrees with the authority of law. The Government has done so since the end of 1939. In: MARTINKA, J., Ešte k ustanoveniam § 44 Ústavy. In: *Verejné právo*, vol. V, 1944, p. 18–19.

[40] MARTINKA, J., *Ešte k ustanoveniam § 44 Ústavy*, quoted, p. 19.

[41] MARTINKA, J., *Niekoľko poznámok k nariadeniam s mocou zákona,* quoted, p. 11.

[42] GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna prax*, quoted, p. 231; as to sources of inspiration of § 43 a 44 see PODOLEC, O., *Medzi kontinuitou a diskontinuitou*, quoted, p. 67.

[43] Quoted from PODOLEC, O., *Medzi kontinuitou a diskontinuitou*, quoted, p. 68.

[44] The only polemical discussion on § 44 arose between T. Galbavý and J. Martinka. In: GALBAVÝ, T., *Glossy k zákonu o Ústave Slovenskej republiky*, quoted, p. 75; MARTINKA, J., *Ešte k ustanoveniam § 44 Ústavy*, quoted, p. 19.

[45] GALBAVÝ, T., *Glossy k zákonu o Ústave Slovenskej republiky*, quoted, p. 103.

Cumulation could result in an abuse of this great power. The only exceptions are extraordinary conditions and also only for a temporary period. But even rules issued in this way are to be submitted for approval to the legislative body, so that they can be legalized by the legislative body, the legitimate holder of national sovereignty." [46]

Rudolf Čavojský, a member of the Diet, expressed a unique and factually sober attitude to these legal rules: "*our Government should be careful as to various statutory measures in each possible way. Government decrees may not be issued in a fraudulent way. Every government decree - after all, the government has the power from our Diet - every government plan should go through the hands of experts. When rapid, immediate action is needed, and when it is not possible for the plan to come to the Diet and its committees, at least let it go through the hands of experts who understand things. If it happens differently, it is disruptive and harms the state*." [47]

3.1 Constitutional Conditions of Applicability of a Government Decree with Authority of the Law

The cumulative conditions (preconditions) for the valid issuance of government decrees with the authority of law were as follows:

A. material prerequisites:

1) the postulate of the urgency of enabling legislation + serious economic, financial or political interests, averting irreparable damage and injury;

2) the exhaustiveness of the regulation in the negative definition of the Constitution in § 24;

B. formal prerequisites:

3) the right to countersign of the President and the majority of members of the Government (§ 44 par. 2);

4) the possibility for the Diet to repeal the validity of a government decree with authority of law or to replace them with own law (§ 44 par. 3).

The wording of § 44 then showed that the basic, exhaustively defined and cumulatively fulfilled condition (the so-called general enabling clause) became the need for urgency in preventing irreplaceable economic, financial and political damage to the state.[48] However, similar vague wordings on urgency, irreplaceability, political harm or the public interest are always problematic and allow for a very flexible interpretation to the point of bending or circumventing the law, as the Government made its own decisions (i.e. examined the general enabling clause within the material assumptions given, especially urgent need) without further authorization to issue that legal rule.

Let us recall the critical word expressed by T. Galbavý again addressing the constitutionally vague and unclear assumptions of § 44: "*The quoted stylization of this provision (§ 44 par. 1, author's note) is very extensive and may lead to doubts in practice as to whether or not the economic, financial or political preconditions are given in specific life conditions… the Government is competent to examine and ascertain the fulfilment of the preconditions of § 44 for the issuance of a decree with the authority of law, i.e. Government as the empowered body decides on the applicability of such power*." He continued to support more detailed and *in stricto iuris* binding regulation, e.g. in the rules of procedure of the Diet or the Government. However, the rules of procedure of the Diet in the wording of Act No. 84/1939 of SC on the rules of procedure of the Slovak Diet did not mention the above-cited detailed regulation at all. Galbavý was particularly critical of the political reasons for the application of government enabling legislation at the time: "*The third range of interests of the state, included in the term 'political interests' that could be considered, is such a broad concept in the modern state and in modern political science that very few things remain in the spheres of interest of the state that could be asserted with certainty as not being political interests."* [49]

The author further noted the exceptional nature of the enabling provision of § 44: "*The stylization of the Constitution and the interpretation of the constitutional legislator's intention reveal that this is probably an exceptional provision, introduced in extraordinary and urgent cases requiring serious state interests."* [50] According to T. Galbavý, each exception must always be interpreted restrictively, also in relation to such government decrees: "*This means that when stylizing and adopting this provision, the constitutional legislator bore in mind that a normal legislative way is so cumbersome and lengthy and, on the other side, current political, economic and international life is so dynamic and diverse that it is able to create situations in which there may be an urgent need to shape certain living conditions, facts and circumstances in the interest of the state by law, where the normal legislative (norm-setting) process simply cannot keep pace with dynamics of the state interests."* [51] Upon conclusion of its analysis on the justification of the delegated species of the exercise of legislative power to the Government, he forecasted that "*otherwise, a custom could be created that would be to the detriment of our legislation, namely that laws will alternate with decrees with the au-*

[46] MEDERLY, K., *Ústava Slovenskej republiky a jej zásadné smernice*. II. edition. Bratislava, 1939, p. 11. Pozri tiež PODOLEC, O., *Prvý slovenský parlament. Snem Slovenskej republiky a jeho legislatívna činnosť*. Bratislava, 2017, p. 87; BEŇA, J., *Vývoj slovenského právneho poriadku,* quoted, p. 54. See also BEZNÁK, A., *Ústava Slovenskej republiky*, quoted, p. 391. J. Martinka was exactly of the same opinion: *"The effort to adapt the legal order to meet the immediate needs of the state as much as possible also forced a provision in the Constitution of the Slovak Republic on the issuance of primary rules by the Government."* Quoted from MARTINKA, J., Niekoľko poznámok k nariadeniam s mocou zákona podľa § 44 Ústavy. In: *Verejné právo*, vol. 1, 1940, p. 8.

[47] Quoted according to TSSSR, 3. Session of the Diet of 11. 5. 1939, report of the deputy R. Čavojský. Available at https://www.nrsr.sk/dl/Browser/Document?documentId=135151 (18. 10. 2021). Also quoted from BAKA, I., *Politický systém a režim Slovenskej republiky v rokoch 1939-1940.* Bratislava: Vojenský historický ústav, 2010, p. 51.

[48] J. Martinka spoke about the mentioned condition, which was the most important from the point of view of the constitutionality and legality of the relevant government decree with the authority of law, who defended the validity and legal legitimacy of this type of legal rules. In: MARTINKA, J., *Niekoľko poznámok k nariadeniam s mocou zákona*, quoted, p. 9–10; GALBAVÝ, T., *Ešte o ústave a legislatívnej praxi,* quoted, p. 129.

[49] GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna prax*, quoted, p. 239.

[50] GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna prax*, quoted, p. 233.

[51] GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna prax*, quoted, p. 233.

thority of the law throughout the year", since as he further claimed "*specific example below (government decree No. 220/1939 of SC on the Hlinka's Guard) shows that the legislative practice neglects this examination, or at least not cares enough.*" [52]

Another, negatively formulated condition of the Slovak government's enabling legislation included those areas of legal regulation that could not be regulated in the enabling legislation: these were those areas which the Constitution, under § 24, assigned to the exclusive competence of the Diet.[53] However, in addition to them, those rules that were delegated only to the Diet were also unclearly excluded from the enabling legislation in terms of their formulation (these were implementing laws that the constitutional legislator determined for the implementation of the constitution with respect to the blanket rules § 5, 11, 12, 17, 28, 39, 41, 47, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 73, 74, 75, 87, 91, 92, 94 and 98) as well as laws entrusted by the Constitution by explicit delegation to the power of the Diet to supplement and implement the Constitution by implementing legal regulations.[54]

The Government could issue relevant government decrees with the authority of law only under another, cumulatively fulfilled formal condition, i.e. if the government decree was signed by a majority of members of the Government and the President (§ 44 par. 2). Let us add that § 27 of the Constitution recognized the obligation that each law and decree with the authority of law should determine which member of the Government will implement it.

The last formal, but not necessary condition for their applicability according to § 44 par. 3 was the tacit consent of the Diet, which the Prime Minister was to request for. The Diet did not even have to deal with the government decree at all (constitutional wording of par. 3: "may"), so afterwards it entered into force *ipso facto;* or *vice versa* it expressed his (dis)consent therewith. The Constitution therefore allowed the Diet to take an active approach, where the government decree could be repealed or revised by the Diet within a lapse period of three months, and if the Diet expressed its disagreement with the Government's legal rule, the same became invalid on the day determined by the Diet. The Diet also had the opportunity to amend the government enabling decree in question by issuing its own law.[55]

Normative meaning of par. 3 of § 44, however, shows a certain negation of its justification, because the lapse period of three months could be ignored by the Diet in an extensive sense of interpretation of the constitution, which allowed the Diet within its own legislative activity to express or not to express its consent to a legal rule of the law or the government decree with authority of law by issuing its own law.[56]

In practice, the assessed enabling rule should always be submitted to the constitutional-legal committee, which prepared a recommendation for the plenary.[57] Upon its proposal, the Diet could then, according to the above par. 3, adopt the relevant legal rules: (i) to approve the government decree *ex post* in the form of a law (in practice there were 5 cases thereof), (ii) to disagree with the decree within the statutory period of three months, thereby such decree becoming invalid (this option was used only once by the Diet, in case of government decree No. 201/1942 of SC on Provisional Regulation of Public Notaries) or (iii) the Diet could draft and approve a law with a derogation clause repealing the government decree in question (for example, in the case of approving the Hlinka Guard and Hlinka Youth Act). However, the Diet used practically this authorization under § 44 par. 3 only to the minimum extent.[58]

The necessary constitutional limitation was represented by several paragraphs of the last, Title XIII. of the Constitution, regulating the derogation of laws and government decrees issued before the entry into effect of the Constitution. The sanction of Section 97 of the Constitution finally made it possible to repeal not only the laws, but also government decrees that would contravene the Constitution or other constitutional laws. To assess their constitutionality, the constitutional senate was to be established as a special judicial body for the protection of constitutionality (but not implemented in practice). Pursuant to § 99 of the Constitution, all legal and governmental regulations were to become invalid at the latest 25 years after their promulgation, at the latest at the end of January of the following year, and those regulations issued before 14 March 1939 at the latest at the end of January 1950, with the addition that the regulations contravening this Constitution in § 102 became invalid *ex constitutione*. This provision of § 99 was allegedly intended to gradually solve the problem of lack of transparency in the legal order and to ensure legal certainty.[59] Section 99 allowed the Government itself to extend the validity of all government decrees by re-declaring and publishing them in the Collection of Laws.

---

[52] By a subsequent legal analysis of the given government decree, the author points out to the unconstitutionality and direct non-compliance of this regulation with the provisions of Section 44 of the Constitution. More details in *Naša ústava a legislatívna prax*, quoted, p. 233 et seq.

[53] Modifying the exclusive competence of the diet, e.g. decide by resolutions and amend the constitution and constitutional laws, adopt the state budget and state final account, issue conscription laws, etc.

[54] GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna* prax, quoted, p. 233, also MARTINKA, J., *Niekoľko poznámok k nariadeniam s mocou zákona,* quoted, p. 10.

[55] I. Baka adds his comment thereto: *„It follows from the above that the Government interpreted the existence of enabling legislation as a temporary solution, which was forced by the current situation at the time of consolidation of the new regime."* Quoted from BAKA, I., *Politický systém a režim Slovenskej republiky*, quoted, p. 50. As to § 44 para. 3, see explanation in GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna prax*, quoted, p. 234 – 236.

[56] See the opinion of J. Martinka: *"the fact that no conclusion can be drawn from the above-mentioned authority of the Diet due to the hierarchical value of decrees with authority of law is due to another fact, namely that the last sentence of para. 3 of § 44 does not actually give the Diet any special authority in relation to decrees with authority of law, because the Diet certainly has the right to express its disagreement with each rule by repealing it or amending it by law, even after three months… From the point of view of pure theory of law, the last sentence of para. 3 of § 44 of the Constitution has no normative meaning. Its incorporation into the Constitution was more of a policy that defied precise legal wording."* Quoted from MARTINKA, J., *Ešte k ustanoveniam § 44 Ústavy*, quoted, p. 20.

[57] PODOLEC, O., *Medzi kontinuitou a diskontinuitou,* quoted, p. 69–69.

[58] On fragmentary parliamentary practice in relation to § 44 of the Constitution, see PODOLEC, O., *Prvý slovenský parlament*, quoted, p. 89 – 90.

[59] See FUNDÁREK, J., Poznámky k § 99 Ústavnej listiny Slovenskej republiky. In: *Právny obzor*, vol. 22, 1939, p. 167–172.

3.2 Some Critical and Disputatious Remarks on § 44 of the Slovak Constitution in Contemporary Legal Literature

The richness of the constitutional law issues of the Slovak enabling legislation during the Second World War became a grateful topic developed by the legal theorists of the time. Of these, J. Martinka, who supported the given type of emergency government norm-setting (an exponent of the executive worked for the people's party regime since the autonomy of Slovakia in 1938 until 1945 in various job positions), dealt with the hierarchy and legal force of the government decree with authority of the law even in 1944, arguing its status equivalent to a law, despite the fact that in the initial phase of the formation of the state in 1939, the Slovak Code, especially in the first months of the state's existence, contained the notion of "government decree" well-known from the former tradition of the Czechoslovak Republic times. Therefore, J. Martinka presented the reasons that led to the confusing and indeterminate position of the government decree with the authority of law in the Slovak legal system. There were voices that did not give this government decree the same legal authority as the law, or gave it only the authority of an ordinary government decree.[60] However, as doubts began to appear in public professional circles (T. Galbavý), why not designate this type of rules according to their legal force "with authority of the law", which in real legal practice was finally reflected in the revised citation rule in the Slovak Code in about mid-1939. More serious and unequivocally legally controversial, however, was Martinka's other view, namely that their hierarchical authority equivalent to the law is reasonable (and in line with the constitutional legislator's intention) even if the enabling government rule exceeds the constitutional limits of its subject-matter scope: *"decrees issued under this provision (§ 44 of the Constitution, author's note) are in the hierarchy of rules equivalent to laws (but not to constitutional ones), even if the government exceeds the limits set out in § 44 of the Constitution when issuing any of them. It must be considered that they are equivalent to the laws also in terms of the provision of par. 1 § 67 of the Constitution ("Judges shall be bound only by law")."*[61]

At the end of 1939, T. Galbavý drew attention to the then perceived negatives of § 44 in the Právny obzor (Legal Horizont), while quoting: "*This provision (§ 44 of the Constitution, author's note) as novum of our Constitution – as practice shows – is not stabilized and the developing constitutional custom is beginning to take paths that do not overlap with clear constitutional regulations*."[62] T. Galbavý defended only the original right of its issuance, but not the possibility of *error coram nobis* or simple amendment: "*norm-setting power of the Government under § 44 applies only to the drafting, however, it does not extend to other dispositions regarding the duration and validity of the government decree with authority of law*," and he very strictly added that if the Government-established practice were to be accepted as a custom rule of interpretation," *according to which the Government has acquired the right to repeal its own decrees with authority of the law by adopting later decrees*", this would be in stark contrast to the clear wording of the second sentence of par. 3 of § 44.[63] He argued that the wording of § 44 par. 3 clearly stated the right of the Diet to control the constitutionality of the formal and material requirements of the origin and validity of these government decrees, he stressed literally that it is "*exclusive and inalienable powers of the Diet*" and if the Government "*acquires the powers which were not delegated onto the government by the constitutional legislator, thus acting in contravention of the constitution: it is a violation of the constitution*."[64]

He thereby called for the imminent political abuse of the Government's enabling powers if the Government imprudently and carelessly decided to issue government decrees not entirely in accordance with the Constitution (which was typical, as we will state below, for the Government's enabling legislation in the first year of the Slovak Republic), because considering the previous practice for a purely formalistic reason: "*when applying the provisions of § 44 to a certain case, it is not always a pure legal concept, a pure governmental legislative (normative) act, but there are also possible power elements, which by their nature no longer pay much attention to legal formalism, which is a minor thing for them, but by their superiority of power, they express their will and thus achieve the goal pursued in passing a legal rule without paying too much attention to formal constitutional regulations. Due to these factors, there could then be a constitutional practice, which in the eyes of a strictly judging lawyer - formalist will appear as an unconstitutional political matter."*[65]

It should be noted, however, that the Government has adopted an unconstitutional procedure to derogate and repeal these government decrees, as T. Galbavý aptly pointed out, noting that in 1939, out of 61 government decrees with authority of

---

[60] J. Martinka argued: "In the case of decrees issued pursuant to Constitutional Act No. 330/1938 there is no doubt that they had the authority of law, but they are still referred to as government decrees. This is also the case with decrees issued pursuant to § 4 of Act No. 1/1939 of CLD." Quoted from MARTINKA, J., *Ešte k ustanoveniam § 44 Ústavy*, quoted, p. 18–22, also ZAVACKÁ, K., *K tradícii nariaďovacej právomoci na Slovensku*, quoted, p. 222.

[61] MARTINKA, J., *Ešte k ustanoveniam § 44 Ústavy*, quoted, p. 19.

[62] GALBAVÝ, T., *Ešte k ústave a legislatívnej praxi*, quoted, p. 129.

[63] GALBAVÝ, T., *Ešte k ústave a legislatívnej praxi*, quoted, p. 131–132.

[64] T. Galbavý can be further quoted as follows: "By the regulation specifying that the decree with authority of law is submitted by the government at the time of its promulgation, the constitutional legislator pursues the aim that the Diet as the primary norm-setting body examine the compliance of the decrees with the Constitution. The Diet, as the creator and guardian of the legal order, has not only the right but also the obligation to examine the decree with the authority of law and if it finds that the decree in some cases does not comply with constitutional regulations, it should, if possible, repeal or issue it as a law. However, since the repeal (dissenting) of a government-issued decree with authority of law could appear to the government as an unfavourable or even negative act, it can be assumed that this sharp remedy would normally (as long as the Diet trusts the Government) not occur in parliamentary practice." He proposed to re-use the authority of the Diet in § 44 para. 3 and repeal the incriminated government decree with the authority of law by ordinary law, adopted in the ordinary legislative process of the Diet, but this act lacked a clearer regulation in law, e.g. in the Rules of Procedure of the Diet. Cited from GALBAVÝ, T., *Naša ústava a legislatívna prax*, p. 235. See also GALBAVÝ, T., *Ešte k ústave a legislatívnej praxi*, quoted, p. 132–133.

[65] GALBAVÝ, T., *Glossy k zákonu o Ústave Slovenskej republiky*, quoted, p. 103–104.

law, 7 decrees were repealed by subsequent government decrees with authority of law. However, Section 44 of the Constitution did not authorize it to do so, it did so only with respect to their creation, *ergo* not to their amendments or repeal. According to the Constitution, the Diet was authorized to do so in § 44 par. 3: *"by the provision of par. 4 § 44, the constitutional legislator obviously pursues the aim that the Diet, as the primary norm-setting body, examine and check whether the decrees do not deviate from the framework prescribed by the Constitution, and thus reserve a certain right of control and consent to government decrees under § 44. Exercising this control and approval right of the Diet would be impossible if an interpretation in another sense were allowed, e.g. in terms of the practice followed, according to which the Government has acquired the right to repeal its own decrees with the authority of law by a newer decree, which is in absolute contradiction with the clear wording of the second sentence of par. 3 § 44 of the Constitution".*[66] He proposed that the unconstitutional practice be remedied and validated by the normal legislative process of the Diet, which will by law repeal the relevant unconstitutional government decrees with the authority of law.

Less than half a year after the adoption of the Constitution, the same author again stated another unconstitutional practice of overuse (abuse) of the enabling norm-setting of the Government, which has meanwhile become a common reality. He summarized the then practice of issuing enabling rules in 1939 as follows: *"As follows from the first year of the Slovak Code, the Government has made extensive use of this authority, because since the effectiveness of Act No. 185/1939 of SC by the end of 1939, in addition to 33 laws, up to 61 decrees with the authority of law issued pursuant to Section 44, were published in this collection.* However, he justified the above-average use of this type of government legislation *by the persistence of a kind of revolution, a still undeveloped domestic political process. Therefore, it can be argued that in 1939 the foundations were not laid for a kind of constitutional custom in the application of § 44, which some believe began to take paths that do not completely coincide with the Constitution. Proof of this is the fact that in the first quarter of 1940 the Government used the enabling clause with more caution, leaving the custom of last year."*[67]

4. Conclusion

In conclusion, if we deal with this extraordinary, constitutional competence and normative powers of the Slovak Government, the Constitution has only partially defined it, but has not limited it, and in real constitutional and political practice, on the contrary, it has been strengthened. The definition of this type of exceptional and extraordinary Government legislation was fixed on the narrowed, subject-matter scope of this type of legislation in favour of the Government according to § 44 of the Slovak Constitution, compared to enabling act of the Second Czech-Slovak Republic in constitutional act No. 330/1938 of CLD, but at the same time so vague that the Government could strengthen its position at the expense of the legislative body through enabling legislation. If we look only at the broader constitutional consequences of § 43, we identify the constitution of the classical, mutual relationship between constitutional binding character and subordination of the Government to the Diet and not the other way around, if we claim that the Slovak Republic became a parliamentary republic in terms of pure formality under the Constitution (§ 1 para. 6). However, with reference to the extensive normative activity of the enabling legislation of the Slovak Governments, which had the character of excessive abuse of this powers during the entire existence of the war Slovak State/Republic, it is possible to prove authoritative elements of state management and exercise of state power in Government activity.

Of course, a side effect, apparently expected and desired, was the acceleration of the entire legislative process after the adoption of the Constitution under the weight of the commitment to meet the need for immediate consolidation of conditions in the new statehood. Incidentally, the legislative work of the Slovak Republic and the legal culture under construction can be accompanied by an apt remark made earlier by I. Baka, who processed the periodical press (e.g. the party daily HSĽS Slovák) and the work of the Slovak Diet, in which all deputies allegedly expressed their opinions without major objections, heated debates, political trading, politicking, intrigue and behind-the-scenes negotiations on an acceptable political compromise. However, according to Baka, the so-called smooth ordinary legislative process, which had nothing to do with the political reality of the time, declares the rejection of the basic democratic principles of the political system and the rejection of the necessary division of powers and its mutual control.[68] According to O. Podolec, the legislative power of the parliament has become only subsidiary.[69]

In addition, during his reign, Prime Minister V. Tuka had obvious tendencies to usurp norm-setting activities and negate the legislative competence of the Diet, which we could deduce from compliance with the conditions for issuing these government decrees.[70] In addition, after the Salzburg negotiations following the reconstruction of the Government on 28 July 1940, Tuka's second Government tried unsuccessfully to enforce the amendment to the Constitution, strengthening the already unprecedented performance of this government legislation.[71] Moving away from the government's formally enshrined limits

[66] GALBAVÝ, T., *Ešte k ústave a legislatívnej praxi*, quoted, p. 130.
[67] GALBAVÝ, T., *Glossy k zákonu o Ústave Slovenskej republiky*, quoted, p. 103–104.
[68] BAKA, I., *Politický systém a režim Slovenskej republiky*, quoted, p. 55, 57–58.
[69] PODOLEC, *Medzi kontinuitou a diskontinuitou,* quoted, p. 68.
[70] PODOLEC, *Prvý slovenský parlament*, p. 89–90. Podolec comments on the practice of the Tuka Government: *"The Tuka government continued to use the institution of enabling acts, acting from an exalted position in relation to the Diet, and revising or repealing decrees by parliament did not become part of the country's political life."* Quoted from PODOLEC, O., K niektorým prvkom prvej slovenskej ústavy, quoted, p. 22.
[71] BIANCHI, L., *Dejiny štátu a práva v Československu v období kapitalizmu*. 1918 – 1945. Bratislava, 1973, p. 491.

on the government's enabling right gradually became part of the political reality (thus only deepening the fictitious nature of the Constitution and the declared parliamentary form of government[72]), exacerbated by other legal rules (such as Act No. 200/1944 of SC, granting the President unlimited legislative power in the event of a state military emergency).[73]

Thus, based on the constitutional and real description of its brief, mosaic picture, which we tried to study in the paper on the basis of defining constitutional limits and achieved implementation of this extraordinary norm-setting power, we could characterize the Government as a gradually forming dominant state body that accumulated not only executive functions, but also legislative ones (especially through the way of enabling legislation as a relic of Czechoslovak legislation before and after the Munich Agreement), which only deepened the imbalance of legislative power towards the executive. Due to the supervising German advisers and ambassadors, as well as the direct German intervention in Government power after Salzburg, the said body came to the forefront of political and state power in Slovakia. The Government could then only be controlled by the force of political and personal charism of president J. Tiso who could even oppose it, and who was able to do so skilfully in further development, because the controversy of V. Tuka's personality persisted throughout the state's existence (until the autumn of 1944, when he resigned officially for health reasons and was replaced by Štefan Tiso), whose influence (supported mainly by the Germans themselves) in Slovak society and finally in his own Government gradually weakened. It was these key political actors (in the power lines and barriers of the Hlinka's Slovak People's Party state monopoly) that diminished and moderated the documented growth of governmental power at the expense of the legislative and the president power, respectively, in dealing with specific burning legal, political, economic or international issues on a daily basis.[74]

Abbreviations:

SC - Slovak Code, a collection of legal regulations applicable in the First Slovak Republic

CLD - Collection of Laws and Decrees, applicable in the First Czechoslovak Republic and the Second Czech-Slovak Republic

§ - Section

[72] KOPEČEK, J., Slovensko v éře první diktatury: politický režim a jeho proměny (1938/1939–1945). In: *Politologický časopis*, Nr. 1, 2004, p. 4–26.

[73] PODOLEC, O., *K niektorým prvkom prvej slovenskej ústavy*, quoted, p. 22.

[74] From our point of view and the topic under review, the insignificant legislative power of the Council of State is even not worthy to mention.

Disputes over Ownership of the Baťa Empire

*David Kolumber**

Abstract

The article focuses on the disputes that occurred after the Second World War in the context of the ownership of the former property of Tomáš Baťa, which was the basis of the Baťa global concern. This concern was established in the 1930s with the participation of shell companies around the world which was the reason why legal disputes had been later nearly worldwide. In 1931, Tomáš Baťa decided to present his ownership to his half-brother Jan Antonín Baťa. That issue had not been a problem until the end of the Second World War when Tomáš Baťa's son and wife started disputes and litigations about the ownership. Nationalization of part of the concern's companies in Europe and the criminal repression of the concern's representatives in the context of post-war retribution played out against the backdrop of a family feud.

Keywords: *Jan Antonín Baťa; Tomáš Baťa; Marie T. Baťová; Tomáš Jan Baťa; ownership; judicial disputes, taxes.*

1. Introduction

The topic of Baťa's Empire appears to be thoroughly processed and analyzed, albeit to a large extent rather tendentiously, ranging from anti-Baťa defamation to pro-Baťa servile apologetics. The personalities of the two leading figures of the concern, the half-brothers Tomáš and Jan Antonín Baťa, have literally become capitalist systemic symbols. Baťa's social model was regarded as a variation of fascism during the communist era, and the post-1989 period was (and to a large extent still is) characterized by propaganda myth of the interwar and wartime periods, coupled with authorial self-censorship and the absence of critical professional analysis. The communist vilification of the Baťa family, as well as the post-revolutionary uncontrolled adulation, are extreme positions, both of which are completely inappropriate and devalue the material examined. Another problem posed is also the hypertrophy of sources, which to a large extent creates the aforementioned illusion of a comprehensive analysis of the entire Baťa family and empire. In contrast to the comprehensive treatment of the fields of economics, management and architecture, the fields of health, education and, in particular, law have so far been rather neglected.

The author of this paper aims at a concise and chronological analysis of the question of ownership of the Baťa concern and is based on the recent state of knowledge and study of archival sources,[1] court decisions and other references. In this context, the obsession of the totalitarian state security, which in the early 1950s, as part of the persecution of former employees of the concern, searched for the alleged archive of Jan Antonín Baťa, which should still be located in Zlín, cannot be ignored. The same state security then withheld the personal files of the concern's leaders until the 1960s. Using analytical and descriptive methods, the paper summarizes the key issues related to the ownership of the Baťa concern, which is still of relevance even today, in particular with regard to potential restitution claims that could be exercised owing to the procedural removal of retributive decisions.

2. General background

2.1 Baťa family

The Baťa concern was long controlled by persons who had family ties. A brief outline of these family relationships is necessary to better understand and explain the interrelationships. The Baťa (Batya, Batia) family is first demonstrably mentioned in Zlín in 1667, in the person of Lukáš Baťa (c. 1645–after 1708). One of his descendants was Antonín Baťa (1844–1905), who married two women in his life. Anna Minaříková (1839–1884) and then Ludmila Hrušťáková (1857–1939). Both were widows before they married Antonín. From her previous marriage to František Bartoš (1830–1867) Anna Minaříková had, among others, a daughter Josefa (1864–1916), who was the mother of the later wife of Dominik Čipera (1893–1963), Božena (1896–1974). František Bartoš himself was a widower at the time of his marriage to Anna Minaříková. His first marriage to Františka Baťová (1833–1861) gave birth to two sons, the younger Josef's (1859–1942) daughter was Marie (1896–1989), who in

* JUDr. David Kolumber, Ph.D., Department of the History of the State and Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic, email: david.kolumber@law.muni.cz

[1] An interesting source is the estate of J. A. Baťa in America, which should be transferred to the Czech Republic and made available to researchers on the basis of an agreement between his descendants and the National Technical Museum. Documents from this estate were made available to me by J. A. Baťa's grandson John Nash.

1922 married the later confidant Jan A. Baťa, František Muška (1892–1942). Five children were born from the first marriage of Antonín Baťa and the second marriage of Anna Minaříková: Ludvík (b./d. 1870) and Marie (1878–1880) died young, Anna (1872–1936), Antonín (1874–1908) and Tomáš (1876–1932) helped laying the foundations of the later concern in the autumn of 1894. Eight children were born from the second marriage of Antonín Baťa and Ludmila Hrušťáková: Bohumila (b./d. 1889), Ludvík (1891–1893) and Rajmund (1894–1897) died at young age. Leopold (1887–1920), Bohuslav (1895–1959), Jan Karel (later Jan Antonín; 1898–1965), Jindřich (1900–1946) and Marie (1903–1955) lived to adulthood.[2]

The popularity of some names in the family led to the differentiation of individual family members: the wife of Tomáš Baťa was listed as Marie T. Baťová (1893–1954), the wife of Jan Antonín as Marie J. Baťová (1902–1987), the wife of Leopold as Marie Baťová – Leopoldová (1893–1981) and Jan's sister Marie was known as Máří before her marriage to Josef Hlavnička (1897–1943). Tomáš Baťa's son was named Tomáš Jan Baťa (1914–2008) and was referred to as Tomáš junior or Tomík, Jan Antonín Baťa's son was Jan Tomáš (1930–1977).[3]

In addition to Dominik Čipera, František Muška and Josef Hlavnička, Hynek Baťa (1898–1968), whose grandfather František (1840–1912) was the brother of Tomáš' and Jan's father Antonín,[4] and František Malota (1900–1984), whose great-uncle was Tomáš Baťa, were also part of the lineage.[5] On the eve of the Second World War, Hugo Vavrečka (1880–1952) was the only member of top management of the Baťa concern who was not a relative.

2.2 Formation and Organization of Concern

In the autumn of 1894, Tomáš Baťa took the initiative and set up a business with his siblings using their mother's inheritance of 800 gold coins.[6] Subsequently, on 18 September 1894, Antonín Baťa, who had been declared of age by his father on 18 July 1892, applied to the Imperial-Royal district governorate in Uherské Hradiště for a permit for an independent shoemaking business, which was granted on 21 September 1894 and subsequently obtained trade licenses. The trade was formally registered in Antonín's name because Tomáš was not of age and Anna, unlike her brothers, was not apprenticed in the trade at all, but all three siblings participated in the activity. On 1 August 1900, they formed a public trading company T. & A. Baťa. The partners were Tomáš and Antonín Baťa, owners of a shoe trade in Zlín, who were authorized to act independently on behalf of the company. In June 1908, Antonín Baťa died of tuberculosis and Tomáš Baťa took control over company management, Tomáš used the title "*chéf*" (boss). The factories expanded and by 1917 were the largest shoe company in Austria-Hungary. The factory survived the crisis after the First World War, especially after 1922, owing to successful marketing and tax relief. In 1923, the factory repaid its bank loans and was completely independent of bank capital from 1931. From the autumn of 1923, Tomáš Baťa was the mayor of Zlín. The city council was controlled by company's employees, which allowed the concern to pursue its interests in the city.[7]

In 1931, the Baťa organization witnessed a major change. Baťa, a. s., was founded, with Tomáš Baťa as its sole shareholder.[8] On his instructions, Leader A.G. was then founded in Switzerland. Tomáš Baťa did not manage this company personally but delegated his powers to a consortium of Swiss lawyers.[9] While the shares of Leader A. G. were still in Tomáš's vault after his death, the shares of Baťa, a. s., were not printed until several years after his death.[10]

It is important to note in this context that the Baťa concern included a number of trading companies. Some of them were formally owned by Baťa, a. s., some by foreign affiliates of Baťa (or Kotva), some directly by the chéf, some by related individuals and some by shell companies.[11] Until 1942–1943, despite the often complex and opaque ownership structure, the entire functional unit was under the management of the headquarters in Zlín [the so-called "ředitelna" (director's office)].[12] In May 1931, Tomáš Baťa executed a deed which addressed his ownership rights to all his property and marked a significant event.[13]

3. Empire Organization

3.1 The Death of Tomáš Baťa and the Subsequent Organization

On 12 July 1932, Tomáš Baťa died in a plane crash and the following day, the mentioned document from 10 May 1931 was

[2] Cf. KOLUMBER, D., *Spory o Baťův odkaz*. Ostrava, 2016, p. 10-12.
[3] Cf. *Ibid.*, p. 11, 12.
[4] Cf. *Ibid.*, p. 13.
[5] Cf. KOLUMBER, D., Proces s Františkem Malotou (1954). In: TAUCHEN, J. (ed.). *Encyklopedie českých právních dějin. IX. svazek: Procesy (od roku 1950)-Pů.* Plzeň, 2017, p. 243.
[6] POKLUDA, Z., *Sedm století zlínských dějin*. Zlín, 1991, p. 67.
[7] KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 14-17.
[8] Moravian Land Archives (hereinafter referred to as "MZA"), Collection Svit, Signature ("sign.") I/2, Box No. 272, Folder No. 206.
[9] MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 264, Folder No. 173.
[10] KOLUMBER, D., Beati possidentes. In: MIKEL, Z. (ed.). *J. A. Baťa 120: Budování baťovských továren a měst v Československu a ve světě*. Uherské Hradiště, 2018, p. 64.
[11] Of these shell companies, Bavé N.V. (domiciled in the Netherlands, founded in 1930) and Leader A.G. (domiciled in Switzerland, founded in February 1931) are particularly noteworthy. The funds of Leader A.G. were used to set up Transoceanique S.A. (domiciled in Luxembourg and existing between 1938 and 1945) and the Westhold Corporation financial group (established in April 1940 in the USA), which took over Bavé N.V. and then set up B.S.F. (a foundation based in Switzerland). Concurrently, there was a consortium of companies formed before April 1945 on the instructions given to lawyers in Switzerland. – In detail KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 19, 121.
[12] MAREK, M., Zasutá minulost? Baťův koncern ve střední Evropě za druhé světové války. In: *Hospodářské dějiny*, vol. 27, No. 2, 2012, p. 211, 217.
[13] KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 129.

found in the vault and reached Tomáš' half-brother Jan Antonín Baťa, who approved its contents.[14] The deed contained a statement that Tomáš Baťa had sold to J. A. Baťa for the sum mentioned "*all his shares, interests and all his property in general, with the exception of real estate, even if it is not listed here*", the excluded real estate being the Loučka, Lazy and Schmegerle estates and a residential house in Zlín.[15] According to Tomáš Baťa's last will and testament (dated 19 May 1931), this property was worth CSK 57 400 000,[16] of which CSK 50 million was a receivable with Jan A. Baťa for shares sold. The property also included a house in Zlín, Lazy, Loučka, Schmegerle and a receivable from the town of Zlín.[17] As early as 18 July 1932, J. A. Baťa notified the tax office that he had verbally purchased all the shares in May 1931 and referred to a letter containing a note,[18] and on 22 July 1932, a tax on securities transaction worth CSK 25 000 was paid.[19] On 19 July, the Baťa management announced that the amount of CSK 8.1 million was to be paid to Marie T. Baťová, widow, and the amount of CSK 22 million to Tomáš J. Baťa, the son of T. Baťa, according Tomáš' last will.[20]

In December 1932, Jan Antonín Baťa notified the tax office that he was submitting a balance sheet of all the domestic companies named in the May 1931[21] purchase agreement, and in January 1933, he submitted an inventory of the assets purchased under the oral purchase agreement at the beginning of May 1931, however, without any mention of the shell companies (especially Leader A. G.).[22] The company's representative then submitted an inventory of the property transferred to Jan A. Baťa to the tax office two days later, on 19 January 1933, stating that the oral agreement had been agreed on 10 May 1931 and that T. Baťa had made a written record of the sale, which could not be regarded as a written purchase agreement, and that the oral agreement to sell the securities was not subject to a fee.[23] At the same time, Jan's representatives then proposed to the tax directorate to resolve the charge on the purchase agreement.[24] The fee was to be paid on the sum of CSK 85 million in the amount of CSK 1.7 million. Donation tax could not be claimed due to the absence of the intention to make a donation.[25] The Ministry of Finance also concluded that the donation tax could not be applied, nevertheless the state was entitled to a fee, but the basis for its calculation was not clear (from CSK 85 million to CSK 690 million).[26]

The key date is 6 June 1933. Marie T. Baťová and Tomáš J. Baťa wrote to the Ministry of Finance, stating that they recognized the purchase agreement of 10 May 1931 as legally valid and had no objections.[27] Fourteen days later, an agreement was concluded with the Ministry of Finance, whereunder J. A. Baťa would pay a fee of CSK 5 490 810 (from the base of CSK 274 540 264) under the deeds of May 1931 and July 1932.[28] Between 1932 and 1945, it was apparent from their conduct and behavior that both Marie and Tomáš Jan Baťa considered J. A. Baťa to be the owner.[29] In the context of the estate, neither the wife nor the son of the deceased objected that Baťa, a.s., any share in it, the assets of the company or any part of it, or perhaps even the shares of that company, should be included in the estate.[30]

3.2 Second World War

The management of the Baťa concern undoubtedly had an unprecedented ability to foresee the development of the situation.[31] It is thus no surprise that as early as 29 September 1938, the National Bank of Czechoslovakia was asked by letter for permission to export the shares of foreign Baťa companies to Switzerland, which was granted by the Central Bank at an extraordinary meeting on 4 October 1938. Understandably, the approval could not concern the shares of Baťa, a. s. itself, as they were not issued until June 1940.[32] At the same time, the property in the Sudetenland was transferred to a related employee, Friedrich Kröner (1906–1944), and the property in southern Slovakia to the newly formed company Cikta, which formed the basis of the affiliated Hungarian concern after the Hungarian takeover.[33]

In connection with the World Exhibition in New York, Jan Antonín Baťa left the Protectorate in June 1939 and stayed in the USA until January 1941 and then in Brazil.[34] The absence of Jan A. Baťa in the Protectorate proved problematic already in the autumn of 1939. On 4 October 1939, a decree of the

14 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 264, Folder No. 173.
15 *Ibid.*
16 The "CSK" was a code for the Czechoslovak koruna. To put that into context, CSK 163,70 was Ł 1 in 1931 (19 May 1931).
17 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 264, Folder No. 173.
18 IVANOV, M., *Sága o životě a smrti Jana Bati a jeho bratra Tomáše*. Vizovice, 2000, p. 109.
19 KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 83.
20 POKLUDA, Z., *Baťovi muži*. Zlín, 2012, p. 160.
21 *Ibid.*, p. 161.
22 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 371, Folder No. 919.
23 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 264, Folder No. 173.
24 *Ibid.*
25 KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 84.
26 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 264, Folder No. 173.
27 KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 84, 85, 129.
28 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 264, Folder No. 173.
29 Cf. MZA, Collection Krajský soud Uherské Hradiště, Box No. 92.
30 KOLUMBER, D., 2018, *op. cit.*, p. 64.
31 KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 17-18.
32 KOLUMBER, D., 2018, *op. cit.*, p. 64.
33 KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 17-18, 72.
34 MZA, Collection Exico, Box No. 7, Folder No. 61.

Ministers of the Interior and Finance on the confiscation of the assets of the Protectorate of Bohemia and Moravia was published in the Reich's government gazette, whereunder the Reich Protector or his designated authorities had authorization to confiscate for the benefit of the Reich the property of persons or associations of persons who supported efforts hostile to the Reich. The persons or associations affected were to be determined by the Reich Minister of the Interior in agreement with the Reich Protector, who was responsible for the administration of the confiscated property, the use of which was to be decided in agreement with the Reich Minister of Finance.[35] In addition, as early as March 1939, the director of the Reichsbank, Maximilian Bernhuber, arrived in the Zlín headquarters to ensure the protection of "Reich's interests". Owing to the interventions with Walter Bertsch, the Reich Protector's Commercial Affairs Officer, the Reich's interests were subsequently secured by Albrecht Miesbach, who did not, however, assumed his post until the summer of 1940.[36] It is therefore somewhat understandable that in the autumn of 1939, the threat of confiscation under the decree of 4 October 1939 was considered a real possibility that had to be averted. Moreover, according to the information available to the Zlín director's office, Baťa's factories were the last large Czech holding that had not been taken over by the Germans.

Therefore, in view of the tax amnesty,[37] Malota and Vavrečka called Jan A. Baťa on 10 October 1939 from Trieste, and agreed to sell part of Jan's shares. In the end however, a different course of action was devised and on 13 October 1939 Hlavnička telegraphed to J. A. Baťa: "*confirm your order from July 17 1932 Hlavnička Čipera Vavrečka Malota Hynek Baťa each seven percent*". Jan made the confirmation on 14 October (albeit with a different order of persons), and on the same day Hlavnička, as Jan's agent, issued a certificate to František Malota, Dominik Čipera, Hugo Vavrečka and Hynek Baťa stating "*that according to the arrangement of 17th July 1932 Mr. Jan A. Baťa seded to you, as a reward for your services, into your ownership 7% (…) shares of the total share capital of the company Baťa"*. The addressees confirmed the transaction on the same day and they concurrently made wills concerning the shares, which guaranteed that the shares would be offered by their heirs to the remaining persons to whom the seven per cent share had been transferred and whom Malota referred to in his letters to J. A. Baťa as the quintet. Thereafter, on 25 October 1939, Malota again contacted Jan A. Baťa from Trieste, and informed him that the transfer was still too small and that there was still a concern; moreover, Hlavnička informed the Germans that "*there is nothing more in the Protectorate*" and that it would be wise if someone returned to the Protectorate with additional shares. Malota suggested that it should be Tomáš Jan, Marie T., Marie J. or Jindřich Baťa. Subsequently, before the end of the tax amnesty, Marie T. Baťová was announced as the owner of another block of shares. Marie T. then returned to the Protectorate.[38] A document dated 20 July 1932 was then discovered which purported to confirm that J. A. Baťa had donated a block of shares to Marie T. Baťová.[39]

According to the data from the end of October 1939, Jan A. Baťa was the owner of 40 % of the shares of Baťa, a.s., Marie T. Baťová had 25 % and Dominik Čipera, Hugo Vavrečka, Josef Hlavnička, Hynek Baťa and František Malota each held 7 %. After the tragic death of Josef Hlavnička, his heirs (his wife Marie Hlavničková and their children) sold their father's share to Čipera, H. Baťa, F. Malota and H. Vavrečka. The agreement was approved within succession proceedings in January 1946.[40]

From approximately 1938 to 1940, shares of Leader A. G. were transported to the USA. The company had 2 000 shares, 4 of which were held by members of the board of directors, 890 were deposited with North River Securities Corporation, 826 were in František Muška's vault, and 280 were in an account at the London Bank in the name of N. V. Bavé Amsterdam, which was then controlled by Westhold.[41] Leader A.G., managed by Swiss lawyers, was subordinated to a London company controlled by Tomáš J. Baťa in late 1942 and early 1943.[42]

4. Will the Owner be Determined in Court?

After the end of the Second World War, the Baťa board of directors had struck off from the commercial register Germans, who had become members of the statutory bodies during the war.[43] As at 27 October 1945, all the assets of Baťa, a.s., and the other companies defined in the Decree of the Minister of Industry of 27 December 1945 No. 919/1946 Ú.l. were nationalized, which introduced another subject of judicial disputes abroad.[44]

All securities located in the territory of Czechoslovakia which were not deposited in the owner's name in open cus-

[35] *Verordnung über die Einziehung von Vermögen im Protektorat Böhmen und Mähren am 4. 10. 1939*. RGBl. I, p. 1998.
[36] MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 343, Folder No. 782.
[37] Cf. vládní nařízení č. 192/1939 Sb. [Coll.], o daňové amnestii.
[38] KOLUMBER, D., 2018, *op. cit.*, p. 64.
[39] The estate of J. A. Baťa includes a copy of this deed, according to which "*I the undersigned Marie T. Baťová, widow after Tomáš Baťa, bind myself to have my parcel of share of Baťa, a. s. Zlín - which were given to me on this day [*July 20, 1932*] by Mr. J. A. Baťa, entrust for representation to Mr. Jan Baťa, or a person whom he will designate as his authorized person. Further I oblige myself for myself and my heirs that I will not sell the shares without offering them to Mr. Jan A. Baťa, or to a person appointed by him - or to his of his free will installed successor and that at the price of Kč 5 000 000 (five million Kč) 1932 that is at the rate of exchange of Kč 34 for one dollar or 160 per English pound."*. Included is also a telegram from František Malota, dated 20 March 1940, sent from Italy, requesting J. A. Baťa to confirm to Josef Hlavnička via Mario Rocco (head of the Italian affiliation) that he had transferred 34 850 shares in accordance with Tomáš Baťa's will after his death in July 1932 to his wife.
[40] MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 342, Folder No. 778.
[41] MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 344, Folder No. 792.
[42] MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 282, Folder No. 255.
[43] MZA, Collection Krajský soud Uherské Hradiště, Box No. 92.
[44] In detail KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 95-106, 108-112.

tody with a custodial office were to be deposited in such custody and registered by 15 November 1945, under the penalty of forfeiture to the state.[45] The number of shares held by Jan A. Baťa was disputed and declared indeterminate, referring to the autumn 1939 transfer.[46] After the war, Marie T. Baťová, Hynek Baťa, Hugo Vavrečka and Dominik Čipera registered their shares; František Malota declared that he had held the shares for J. A. Baťa which thus were forfeited.[47] Jan himself did not submit a request for restitution or compensation for the forfeited shares, as the alleged owner of all the shares of Baťa, a.s., until December 1947. His request was subsequently dismissed.[48]

In January 1946, Tomáš J. Baťa tried to obtain a statement from his uncle Jan A. Baťa that Jan had been acting as trustee since the death of Tomáš Baťa and the deed of May 1931 was a ruse covering the takeover by Jan of the property in trust until Tomáš Jan Baťa was old enough.[49] In February 1946, Tomáš Jan Baťa registered the shares as their owner.[50] In April 1946, in a letter to the Ministry of Justice, Jan mentioned other shareholders, including his sister, a co-owner of businesses in Zlín.[51] In November 1946, Jan demanded that Dr. Jucker, one of the Swiss lawyers managing Leader A.G., sign a deed confirming Jan as the owner, which Dr. Jucker refused.[52]

Subsequently, in March 1947, Marie and Tomáš J. Baťa filed a lawsuit in Switzerland seeking to prevent the Jan from giving instructions to the Swiss lawyers (Charles Jucker, Hans Berger and Wilhelmina Meier) administering Leader A.G. pending a decision on its ownership.[53] Afterwards, at the end of May 1947, an action was brought in Zurich for the surrender of the property claimed by Marie and Tomík as heirs of Tomáš Baťa, provided that the attorneys administering Leader should follow their instructions.[54] At the same time, a proceeding was commenced in the Supreme Court of the State of New York concerning 826 shares of Leader deposited in František Muška's deposit box with *Chase Safe Deposit Company*.[55]

On 2 May 1947, the National Court sentenced Jan Antonín Baťa to fifteen years' hard labor for subverting the liberation movement and damaging the interests of the Republic.[56]

At the end of December 1947, Jan, through Evžen Šaller, declared assets of about CSK 970 million to the tax administration, and another application was then filed by the national administrator for Jan's land and houses.[57]

In October 1948, Jan Antonín Baťa submitted his request for compensation for the nationalized property to the Czechoslovak Ministry of Foreign Affairs. In this regard, he stated, among other things, that he was the sole owner of the shares in Baťa, a.s., and that a fictitious transfer had been made during the war to Marie T. Baťová, Čipera, H. Baťa, Vavrečka, Malota and Hlavnička, and that he had declared ownership of the shares in accordance with Decree No. 95/1945 Coll., from Zurich to the Czechoslovak Minister of Finance at the end of 1947.[58] In December, a general meeting of Baťa, a. s., was held in Belcamp, USA, where an announcement was made that the company based in Zlín had been placed under national administration "*without the approval of (…) the president and main shareholder (…) Jan A. Baťa*".[59] The general meeting also delivered a decision to transfer the company's registered office to Batatuba, Brazil, to amend the Articles of Association and to change the composition of the statutory bodies.[60] In February 1950, the transfer of the company to Brazil was confirmed by the Brazilian Ministry of Commerce, which was effectively confirmed in 1953 by the Brazilian president.[61]

In October 1949, Tomáš Baťa Jr. filed a request for compensation with the state commissioner.[62] In February 1950, Tomík Baťa applied for compensation as the owner of 75 % of the shares of the nationalized company as an intestate heir to his father.[63]

Judge Schreiber's judgment in the dispute over the ownership of 826 shares from F. Muška's vault was delivered in January 1950. The judge referred to Jan's claims as fanciful, Jan's testimony as false, and, as to the will, stated that it was erroneous in that it referred to a deed dated May 1931, which was either invalid or false in that no deed actually existed. The declaration of Marie and Tomík was then held not to be a deed of acknowledgment in that it was not directed to Jan.[64] The appellate division of the Supreme Court of New York upheld

45 KOLUMBER, D., 2018, *op. cit.*, p. 64.
46 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 342, Folder No. 778.
47 *Ibid.*
48 *Ibid.*
49 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 344, Folder No. 792.
50 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 387, Folder No. 995.
51 IVANOV, M., *op. cit.,* p. 287.
52 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 344, Folder No. 792.
53 POSPÍŠIL, J., *Rub a líc baťovských sporů*. Zlín, 2012, p. 65-66.
54 *Ibid.*, p. 66-67.
55 *Ibid.*, p. 67.
56 In detail LETKOVÁ, A., Jan Antonín Baťa - osud veľkopodnikateľa v povojnovom Československu. In: *Historicky časopis,* vol. 65, no. 3, 2017, p. 471-491.
57 POSPÍŠIL, J., 2012, *op. cit.*, p. 118.
58 ARCANJO, F. M., *Svět porozumí: příběh krále bot Jana Antonína Bati.* Krásná Lípa, 2004, p. 156-159.
59 *Ibid.*, p. 70, 80-81.
60 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 345, Folder No. 796.
61 KUSLOVÁ, H., Brazilské baťovské společnosti po druhé světové válce. In: *Acta musealia Muzea jihovýchodní Moravy,* vol. 7, no. 1-2, 2007, p. 84.
62 KOLUMBER, D., 2018, *op. cit.*, p. 65.
63 MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 345, Folder No. 796.
64 KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 112.

the judgment, holding that the will, although valid, disposed of nonexistent property.[65] In October 1953, both decisions were confirmed with the addition that Jan A. Baťa had told Canadian authorities in 1940 that he had no knowledge of the true ownership of the Leader A. G. shares, and the New York courts concluded that Marie and Tomík had the better right to the shares.[66]

By order of the district prosecutor in Prague 4 of 16 April 1952, the property of Marie T. Baťová, who had illegally emigrated after 1948, was seized and subsequently declared forfeit to the state by order of the People's Criminal Court in Prague of 28 January 1953, delivered in proceedings under case No. Nc 5/53, if this property had not been confiscated by the decree of the Unified National Committee in Gottwaldov of 1 June 1949, case No. 56220/5-1949.[67]

In April 1953, the District Court of Amsterdam, in proceedings under case No. 3683/1949, dismissed the action brought by Marie T. Baťová and Tomáš J. Baťa to establish that they were the owners of a specified number of shares in N. V. *Nederlandsche Schoenen Lederfabrieken Baťa-Best*, the property having been acquired by bequest of J. A. Baťa.[68] The judgment was upheld by the court of appeal and, in November 1955, by the Dutch Supreme Court.[69]

In November 1954, the People's Court in Gottwaldov ruled that Jan and his wife and daughters, Bohuslav Baťa and Vanda Baťová (i.e. Jan's brother and his wife) and Ludvík Zapletal were not and, as of December 1948 had not been the owners of the shares of Baťa, a.s. This decision was confirmed by the Regional Court, which concluded that, as of 28 December 1948, the Czechoslovak state owned 64.76 % of the shares of Baťa, a.s.[70]

In March 1955, the court rendered a judgment in the dispute over 890 shares of Leader shares deposited with *North River Securities Corporation* in Delaware, USA. The judiciary found, inter alia, that there was a duplicate series of Leader A. G. shares, the identical numbers of shares being held both by North River and by B. S. F. Stiftung in Switzerland, however, the court refused to rule on which shares were valid.[71] In May 1955, a decision on 280 shares of Leader A. G. deposited with the Westminster Bank in London was delivered. Tomáš J. Baťa argued that Westhold was not the holder of the shares in question and claimed that he and his mother were the legal owners; however, the court held it had not made a final ruling on the ownership of Leader A. G.[72] At the same time, the court in Gottwaldov ruled that the owner of the shares was his half-brother, Jan Antonín Baťa, by virtue of an agreement with Tomáš Baťa;[73] in May 1956, the Regional Court in Uherské Hradiště rejected this proposition, stating in its reasoning that the deed of May 1931 was a written offer, since the ABGB did not address the eventuality of a sale by unilateral negotiation, but nevertheless concluded that, regardless of the owner, the shares were forfeited to the state.[74]

In 1956, Jan Antonín Baťa convened the general meeting of Baťa, a. s., in Amsterdam. The meeting took place, but Dominik Čipera and Hynek Baťa did not acknowledge it, pointing out, among other things, that Jan had not complied with Czechoslovak regulations governing the registration of securities, and therefore had lost his shares. First, on 7 July 1956, the Dutch court dismissed the action brought by Čipera and H. Baťa on the grounds that the failure to comply with the regulations governing registration had no effect outside Czechoslovakia and that Jan had convened the general meeting in violation of the Articles of Association, however, he did so in order to resolve a crisis situation where it had allegedly become apparent in advance that Čipera and Hynek Baťa were unwilling to participate in the renewal of the company's bodies. Čipera and Hynek Baťa appealed against the decision already in July 1956. In June 1957, the Amsterdam court of justice concluded that the forfeiture of the shares on the grounds of failure to register in the inventory in Czechoslovakia after the Second World War was invalid.[75]

Litigation also continued in Delaware in February 1958. The *Court of Chancery*, in deciding the Leader, North River and Westhold shares, held that the ownership of North River and Westhold was derived from the ownership of Leader A. G., and that Marie T. Baťová and Tomáš J. Baťa participated in the fictious transfer to Jan during Tomáš' lifetime, when Jan's status was not challenged between 1932 and 1940. The lack of intervention by the Czechoslovak authorities was explained by the Delaware court as a reluctance to "*kill the goose that lays the golden eggs*". The Delaware courts (like the New York courts) therefore concluded that Tomáš Baťa Jr. was the owner of the Westhold and North River shares.[76] The decision was then appealed, and subsequently the Delaware Supreme Court in August 1960 confirmed in the appellate proceedings that Marie and Tomík were the owners, but at the same time held that Jan was entitled to compensation for his work. At the same time, the court recapitulated the previous foreign proceedings [1947: Swiss and New York proceedings (thus, the New York decisions were also considered foreign in Delaware), 1949: Netherlands].[77] Jan then moved for a retrial on the ground

[65] POSPÍŠIL, J., 2012, *op. cit.*, p. 96-97.
[66] Bata v. Bata, 279 A. D. 187 (1951).
[67] KOLUMBER, D., 2018, *op. cit.*, p. 65.
[68] *Ibid.*
[69] *Ibid.*
[70] MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 385, Folder No. 989.
[71] Bata v. Hill, 112 A.2d 519 (Del. Ch. 1955).
[72] Bata v. Hill, 113 A.2d 740 (Del. Ch. 1955).
[73] MZA – Státní okresní archiv Zlín („SOkA"), Collection Okresní soud ve Zlíně, sign. C 82/53.
[74] *Ibid.*
[75] MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 385, Folder No. 989.
[76] Bata v. Bata, 139 A.2d 159 (Del. Ch. 1958).
[77] Bata v. Bata, 163 A.2d 493 (Del. 1960).

of new evidence (rather allegation) claiming the deed of May 1931 was a valid offer, but the Delaware Supreme Court denied the motion in April 1961.[78]

On 26 March 1962, Jan acknowledged the ownership rights of Tomáš Baťa Jr. by two deeds. In the first declaration, Jan acknowledged Tomík's ownership rights to the shares of the Baťa shoe organization (among others, Leader A. G., B. S. F. Stiftung, Abex, Bavé, Westhold, North River, and Baťa, a.s.) and to all companies except Brazil and Haiti, for which Jan was to receive compensation of USD 700 000. In the second declaration, Jan withdrew his claims from Baťa, a. s. and his objections to the allegation that Marie T. Baťová and Tomík became owners as heirs. Jan therefore acknowledged the inheritance rights of Tomík (3/4) and Marie T. Baťová (1/4) and, by order of Živnobanka, revoked the 1939 transfer of shares.[79]

As early as 1963, Jan went to court once again, this time in Pennsylvania (following the involvement of a Pennsylvania-based bank), challenging the acknowledgement and refusing to perform his part of the arrangement. The Pennsylvania bank held funds from the compensation that Jan was to receive once it he concluded the litigation in Great Britain and transferred the shares in British Baťa Shoe Co. and Dutch Baťa Shoe Co. to Tomík. In June 1963, Tomík brought action in court seeking to enforce fulfilment of Jan's obligation. The jurisdiction of the federal courts was claimed, but on 1 November 1963, the United States District Court ruled that the federal courts lacked jurisdiction over the case and referred the case to the Pennsylvania court.[80]

Between 1965 and 1966, further proceedings were initiated in Switzerland as Jan attempted to overturn the adverse decisions in the Baťa Best case.[81]

In November 1966, the Supreme Court of Pennsylvania concluded that Jan had not presented new evidence, and rejected the claims that he had concluded the agreement under duress, and that the judgments in Switzerland, New York, and Delaware were obtained by the gross fraud perpetuated by Marie T. Baťová and Tomáš J. Baťa. The court did not find the 1962 agreement invalid and ordered Jan to fulfill his obligations, and in April 1967 the U.S. Supreme Court denied a petition for review of the Pennsylvania judgments.[82] In October 1971, the damages resulting from the breach of the 1962 agreements were addressed, and in January 1973, an appeal against the Pennsylvania Supreme Court's June 1972 decision holding that the 1962 Agreement was valid and that the litigation in England should be terminated and *Dutch Baťa* shares registered was dismissed. Thus, in 1973, the Pennsylvania Supreme Court put a definitive end to the litigation by rejecting Jan's factual version of transactions concluded under duress.[83]

In January 1991, representatives of Tomáš Baťa Jr. (Sullivan and Cromwell) contacted the Czechoslovak authorities stating that he and his mother were the sole owners of the shares in Baťa, a.s. In January 1991, the Minister of Justice of the Czech Republic, Leon Richter, informed Sullivan and Cromwell that this statement contradicted the information available to the Czechoslovak authorities. It was explicitly stated that "*both Tomáš Baťa Jr. and his mother Marie Baťa in the succession proceedings after Tomáš Baťa Sr. had expressly acknowledged the validity of the purchase agreement by which J. A. Baťa acquired the shares in question. They also made the same declarations to the Czechoslovak tax authorities, so that a far lower inheritance tax was assessed than the state was entitled to. There are other facts which make Tomáš Baťa's claims questionable*."[84] However, the representatives were advised that they could seek their rights in court.[85]

Tomáš J. Baťa pursued his claims before the European Court of Human Rights in March 2006. In its opinion on the admissibility and merits of the complaint, the Czech Government stated that it rejected in particular the complainant's claim alleging that, following the death of his father in 1932 and on the basis of the decision of the probate court of 28 June 1933, Tomáš J. Baťa had inherited 75 % of the shares in Baťa, a. s. in Zlín and his mother, Marie Baťa, 25 % of those shares, and that the claims of Jan A. Baťa for ownership of the Baťa, a.s. shares had been rejected by a number of courts.[86] The complaint alleging breach of the right to peaceful enjoyment of possessions, breach of the right to a fair trial, in particular the right of access to a court, and breach of the right to an effective remedy was unanimously declared inadmissible.[87]

5. Summaries

5.1 Summary of Facts

In 1931, Baťa, a.s. was established, followed by a system of shell companies, through which the Zlín director's office controlled the global Baťa concern until 1942–1943. In May 1931, Tomáš Baťa drew up a deed stipulating that his half-brother Jan Antonín Baťa was to become the owner of all his property with certain exceptions. Furthermore, Tomáš Baťa drew up his last will, which, in terms of content, followed the deed of May 1931. In March 2018, J. A. Baťa's grandson, John Nash, came forward with information that these preparations of property transfers were designed to avoid a conflict of interest in Tomáš Baťa's expected candidacy for the presidency of the Republic. However, in view of the functioning of the party-political system in interwar Czechoslovakia, a presidential candidacy of Tomáš Baťa at that time must be considered unlikely or even improbable, although it cannot be excluded that it may have had support in certain circles.

78 Bata v. Bata, 170 A.2d 711 (Del. 1961).
79 Compare with POSPÍŠIL, J., 2012, *op. cit.*, p. 134-142.
80 Thomas J. Bata v. Central-Penn National Bank of Philadelphia and Jan A. Bata, 223 F. Supp. 91.
81 Thomas J. Bata v. Central-Penn National Bank of Philadelphia and Jan T. Bata, 293 A.2d 343.
82 Thomas J. Bata v. Central-Penn National Bank of Philadelphia and Jan A. Bata, 224 A.2d 174.
83 Thomas J. Bata v. Central-Penn National Bank of Philadelphia and Jan T. Bata, 293 A.2d 343.
84 KOLUMBER, D., 2018, *op. cit.*, p. 66.
85 *Ibid.*
86 *Ibid.*
87 *Tomáš Baťa v. the Czech Republic*, no. 43775/05.

Jan Antonín Baťa was acquainted with the May 1931 deed after the tragic death of his half-brother, and he wrote another declaration thereon,[88] and thereafter contacted the tax administrator to settle his tax obligations. The tax administrator had certain reservations about the manner of the change of ownership. In June 1933, Marie T. Baťová and Tomáš J. Baťa informed the Ministry of Finance that they accepted the oral purchase agreement of May 1931 as legally valid and did not object to it, and quickly an agreement was also concluded with Jan, who was assessed a fee of approximately CSK 5.5 million.

In the post-Munich era, shares of foreign companies were transported from Czechoslovakia to Switzerland, and steps were taken in Czechoslovakia to adapt the concern to the new situation. Although J. A. Baťa was to donate part of his shares to Marie T. Baťová (25 %), Čipera, Hlavnička, Malota, Vavrečka and Hynek Baťa (7 % each) in July 1932, there are a number of reasons why these transfers should be regarded as either antedated or pure fiction. The first information about the transfers did not appear until 1939 in the context of the tax amnesty, first involving the executives, then also Marie T. Baťová. In the interlude, the change of ownership is not reflected in the general meetings, where even Marie T. Baťová acted as proxy for J. A. Baťa according to the power of attorney. The shares themselves, allegedly partly handed over in July 1932, were not printed until 1940. It is also at least strange why Hynek Baťa and especially Hugo Vavrečka, who did not join the plant until June 1932, should be awarded for their services to the plant in July 1932,[89] and not, for example, Josef Blažek (1875–1952), who had been in management positions since 1905 and was the only concern representative to officially use the title of director.[90] After the war, the Czechoslovak courts also took issue with the transfer of part of J. A. Baťa's shareholding, as they ruled in December 1954 that the transfer had taken place in July 1939 (sic), i.e. before the tax amnesty, which is probably an error of reasoning.[91] Even without the documents from the estate of J. A. Baťa, it is therefore clear that these property transfers were an attempt at consolidation in fear of German intervention.

In 1945, the shares were registered and deposited by Čipera, Vavrečka, Marie T. Baťová and Hynek Baťa according to the relevant decree, Malota's shares were forfeited, Jan Antonín registered them late and his request for restoration to their previous state was not granted. In January 1946, Tomáš J. Baťa tried to obtain a declaration from his uncle that he was only a trustee and the May 1931 deed was a camouflage. In November, Jan A. Baťa tried to get a confirmation from the Swiss lawyers that he was the owner of Leader A. G. which was refused by Dr. Jucker. Between 1947 and 1962, litigation was brought in many countries, in which the courts expressed different opinions on the question of the nature of the 1931 deed and the ownership of the company. The existing controversy was to be resolved by the declarations of acknowledgment, which eventually caused further wave of litigation between 1963 and 1973. Czechoslovak and Czech institutions then maintained and continue to maintain the position that the owner of the concern after 1931 or 1932 was Jan Antonín Baťa.

5.2 Legal Summary

A market agreement was concluded between Tomáš Baťa and J. A. Baťa pursuant to Section 1053 of the Imperial Patent No. 946/1811 J. G. S., General Civil Code, as amended (hereinafter "ABGB"), whereunder T. Baťa transferred to J. A. Baťa in principle all his property for approximately CSK 54 million.[92] The deed of May 1931 constituted an offer. It came into the possession of the offeree (J. A. Baťa) in July 1932 and he accepted the offer. In order to conclude the agreement, however, it was necessary to return the acceptance back to the sphere of disposition of the offeror, whereas the proposal was not extinguished by the death of Tomáš Baťa[93], and therefore the agreement was perfected when the acceptance came into the sphere of his wife and son. The fact that the acceptance of the offer was known is clearly documented in the letter of 6 June 1933, when it was clear that both the wife and son of Tomáš Baťa knew about the transfer of their husband's and father's property to Jan.[94] Although the letter was not addressed to Jan himself, an outside observer can clearly see that Tomáš Baťa's successors knew of the acceptance of the deceased industrialist's offer. It is therefore not significant that they referred to it as an oral agreement. The agreement was concluded once the acceptance came within the sphere of the offeror's successors in title.

The agreement is frequently questioned because Jan was allegedly surprised when he opened Tomáš's vault, which would suggest that Jan was unaware of any May 1931 agreement. Austrian civil law theory required that the offer be made to a specific person.[95] The May 1931 deed was found in an envelope marked

[88] In this context, it is worth to mention Dominik Čipera, who is described as a stoic who rarely expressed his emotions. His son, however, in the late 1990s, in connection with the tragic death of Tomáš Baťa, described the initial reaction of Dominik Čipera in a completely different way, when Čipera was supposed to talk about a hopeless situation, to break things at home and then to leave for a meeting. He then returned from that meeting completely calm. The perception of the then minor child can then be placed in the context of the opening of the vault and the discovery of the relevant documents. However, the testimony could also suggest that Tomáš Baťa did not inform even his closest associates about the intended organization of the company in the event of his death, and that they were, immediately after his death, therefore objectively uncertain about the future, since the succession proceedings could have been fatal for the heirs and the company itself.

[89] MZA, Collection Baťa, sign. II/2, Box No. 1023, Folder No. 14, File No. 1.

[90] TOMAŠTÍK, M., Management firmy Baťa 1918. In: RYBKA, Z.(ed.). *Mezinárodní vědecká konference Tvůrčí odkaz Tomáše Bati a současné podnikatelské metody*. Zlín, 2002, p. 4.

[91] MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 342, Folder No. 778.

[92] For its determination - cf. MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 264, Folder No. 173.

[93] In detail HELLER, J., *O veřejném přislíbení, s úvodem o perfekci smluv.* Praha, 1916, p. 14-15.

[94] MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 264, Folder No. 173.

[95] HASENÖHRL, V., *Das oesterreichische Obligationenrecht in systematischer Darstellung mit Einschluss der Handels-und Wechselrechtlichen Lehren.* Wien, 1892, p. 632-633.

"J. A. Baťa",[96] which leads me to believe that it was an offer made to a specific person, namely Tomáš's half-brother, which was confirmed by the wording in the deed itself. Tomáš intended the offer to constitute a binding agreement and the offer was sufficiently definite, i.e. it complied with the legal requirements.[97] The mere fact that Jan did not expect such an offer is irrelevant, since it is quite common that the other party to a future agreement does not need to know anything prior to the offer (cf. the situation where an offer is made by an order placed by the buyer).

In the context of the operation of the offer, the provisions of Sections 862 and 862a of the ABGB, as amended from the effective date of the third partial amendment, i.e., 1 January 1917, are important.[98] The wording of the ABGB implied that a contractual offer made to an absentee had to be accepted no later than the time within which the offeror could expect to receive a reply if it was timely and properly sent, assuming that the offer was timely accepted, and that it was sufficient for the offeree to use the same method as the offeror to respond.[99] In January, 1917, amendment was made to the rule under Section 918 of the ABGB, stipulating that an offer not yet received shall not pass to the heirs if one party dies within the period for reply.[100] From 1917, the law dictated that the offer would not lapse if one of the parties died during the relevant period.[101] Tomáš Baťa intended that the offer would not come into the offeree' sphere until his death (this can be deduced not only from the wording of the will itself, but also from the place where the deed was deposited – it was basically impossible for someone to get possession of the deed during Tomáš Baťa's lifetime without him knowing it), and Jan immediately agreed to the proposal. The deed of May 1931 was not a document that Tomáš had not meant seriously, or that he himself had discarded as a draft version (it makes no sense, why he would have left the deed in his vault without any indication that the deed was not intended to have the intended effect; for example, he did not cross it out or indicate that it was invalid). Moreover, the deed was explicitly and substantively followed by the will of Tomáš Baťa. If Tomáš executed both deeds in quick succession, then he intended for both deeds to have the intended effect.

Interwar judicial practice had already established that the legal assessment is a matter for the court,[102] and therefore, the opinion of the parties or their successors in title on the May 1931 deed, was irrelevant, since (as the Czech government aptly stated) "*mistake in the legal assessment of the situation, i.e. the belief that it was an oral agreement, is not important*."[103] Irrelevant are also the motives which led Marie T. Baťová and Tomáš J. Baťa to accept the legal acts and why they did not immediately, upon learning of the situation, raised any objections. The fact that Czechoslovak courts viewed the deed as an offer in the 1950s can in no way be regarded as a sign reflecting the communist era, but (in my opinion) as a correct and appropriate legal assessment.

It cannot be overlooked, then, that if the oral agreement had been accepted, it would have been possible to speak of an oral agreement for the assignment of a receivable,[104] where J. A. Baťa would have again ended up being the owner. The oral form of such a procedure stemmed from the fact that in 1932 the shares had not yet been printed and therefore the unissued shares could have been sold orally. If Tomáš Baťa had clearly formulated his will that part of his property is to be acquired by Jan Antonín Baťa in return for payment of a certain sum into the estate, it would be possible to speak of a so-called legacy[105] (as a matter of fact, the Dutch courts assessed the transaction as such).

A relatively common objection to the purchase (and acquisition) of Tomáš Baťa's property by Jan Antonín is the ambiguity regarding the payment of the purchase price. Although it is possible to assume that the purchase price was probably paid as early as July 1932, when Maria and Tomík received millions without specifying the purpose of the payment, from a legal point of view, the non-payment of the purchase price does not in itself prejudice the effects of the purchase agreement. If we assume that Jan Antonín Baťa did not pay the purchase price, Tomáš Baťa (or his successors in title, i.e. Marie T. Baťová and Tomáš J. Baťa) could, in the absence of a deviating clause in the agreement, claim proper performance and compensation for damages, or set a reasonable period[106] for additional performance and then withdraw from the agreement and claim damages.[107] From a legal point of view, it is therefore irrelevant whether the purchase price was paid, since (in the absence of payment) the successors in title of Tomáš J. Baťa could only withdraw from the agreement, which was not the case.

In some respects, this transaction can be seen as optimization of tax liability. The value of the estate was estimated by the Ministry of Finance as follows: if the value of the estate was CSK 85 million, the inheritance tax on Marie T. Baťová alone would amount to CSK 4 870 775 and on Tomáš J. Baťa to CSK 15 920 775; if the value of the estate was CSK 274 540 264, the tax liability on M. T. Baťa would amount to CSK 17 190 892 and on Tomík to CSK 52 881 126; and if the value of the estate was CSK 690 million, it would amount to about CSK 44 mil-

[96] POKLUDA, Z., 2012, *op. cit.,* p. 159.
[97] HELLER, J., *op. cit.,* p. 8-9.
[98] Cf. sections 81, 82 and article II imperial regulation no. 69/1916 RGBl. (Imperial Law Gazette).
[99] HELLER, J., *op. cit.,* p. 12-13.
[100] *Ibid.,* p. 14.
[101] Cf. section 862 ABGB after 1 January 1917.
[102] Cf. the decision of the Supreme Court of 18 March 1938, Case No. Rv I 2710/37, published in the Vážný Collection under No. 16807/1938.
[103] KOLUMBER, D., 2018, *op. cit.*, p. 68.
[104] Cf. the decision of the Supreme Court of 29 December 1924, Case No. Rv II 813/24, published in the Vážný Collection under No. 4501/1924.
[105] Cf. sections 647 et seq. ABGB.
[106] A mere provision was not sufficient [cf. the Supreme Court's decision of 11 January 1921, case No. Rv I 622/20, published in the Vážný Collection under No. 855/1921], but an additional period was not required if the defaulting party declared that it would not perform [cf. the Supreme Court's decision of 4 April 1922, case No. Rv I 992/21, published in the Vážný Collection under No. 1601/1922].
[107] Cf. section 918 ABGB.

lion for Marie and about CSK 134 million for Tomáš J. Baťa.[108] It is therefore clear that the tax aspect may undoubtedly have played a role, since the value of the estate in itself does not guarantee that the heir will have sufficient liquidity to pay the tax. The course of action taken by Tomáš Baťa undoubtedly avoided the existential hardship of his loved ones, who would have been forced to pay huge sums in taxes.

In January 1946, Tomáš J. Baťa referred to the May 1931 document as a camouflage concealing that Jan A. Baťa took over the property until Tomík was old enough.[109] However, it is not clear from any source why Tomáš chose Jan Antonín as the purchaser of his property, especially because he could have sold his property to his wife and son. He would therefore have achieved the same result in terms of tax liability (the property would not have been subject to inheritance tax), but it would no longer be possible to say that he had provided for his wife and son in such an undignified manner and, on the contrary, had been lavishly generous to Jan.[110]

The autumn 1939 transfers, which were dated to July 1932, have interesting legal connotations. Although these were undoubtedly made under the pressure of the occupation and were thus invalid under Decree No. 5/1945 Coll., this invalidity is understood to be relative,[111] so the court does not take it into account ex officio and the objection to invalidity is time limited. However, it must not be overlooked that these legal acts were simulated (feigned agreements[112]) and therefore null and void, which the courts must take into account by law.[113]

The situation was not resolved by the 1962 declarations of acknowledgment either, which are internally contradictory, the second declaration of acknowledgment is null and void, and the first declaration, in view of the alleged coercion, could also be declared invalid.[114]

6. Conclusion

At present, it is not possible to unambiguously analyze what motivated Tomáš Baťa to dispose of his property, i.e. whether it could really have been a camouflage and only a fiduciary ownership of Jan Antonín Baťa.

Nevertheless, it is obvious that Tomáš Baťa recorded his wish concerning the future of his property in documents dating back to 1931 and the instructions were basically followed when his half-brother Jan Antonín Baťa took over the ownership. In the autumn of 1939, fearing for the fate of the company, the shares were transferred by backdated transactions to related persons to prevent German interference. After the Second World War, litigation was brought in a number of countries to resolve the ownership of key securities required for control of the concern.[115] It should be noted that these legal proceedings did not produce a clear winner, and the disputes were not resolved even by declarations of acknowledgment, which actually caused further litigation. The Baťa proceedings in the USA[116] are also important for the US legal doctrine of *collateral estoppel*. It can be inferred that, in view of the procedural disposition of the Baťa decision, the issue of ownership will be a renewed focus, as it can be inferred that J. A. Baťa's successors in title will pursue their claims for compensation and indemnification.

This contribution summarizes the chronology of the disputes over the ownership of the Baťa concern, where J. A. Baťa became the owner on the basis of a deed from May 1931. It should be summarized that the validity and effect of the purchase agreement is not affected by the fact that Jan A. Baťa considered that it was oral or that no purchase price was allegedly paid. The effect of the offer was not affected by the death of Tomáš Baťa, and his wife and son did not dispute that Jan Antonín Baťa was the owner until the end of the Second World War and, on the contrary, confirmed the effects of the transfer in 1933. It should be recalled in this respect that it was not very sound for Jan to refer to the agreement as an oral agreement that optimized tax liability of the parties involved, as well as not to acknowledge the ownership of Leader A.G. as the key shell company following explicit requests. If this synthesis leads to the conclusion that Jan Antonín Baťa was the owner, it should be recalled, in the context of the contrary court decisions that Jan's failure was essentially caused by lack of documents that the Czechoslovak side was unwilling to provide. The "better right" of Marie T. Baťová and Tomáš J. Baťa was thus based on Jan A. Baťa's failure of evidence. However, sources available today indicate that Jan Antonín Baťa had this "better right".

[108] The inheritance tax was governed by Act No. 337/1921 Coll., and the amount of the tax liability was determined under Government Regulation No. 111/1922 Coll. Tomáš J. Baťa and Marie T. Baťová were included in Class I (children, grandchildren and spouses). No account was taken of tax relief, which the Government Regulation allowed on request in certain circumstances (cf. Article 19 of the above-mentioned Regulation).

[109] MZA, Collection Svit, sign. I/2, Box No. 344, Folder No. 792.

[110] Cf. POSPÍŠIL, J., 2012, *op. cit.*, p. 97.

[111] Cf. the Constitutional Court's decision of 12 January 2021, case No. III. ÚS 2171/17.

[112] Cf. the Supreme Court's decision of 29 November 1921, case No. Rv I 620/21, published in the Vážný Collection under No. 1312/1921.

[113] ROUČEK, F., *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi: 4.* Praha, 1936, p. 311-314.

[114] Cf. KOLUMBER, D., 2016, *op. cit.*, p. 123-125

[115] Cf. KOLUMBER, D., Spory o vlastnictví koncernu Baťa. In TAUCHEN, J. (ed.). *Encyklopedie českých právních dějin. XV. svazek Soukromé-Správa ústřední.* Plzeň, 2019, p. 378-388.

[116] In detail, mainly Bata v. Bata, 279 A.D. 182; Bata, et al. v. Hill, et al., 112 A.2d 519 (Del. Ch. 1955); Bata, et al. v. Hill, et al., 113 A.2d 740 (Del. Ch. 1955); Bata v. Hill, 139 A.2d 159 (Del. Ch. 1958); Bata v. Hill, 37 Del. Ch. 363, 143 A.2d 728 (Del. Ch. 1958); Bata v. Bata, 163 A.2d 493 (Del. 1960); Bata v. Bata, 170 A.2d 711 (Del. 1961); Bata, et al. v. Hill, et al., 183 A.2d 180 (Del. Ch. 1962); Thomas J. Bata v. Central-Penn National Bank of Philadelphia and Jan A. Bata, 223 F. Supp. 91; Bata v. Central-Penn National Bank of Philadelphia et al., 386 U. S. 1007.; Thomas J. Bata v. Central-Penn National Bank of Philadelphia, and Jan T. Bata, individually and as a representative of Jan A. Bata, deceased, 249 A.2d 767; Thomas J. Bata v. Central-Penn National Bank of Philadelphia, and Jan T. Bata, individually and as a representative of Jan A. Bata, deceased, 293 A.2d 343.

Prostitution as a Special Form of the Offence of Social Parasitism in Socialist Czechoslovakia*

*Milan Dobeš***

Abstract

This article aims to introduce the reader to the specifics of the social phenomenon of prostitution in socialist Czechoslovakia, with an emphasis on its punishment through criminal law. The first part of the article briefly characterizes the ideologically coloured perception of prostitution in socialist states and briefly outlines the development of criminal prosecution of prostitution in Czechoslovakia since the end of World War II. The second part of the thesis is devoted to an analysis of the crime and the misdemeanour of social parasitism which were most frequently applied against prostitutes as part of the communist regime's systematic efforts to suppress this social phenomenon. The third part is devoted directly to persons who practiced prostitution in socialist Czechoslovakia. Attention is paid to both homosexual prostitution and heterosexual prostitution, the latter being further divided into certain categories. In the third part of the text, examples from the contemporary practices are given for each category of prostitutes, in particular cases of the District Court for Prague 1 which punished prostitution as a form of social parasitism offence. The aim of this article is to present the specifics of particular cases of prostitution set in the contemporary atmosphere of socialist Czechoslovakia.

Keywords: *Socialism; Czechoslovakia; Social parasitism; Heterosexual prostitution; Homosexual prostitution; Criminal law; Persecution of dissidents.*

1. Introduction

Prostitution was considered a negative phenomenon in Czechoslovakia after the Second World War and a repressive attitude towards it was advocated. Initially, the repressive function was fulfilled by the decree of the President of the Republic on the general obligation to work. From 1950 onwards, heterosexual prostitution was punished as an offence against morality (or as an offence in violation of the right to work) under the Criminal Administrative Act. Homosexual prostitution had been a criminal offence since 1950 (until 1990). It was not until 1956 that the Criminal Code was amended to introduce the crime of social parasitism a part of which prostitution was as the crime of social parasitism targeted people who avoided work and made a living in an unfair way, of which prostitution was a shining example. The offence of the crime (and also a misdemeanour from 1969 onwards) of social parasitism then underwent a number of transformations, but prostitution was prosecuted thereunder until 1990.

Prostitution was incompatible with the principles of "*Socialist Morality*" in the eyes of the then regime and its existence was blamed on the previous capitalist regime. Despite all efforts to suppress it, the phenomenon was not eradicated. Prostitution was behaviour by all sorts of persons who in turn obtained not only money but also basic necessities for their livelihood.

In the society of the time, it was a subject that was not discussed in public. It is interesting that, although it was not a rare phenomenon (especially in large cities and industrial areas), no comprehensive monography on this phenomenon was published under socialism, only a number of articles in juristic, criminology and medical journals and several academic theses on the subject.

Criminal law combating prostitution in socialist Czechoslovakia is still an undeveloped topic in our country. Abroad, the topic of social parasitism and prostitution (in the former socialist countries) has been dealt with especially in Germany as regards the former GDR.[1]

This article is based, among other sources, on long-term research into the contemporary criminal files of the District Courts which were competent for dealing with social parasitism offences. The research had been carried out mainly at the Prague City Archives.[2]

* This publication was written at Masaryk university as part of the project *Některé aspekty vybraných trestných činů narušujících občanské soužití v Československu mezi lety 1948-1989,* number MUNI/A/1303/2021 with the support of the Specific University Research Grant, as provided by the Ministry of Education, Youth and Sports of the Czech Republic in the year 2022.

** Mgr. Milan Dobeš, Department of the History of the State and Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic, email: 421138@mail.muni.cz

1 KORZILIUS, S., *„Asoziale" und „Parasiten" im Recht der SBZ/DDR,* Köln, 2005, 746 p; BRÜNNING, S., *Prostitution in der DDR, Eine Untersuchung am Beispiel von Rostock, Berlin und Leipzig, 1968 bis 1989,* Rostock, 2020, p. 321.

2 For the help and the opportunity to research here I would like to thank Mr. Doc. PhDr. Petr Kreuz, Dr.

2. Ideologically Tinged Perception of Prostitution under the Socialist Government

After the communists took over state power in Czechoslovakia in February 1948, it was necessary to determine the future direction of society. The communists assumed that they would form an ideal society in which every member would work honestly and thus contribute to the building of socialism which would subsequently evolve into communism.

The most prominent theorists of the utopian perfect communist society K. Marx, F. Engels and V. I. Lenin did not deal with the problem of prostitution in much detail in their writings.[3] They confined themselves to stating that prostitutes in bourgeois society were part of the so-called lumpenproletariat (the lowest strata of the population of overcrowded cities, along with criminals and vagrants).[4] Lumpenproletariat was further described as "*the passive product of the rottenness of the lowest strata of the old society*[5]*… a refuse made up of the debauched subjects of all classes who have pitched their tents in the great cities… a rabble that is utterly saleable and most obtrusive…*"[6] Then, further on: "*Lumpenproletariat exists in all the great cities and constitutes a mass precisely separate from the industrial proletariat. It is the stratum from which thieves and criminals of all kinds are recruited*[7] *who will be willing to sell themselves for reactionary causes*".[8] The Attorney General of the CSR also called these people "*declassed elements*" who are supporters of the counter-revolution[9] and are the tools of imperialist agents.[10]

Prostitution, together with social parasitism, was understood to be one of the relicts of the past which would disappear by gradual development of the society. The origin of prostitution was attributed to that bourgeois society.

According to Marx and Engels, "the bourgeoisie" did not find it enough that "*the wives and daughters of the proletarians were at their disposal, but they seduce each other's wives with a great fondness… It goes without saying, moreover, that with the abolition of the present relations to the means of production, official and unofficial prostitution will also disappear*".[11] Prostitution and the bourgeois family, according to these theorists of the labour movement, were based on private property, on capital, on private profit,[12] and disappearance thereof would also make prostitution disappear.[13] These theories were subsequently widely developed. Engels, in his *Principles of Communism*, sketched a picture of a new socialist man whose capacities would be developed and fully exercised in society.[14] The same author also put forward the idea of the emancipation of women in a socialist society - where he stressed that the elimination of private property would make "woman's dependence on man" disappear from family relations, and hence female prostitution would disappear as it was characteristic of bourgeois society.[15] The idea that the existence of prostitution was due to the economic dependence of women on men in capitalist society was shared by the authors of the 1964 Czechoslovak *Encyklopedie moderní ženy* (Encyclopaedia of the Modern Woman). They further stated that in such societies, women were, and in some places still are, viewed only as objects of male sexual interest, as if the main purpose of a woman's life were to arouse and maintain this interest. This role was to be imposed on women in the Western world and was "*associated with other expressions of degraded feminine dignity, such as striptease or prostitution*".[16] In the same book, prostitution was described as a permanent adjunct to monogamous marital relationships in societies where there were stark distinctions between wealth and poverty; prostitution was to have as its victims "*the impoverished and oppressed classes*". In societies divided into classes, according to the author, it was to be a common adjunct and was precisely a consequence of the wealth disparities between people.[17]

The authors of the 1962 publication *Pohlavní život a výchova k manželství a rodičovství* (Sexual Life and Education for Marriage and Parenthood) perhaps went even further. This book was intended to be a handbook for educators, teachers and parents. Therein, the authors also blamed bourgeois society for the rise of prostitution. They even described a woman as slaves of male rulers, dependent on them in and out of marriage, because they could buy her like any other commodity both for marriage and as a prostitute for a short period. According to this manual, women were driven to prostitution by poverty and hunger and were supposed to seek at least temporary sustenance in it. Again, the text was based on the idea that prostitution could only disappear with the demise of capitalist society, for "*an economically liberated woman will never be forced to sell her body for money or other benefits*".[18] It should be noted that the author also acknowledged that society at the time still had not rid itself of the "*corrupting phenomena*" of people acting recklessly and irre-

[3] OPRAVIL, M., Prostituce – její některé projevy a příčiny v současné době. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 7, Nr. 7, 1963, p. 402.
[4] MARX, K., *Kapitál I.* Praha, 1954, p. 678.
[5] MARX, K., ENGELS, F., *Vybranné spisy I.* Praha, 1954, p. 36.
[6] ENGELS, F., Předmluva k Německé selské válce. In: MARX, K., ENGELS, F., *Vybrané spisy ve svou svazcích, Svazek I.* Praha, 1954, p. 670.
[7] MARX, K., Třídní boje ve Francii 1848-50. In: MARX, K., ENGELS, F., *Vybrané spisy ve svou svazcích, Svazek I.* Praha, 1954, p. 153.
[8] MARX, K., ENGELS, F., *Manifest komunistické strany.* Praha, 1954, p. 55.
[9] Which was shown, among other things, in Hungary in 1956.
[10] BARTUŠKA, J., Upevněním socialistické zákonnosti k zvýšené ochraně našeho zřízení a vymoženosti lidu. In: *Socialistická zákonnost.* Vol. 6, Nr. 1, 1958, p. 21.
[11] MARX, K., ENGELS, F., *Manifest komunistické strany.* Praha, 1954, p. 36–37.
[12] MARX, K., ENGELS, F., *Vybrané spisy I.* Praha, 1950, p. 48.
[13] MARX, K., ENGELS, F., *Spisy 4.* Praha, 1958, p. 341.
[14] LENIN, V. I., *Sebrané spisy 2.* Praha, 1980, p. 26.
[15] GEMKOW, H., *Bedřich Engels životopis.* Praha, 1982, p. 94.
[16] BARTÁK, V., Pohlavní život – Pohlavní a psychická diferenciace. In: *Encyklopedie moderní ženy.* Praha, 1964, p. 57.
[17] KLABOUCH, J., Historické formy manželství a rodiny – Prostituce. In: *Encyklopedie moderní ženy.* Praha, 1964, p. 25.
[18] NEDOMA, K. et al., Vývoj lidské společnosti a pohlavní život. In*: Pohlavní život a výchova k manželství a rodičovství.* Praha, 1962, p. 18.

sponsibly in sexual life - people of promiscuous sexual relations, guilty of infidelity, and clandestinely maintaining prostitution and increasing the risk of spreading venereal disease.[19] Prostitution was also, according to the authors, an important cause of existence of sexually transmitted diseases - it was supposed to be an embarrassing fact - because prostitution had to be taken into account in the socialist state as well, although in theory it should no longer occur there because it did not have the economic conditions therefor - but this was not the case, especially in the larger cities.[20]

2.1 Declared Reasons for the Existence of Prostitution in Socialist Czechoslovakia

As stated in the previous paragraphs, the Czechoslovak ideology of the time clearly blamed the previous state system for the occurrence of prostitutes - a necessary consequence of the capitalist socio-economic formation[21] where poverty, unemployment and the bad influence of such society on its members were supposed to be the main causes of prostitution: "*That society allowed the transformation of the natural intercourse between a woman and a man into an act of buying and selling, thus achieving sexual intercourse between them not on the basis of mutual affection, understanding and love, but for payment and profit*".[22]

In later socialism, however, communist writers began to ask how it was possible that prostitution was still present when the socialist establishment of Czechoslovakia, by eliminating "*exploitation and securing the right to work for individual citizens*", had eliminated the causes of prostitution as a means of securing a livelihood[23] as the basic conditions for women's independent development - such as permanent employment or fair remuneration for their work - were created.[24] However, the supposed liquidation of prostitution did not take place, and on the contrary, during the 1950s it again became a definite social problem which necessitated monitoring and solving it (as confirmed by the report of the Ministry of Justice on the state and problems of the fight against prostitution in Czechoslovakia which was drawn up in 1966 in coordination with other ministries and was used to implement measures to strengthen the fight against prostitution). The report shows, inter alia, that the concentration of prostitution occurred mainly in large cities, industrial centres and recreational areas. The report also stated that there had been a certain rise in prostitution in connection with the development of foreign tourism in the country.[25]

2.2 Development of the Prosecution of Prostitution after the Second World War[26]

In the emergency situation after the Second World War in Czechoslovak law, presidential decrees were issued with the force of law, because at that time it was not possible to exercise legislative power through the *Národní shromáždění* (National Assembly) - the parliament of the time.[27] Prostitution was sanctioned in the form of the Presidential Decree No. 88/1945 Coll.[28] *O všeobecné pracovní povinnosti* (On the General Duty to Work).[29] This decree gave the National Committees[30] the possibility to sanction persons who avoided proper work. It became the basis for the prosecution of any conduct based on avoiding work and obtaining a livelihood in an unfair manner - thus also for the prosecution of prostitution if these features were fulfilled.

During the legal biennium,[31] the Criminal Administrative Code No. 88/1950 Coll.[32] came into force, which, in provisions to protect the right to work, created the later first qualifying characteristic of the crime of social parasitism - "*avoidance of honest work*". In other provisions of the same Act, specifically in the offences against decency, cases of the most typical pimping and prostitution itself and the exploitation connected with it or its protection were punished in addition to the actual decency offences. The more serious cases were referred by the penal commissions of the national committees to the competent district prosecutors for the imposition of more severe penalties[33] by

---

[19] NEDOMA, K. et al., Smysl pohlavní výchovy. In: *Pohlavní život a výchova k manželství a rodičovství.* Praha, 1962, p. 20.

[20] POSPÍŠIL, L., Nebezpečí venerismu – současný stav výskytu a výzkumu venerických nákaz. In: *Universitas revue Univerzity J. E. Purkyně.* Brno, vol. 2, Nr. 4, 1969, p. 42-48.

[21] BOURA, F., Počasí a zločinnost. In: *SNB – čtrnáctideník sboru národní bezpečnosti.* Praha, vol. 2, Nr. 11, 1949, p. 10–11.

[22] STROLENÝ, P., *Příživnictví*, Praha, 1977, Rigorous thesis defended at Charles University (CU), Faculty of Law (FL), p. 100–101.

[23] ŠUSTÁČEK, J., *Příživnictví*, Brno, 1977, Rigorous thesis defended at University J. E. Purkyně, Faculty of Law, p. 61.

[24] KOUTSKÁ, B., *Boj s příživnictvím ve formě prostituce*. Diploma thesis defended at FL CU, Praha, 1984, p. 37–38.

[25] PRCHLÍKOVÁ, L., *Příživnictví.* Praha, 1973, Diploma thesis defended at FL CU, p. 33.

[26] On the prosecution of prostitution on Czech territory before the Second World War: LENDEROVÁ, M., *Chytila patrola, aneb, Prostituce za Rakouska i republiky*. Praha, 2002; ROŽÁNEK, O., *Pud pohlavní a prostituce vývoj a poruchy pudu pohlavního: výstřednosti v ukájení jeho: vývoj, dějiny, zřízení prostituce a její vliv na choroby pohlavní a ženské.* Praha, 1903; VLČEK, M., *Příživnictví v československém trestním právu.* Praha, 1985, s. 39.

[27] More about this e.g.: SPIRIT M., *Tzv. Benešovy dekrety předpoklady jejich vzniku a jejich důsledky*. Praha, 2004.

[28] Decree No. 88/1945 Coll. of 1 October 1945: *Decree of the President of the Republic on General Labour Duty.*

[29] This decree established a general obligation to work for men aged 16 to 55 and women aged 18 to 45, with the exception of pregnant women. All employment and apprenticeship relationships were subject to the approval of the district authority.

[30] Between 1945 and 1990, the National Committee was a body of Czechoslovak state administration at the level of a municipality, town, district, region or country.

[31] The legal biennium is the period between 1948 and 1950, when all the basic branches of law in Czechoslovakia were codified. The task of the Legal Biennium was to simultaneously rework and codify the entire legal order to correspond to the changed political, social and economic conditions of the „people's democratic state". For more on this, see for example: BLÁHOVÁ, I., BLAŽEK, L., KUKLÍK, J., ŠOUŠA, J., et al., *Právnická dvouletka. Rekodifikace právního řádu, justice a správy v 50. letech 20. století.* Praha, 2014; ŠVANTER, V., Právnická dvouletka. In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J., (eds.), *Encyklopedie českých právních dějin. V. svazek. Pa-Právni.* Plzeň, 2016, p. 799–821.

[32] Act No. 88/1950 Coll. Administrative Criminal Law, effective from 18 July 1950 to 1 July 1961.

[33] The penalties imposed under the Criminal Administrative Code were only fines or short prison sentences of up to 3 months.

the courts. This also followed the new Penal Code No. 86/1950 Coll., especially its amendment introduced by Act No. 63/1956 Coll.[34] Since its entry into force, the criminal sanction of prostitution became part of the more extensively constructed crime of social parasitism under the new section 188a.[35] The said amendment introduced an entirely new criminal law institution - *social parasitism* which also corresponded qualitatively to the state's attitude towards prostitution.[36] In 1961, the new Penal Code No. 140/1961 Coll.[37] was passed with a new section number (Article 203) for social parasitism. In its first version, the concept of prostitution as a type of criminal activity appears explicitly in a text of a legal norm for the first time. However, in 1963, by virtue of the amendment to Act No. 53/1963, Coll., this term disappeared again from Czechoslovak law. After 1963, the regulation of social parasitism can be characterized as a very broad one as its was extended to rules on work discipline and purely purposely[38] also targeted absenteeism and turnover. This regulation was then partially modified in 1965 by the amendment to Act No. 56/1965 Coll.[39]

The biggest change in the prosecution of prostitution occurred after the adoption of Act No. 150/1969 Coll., on Misdemeanours. That brought about a bipartition of the criminal sphere (division of criminal offences into crimes and misdemeanours). The introduction into Section 10 of the misdemeanour of social parasitism meant a qualitative change in the possibilities of punishing prostitution within this criminal law category. The misdemeanour of social parasitism under section 10, in contrast to the similar offence under the crime of social parasitism under section 203 of the Criminal Code, lacked the qualifying characteristic of "avoiding honest work"[40] and the characteristic of the degree of acquiring funds by dishonest means was broadened. The explanatory memorandum to the Misdemeanours Act stated, "*Prostitution has also grown, especially with the increase in tourism…Serious acts of this type are punishable as offences under the existing criminal law. However, existing legislation does not allow for swift and effective prosecution of such acts that do not reach the intensity of a crime*".[41]

The subsidiary provision of Article 10 of Act No. 150/1969 Coll. - the misdemeanour of social parasitism - made it possible to deal with and punish the phenomenon of prostitution in a much broader context.[42] It had defacto made it possible to penalise all prostitution[43] as prostitution has always been considered an "unfair way" of procuring funds, as discussed below.

3. The Offence of Social Parasitism

3.1 Criminal Offence of Social Parasitism and the Legal Regulation Thereof

It is clear from the preceding chapter that the legal punishment of heterosexual prostitution[44] was regulated by the Criminal Codes in the provisions on social parasitism in addition to the Act on Misdemeanours from 1 January 1970. It is therefore necessary to briefly explain what the offence of social parasitism was and who was prosecuted for it, apart from prostitutes.

As outlined at the beginning of this article - communists were in power in Czechoslovakia from February 1948 and they established a totalitarian regime. Every totalitarian regime needs all its citizens to work duly for the regime. The duty to work (for the benefit of the whole) was enshrined first in the Constitution of 9 May[45] in Article III,[46] then in the 1960 Constitution[47] in Article 19(2).[48] The penal institution of social parasitism was used to enforce this obligation. As already noted, the crime of social parasitism was not originally set down in the first Communist Penal Code of 1950 and was added there only by the amendment in 1956. The reason for it was that the legislators of the time, in the spirit of Marxism-Leninism, thought that social parasitism (as well as prostitution) would disappear with the advent of the "*new (better) society*", because it directly contradicted the "*moral code of the socialist person*"[49] (according to the perception at the time, social parasitism and prostitution meant "*hindering social development and in the sum of its consequences it led to undermining the historical struggle to raise a new socialist man, a harmonious personality, a builder of a communist society*").[50] For example, the First Secretary of the Central Committee of the Communist Party of the Soviet Union, Nikita Khrushchev,

[34] Act No. 63/1956 Coll., amending and supplementing Criminal Act No. 86/1950 Coll.
[35] § 188a: Whoever makes a living by dishonest means and avoids honest work shall be punished by imprisonment for three months to two years.
[36] VLČEK, M., K problematice postihu prostituce v československém trestním zákoně. In: *Právník: Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, vol. 114, Nr. 10, 1975, p. 923.
[37] With the entry into force of this law, both the Administrative Penal Code and the previous Penal Code expired.
[38] NOVÁK, J., *Boj s příživnictvím ve formě prostituce,* Praha, 1984, Diploma thesis defended at FL CU, p. 45–46.
[39] More on the partial amendments to the facts of the offence of social parasitism: DOBEŠ, M., *Příživnictví – právněhistorický vývoj tohoto institutu na našem území,* Brno, 2020, Diploma thesis defended at Masaryk university (MU), Faculty of Law (FL), p. 38–44.
[40] The full text of the offence of social parasitism according to § 10: The offence of social parasitism shall be punishable by imprisonment for up to one year or a fine of up to CZK 5,000 or forfeiture of property, whoever procures, even partially, the means of subsistence in an unfair manner.
[41] HORÁK, M. A., ROLENC, O., Důvodová zpráva zákonu o přečinech. In: *Zákon o přečinech, komentář.* Praha, 1975.
[42] NOVÁK, J., *Boj s příživnictvím ve formě prostituce,* Praha, 1984, Diploma thesis defended at FL CU, p. 45–46.
[43] KOUTSKÁ, B., *Boj s příživnictvím ve formě prostituce.* Praha, 1984, Diploma thesis defended at FL CU, p. 21.
[44] Homosexual prostitution was regulated by a separate § 244 in the Penal Code, as discussed below.
[45] Constitutional Act No. 150/1948 Coll., the Constitution of the Czechoslovak Republic of 9 May 1948.
[46] *The People's Democratic Republic does not recognize privilege. Working for the benefit of the whole and participating in the defence of the state is a general duty.*
[47] Constitutional Act No. 100/1960 Coll., the Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic.
[48] *In a working-class society, the individual can reach the full development of his abilities and the realization of his legitimate interests only by active participation in the development of the whole society, especially by a proper share in social work. Therefore, work for the benefit of the whole is the first duty and the right to work the first right of every citizen.*
[49] JŮVA, V., Pojetí mravní výchovy v socialistické společnosti. In: *Sborník prací filozofické fakulty brněnské univerzity,* vol. 18, Nr. 1, 1983, p. 24–38.
[50] BURIAN, J., Příčiny příčin zločinnosti za socialismu. In: *Právník. Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, vol. 114, Nr. 10, 1975, p. 875.

commented on social parasitism by saying: "*Only freeloaders want to live at the expense of other people's work. Their ideal in life is to do nothing and live well - these are freeloaders. Our principle 'who does not work, let him not eat' is a very important principle, and let us hold fast to it*".[51]

The criminal law of social parasitism was one of the most dynamically changing rules in Czechoslovak criminal law. Partial changes came in 1956, 1961, 1963, 1965 and 1969.[52] The substance did not change though. A person could be punished by imprisonment for up to three years if he or she consistently avoided honest work and allowed someone else to support him or her or to obtain the means of livelihood in other unfair ways.[53]

The provision on social parasitism was directed against "*socially useless persons*" who had a poor attitude to work and fed on the results of the work of others.[54] These were offenders who were deliberately out of work,[55] living off other gains than work-related earnings, benefiting from property crimes, speculation, begging, gambling, or prostitution,[56] in which they "*participated fully in the distribution of the fund of public consumption*".[57]

A person committing this offence could be any natural person who had reached the age of fifteen and was of sound mind.[58] As regards the *mens rea*, the tort of social parasitism was an intentional offence, the intention of the perpetrator applying to all the facts which constituted the offence.[59]

The object of this tort were the relations between the citizens of the socialist State, which relied on socialist morality, especially as regards the relation to work as "*the basis of the welfare of socialist society and the source of the honest livelihood of every citizen*".[60] The *actus reus* exhibited those two basic qualifying features - the systematic avoidance of honest work and the procuring of a means of livelihood by unfair means[61] (during certain periods of time, "*being supported by someone*" was directly stated in the law - in other periods of time, this feature was subsumed under the more general "*unfair livelihood*"). These two qualifying features represented two forms of the same conduct and had to exist simultaneously to constitute crime.

As regards certain not entirely clear concepts of the qualifying features, the notion of "*consistency*" in avoiding work proved to be a major problem in practice. A general temporal definition of the concept of "*systematic avoidance of work*" would be contrary to the principle that each case should be considered individually on its merits.[62] Consistent could include not only a large number of consecutive shifts but also certain periodic absences, for example at the beginning and end of the week. Consequently, the Supreme Court of the CSSR determined that consistency meant a continuous period of time (several months) or even a shorter period: "*if the offender is continuing a previous similar pattern of life for which he or she may have already been sanctioned*".[63]

Not to fulfil the characteristic of "*avoiding honest work*" meant to perform socially useful work that corresponded to the age, state of health, physical and mental abilities and professional qualifications of the citizen. This useful work was to "*contribute to the development of socialist society*"."[64]

The aspect of "*procuring a livelihood by unfair means*"[65] was defined very broadly. The essence of an unfair means of subsistence was that the perpetrator lived at the expense of other members of society and consistently acquired these means in a way that was not accepted by society at the time, or "*in a way that did not contribute anything to society*" or that was contrary to the aforementioned socialist morality.[66] It also included the characteristic of "*letting someone support them*". In simple terms, being supported by someone meant that the perpetrators (young and healthy persons) were supported by their parents,[67] wives, lovers,[68] other relatives or acquaintances[69] and did not go to work. This characteristic most often applied to men who had succumbed to alcoholism and sat in a pub all day and were financially supported by their wives. Parents most often sup-

---

[51] Czechoslovak Press Agency: Vývoj dějin vede k vítězství komunismu – N. S. Chruščov o svých dojmech z maďarské výstavy v Moskvě. In: *Rudé právo.* Praha, vol. 40-41, Nr. 242, 1960, p. 3.

[52] For more details on these changes, e.g.: VLČEK, M., *Příživnictví v československém trestním právu.* Praha, 1985; SÁBLÍKOVÁ, V., *Příživnictví,* Praha, 1978, Rigorous thesis, p. 6–18; DOBEŠ M. *Příživnictví – právněhistorický vývoj tohoto institutu na našem území,* Brno, 2020, Diploma thesis, p. 24–54.

[53] § 203 of the Act. 140/1961 Coll. Penal Code, as amended on 17 July 1963.

[54] GLOGAR, R. et al., *Trestní zákon: Komentář.* Praha, 1958, p. 483–484.

[55] MATYS, K. et al., *Trestní zákon: Komentář.* Praha, 1980, p. 677.

[56] NEZKUSIL, J. et al., *Československé trestní právo, svazek II. zvláštní část.* Praha, 1969, p. 167.

[57] SOLNAŘ, V. et al., *Trestní právo hmotné – zvláštní část celostátní učebnice pro studenty právnických fakult.* Praha, 1987, p. 180.

[58] Sanity in the case of vagrancy was a current problem because offenders showed strong tendencies towards alcoholism - not infrequently they were found by the court to be alcohol dependent. Very often the courts had expert psychiatric reports on the perpetrators of social parasitism.

[59] ČERNÁ, Š., *Boj s příživnictvím a jeho prevence.* Praha, 1984. Diploma thesis defended at FL CU, p. 32–33.

[60] NEZKUSIL, J. et al., *Československé trestní právo, svazek II. zvláštní část.* Praha, 1969, p. 168.

[61] VÍTEK, S., *Příživnictví.* Praha, 1973, Rigorous thesis defended at FL CU, p. 48–49.

[62] Výklad ustanovení § 203 tr. zák., projednaný a schválený presidiem Nejvyššího soudu dne 7. 10. 1964, Prz 102/64. In: ROLENC, O., REPÍK, B., *Nejvyšší soud o trestním řízení soudním: Sborník směrnic, stanovisek a zhodnocení soudní praxe pléna a presidia nejvyššího soudu 1962 až 1968.* Praha, 1975, p. 74.

[63] MATYS, K. at al., *Trestní zákon: Komentář.* Praha, 1980, p. 655.

[64] RICHTEROVÁ, J., *Příživnictví.* Praha, 1975, Diploma thesis defended at FL CU, p. 20–21.

[65] It had to be the „main" source of livelihood.

[66] NEZKUSIL, J. et al., *Československé trestní právo, svazek II. zvláštní část.* Praha, 1969, p. 168.

[67] There were also cases of able-bodied parents supporting their children, but these were very rare.

[68] The husband, on the other hand, could support his wife - let her „work in the household." See below for persons who have been disqualified from prosecution for social parasitism.

[69] Interestingly, it often happened that these „social parasits" borrowed money from their friends that they did not pay back, and their friends later reported this to the police, which actually started the prosecution of these people.

ported their able-bodied children who stayed with them even after they had finished their vocational training and were not living independently for long periods of time without adequate reasons, refusing to accept employment commensurate with their abilities, professional qualifications and personal capabilities.[70]

Other unfair ways of earning a living, not specified in the law, included criminal activities, especially property crimes - theft, fraud, theft of socialist-owned property[71] or robbery or speculation.[72] In addition to criminal offences, unfair means of subsistence could also consist of various forms of begging[73] and vagrancy, or be associated with work in the grey economy, temporary jobs, work for private individuals, especially if they involved disproportionately high remuneration. A less common form of obtaining a livelihood by unfair means was also private and large-scale gambling and betting.[74]

On the other hand, remuneration for temporary work in the socialist sector (because, according to the authors at the time, '*there could be no overpayment of workers*'), and the gain of funds by collecting raw materials and selling them to the national raw materials collection company were not among the means of subsistence obtained in an unfair manner, which also applied to obtaining funds by borrowing or as credit (if the citizen intended to settle these debts) and obtaining funds by collecting berries and medicinal plants, again on condition that these were sold to the socialist sector.[75]

And, of course, among the most common forms (and, according to some authors, the most socially condemned,[76] immoral,[77] degrading[78] and incompatible with humanist principles[79]) of unfair livelihood was prostitution. Before turning to this typically unfair form of livelihood, it is worth noting who was excluded from the penalty of social parasitism. Excluded from criminal sanction were persons caring for children, persons preparing for a future profession, persons unable to work because of illness and persons meeting the requirements for old-age and invalidity[80] pensions.[81]

3.2 The Misdemeanour of Social Parasitism and the Legal Regulation Thereof

As already indicated in the previous subsection, the Act on Misdemeanours has been of enormous importance for the prosecution of social parasitism since 1970 because of its Section 10. In practice, this meant that conceptual feature of "*systematic avoidance of honest work*" no longer had to be met, but it was sufficient to meet any of the above-mentioned prerequisites implying "*unfair livelihood*".

Therefore, this provision also penalized persons who were in regular employment[82] which was very often the case of prostitutes who were thereby "*concealing their parasitic way of life*".[83] Others who were caught up by this provision were people who merely avoided honest work for a period of time, but for whom the characteristic of "*regularity*" was not met. The next group upon whom the provision fell consisted of people who consistently avoided work but obtained their means of livelihood only partially through dishonest means. Finally, this provision also applied to people who had been granted a disability or old-age pension but who had "*supplemented*" their income by certain unfair means. Prostitution was also a common form of earning money by these persons. An example of this was the case of a 49-year-old woman suffering from kidney disease who in 1963 received state support and a social pension. In spite of this, she engaged in prostitution during the summer months. The court argued that the social danger of the crime committed by her was considerable as she got the financial means to cover her needs in the form of her pension and instead of taking care of her health, she "*used the material and medical care provided by our society to live a parasitic lifestyle*".[84] The court imposed a one-year unconditional jail term on her for this conduct.[85]

As my own archival research has shown, the misdemeanour of social parasitism carried a maximum sentence of 1 year of imprisonment (unlike the crime of social parasitism where the maximum sentence was 3 years), but the courts used this maximum sentence extensively, especially for prostitutes.

---

70 MATYS, K et al., *Trestní zákon: Komentář*. Praha, 1980, p. 657.

71 In the Czechoslovak Criminal Code under socialism there was § 247 for theft and § 132 for theft of socialist property – theft according to § 247 referred to illegal appropriation of things in personal ownership and § 132 referred to illegal appropriation of things in state ownership - which was under socialism due to limited personal ownership, e.g. all goods in shops. Since under socialism the interests of the whole were high above the interests of the individual, the crime of theft of socialist property was also more severely punished, even though it often involved items of lesser value than theft.

72 JESTŘÁB, M., Skutková podstata příživnictví dle § 188a. In: *Právný obzor,* vol. 42, Nr. 3, 1959, p. 174.

73 The authors of that time divided begging into open and hidden begging. They counted on demanding monetary and in-kind support from friends and relatives, taking advantage of the generosity of drunken persons or finishing off leftovers in public catering establishments. BREIER, Š., *Trestní zákon – komentář.* Praha, 1964, p. 535.

74 PRCHLÍKOVÁ, L., *Příživnictví.* Praha, 1973, Diploma thesis defended at FL CU, p. 30–41.

75 HORÁK, M., ROLENC, O., Důvodová zpráva zákonu o přečinech. In: *Zákon o přečinech, komentář.* Praha, 1975, p. 115.

76 ROLENC, O., Ke směrnici pléna Nejvyššího soudu č. Pls 4/63 k výkladu ustanovení § 203 tr. zák. o příživnictví. In: *Socialistická zákonnost: časopis pro právní praxi*, vol. 11, Nr. 10, 1963, p. 513–522.

77 ČIČ, M., *Trestní právo hmotné*, Praha, 1984, p. 64.

78 VÍTEK, S., Od příživnictví k vraždě. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 28, Nr. 1, 1984, p. 35.

79 SVOBODA, Z., Od prostituce k vydírání. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 29, Nr. 12, 1985, p. 733.

80 Persons with diminished capacity were not excluded from prosecution for pandering.

81 MATYS, K. at al., *Trestní zákon: Komentář.* Praha, 1980, p. 656.

82 HORÁK, M., ROLENC, O., Důvodová zpráva zákonu o přečinech. In: *Zákon o přečinech, komentář.* Praha, 1975, p. 113.

83 Ibid.

84 *Prague City Archives (PCA*), State Authorities Fund, Department of the Fund: District Court for Prague 1, mark NAD 106, Investigation and Criminal File, signature 3 T 139/1963, p. 34–37, Judgment, 18 October 1963.

85 DOBEŠ M., *Příživnictví – právněhistorický vývoj tohoto institutu na našem území,* Brno, 2020, Diploma thesis, p. 56.

3.3 Most Frequent Offenders of Social Parasitism

From the above, it can be seen that the offence of social parasitism most often regarded people who got their livelihood from someone else and did not go to work, apart from prostitutes who were concentrated in large cities and places with a large concentration of people (mines, large industrial plants). The second most common group of perpetrators were people who, in addition to not working, committed other crimes, usually property crimes. The third most common group consisted of various beggars who would probably be homeless today. Homelessness under socialism in Czechoslovakia was defacto nonexistent, and one of the reasons[86] for that was the prosecution of social parasitism.[87]

In general, offenders convicted of social parasitism were most often said to come from single-parent families, orphanages, or to have been through an educational institution. A typical feature of these perpetrators was a very low intellect often bordering on mental illness. A large number of cases involved people with alcohol-related problems. A large proportion were repeat offenders with a criminal history.

3.4 Abuse of Social Parasitism Against Persons Inconvenient to the Regime

In current academic literature, it is often stated in connection with the offence of social parasitism that this statutory regulation was frequently abused to prosecute dissidents and persons inconvenient to the regime, i.e. opponents of the totalitarian state. The communists abused the fact that the state was the defacto monopoly employer. As a demonstration of this fact, especially after the August 1968 invasion[88] by the armed forces of other socialist states and following the formation of *Charta 77*[89], people who had somehow positioned themselves against the political regime were dismissed from their jobs on a large scale. These people later had great difficulty getting even the most menial jobs. And in many cases, it happened that even when they did find such a job, they were not allowed to accept it because "*someone else was subsequently hired for the position*." Former spokeswoman of *Charta 77* Dana Němcová,[90] civil activist Stanislav Penc[91] and signatory of *Charta 77* Petr Kadlec.[92] Another Chartist, Mr. Jan Bednář, was dismissed from his job because he had not handed in the results of his work on the day he was detained in a pre-trial detention cell. Given the impossibility to get another job, he later emigrated to London.[93] State authorities used the possibility of withdrawing or withholding permission for public appearances from inconvenient artists. If the musicians continued to perform, they were prosecuted for earning their living in an unfair manner. This was the case, for example, of the singer-songwriter Josef Nos[94] or the band manager of the *Plastic People of the Universe*[95] Evžen Fiala.[96] The so-called "*hairies*" (men preferring long hairstyles in subculture) were also referred to as freeloaders.[97]

In the trials of freeloaders, a fundamental procedural principle of criminal law - the presumption of innocence - was distorted and the accused had to prove in all cases what their sources of livelihood were and that they had not avoided honest work consistently.[98] In this way, the state bullied its opponents into backing down from "*anti-state activities*".[99]

---

[86] Other reasons included the obligation to work and the existence of company hostels where company employees were accommodated.

[87] ŠTĚCHOVÁ, M. at al., *Bezdomovectví a bezdomovci z pohledu kriminologie: Závěrečná zpráva.* Praha, 2008.

[88] The invasion of Czechoslovakia by Warsaw Pact troops was an invasion of Czechoslovakia by the armies of the five communist countries of the Warsaw Pact, supported by a request from the conservative wing of the Communist Party of Czechoslovakia, which took place on 21 August 1968. It marked the consolidation of the communist regime. More on this, e.g.: LONDÁK M., SIKORA S. et al., *Rok 1968 a jeho miesto v našich dějinách.* Bratislava, 2009.

[89] *Charta 77* was the most important Czechoslovak opposition movement under socialism. *Charta 77* was an informal Czechoslovak civic initiative that criticized „political and state power" for not respecting human and civil rights, which the Czechoslovak Republic had committed to upholding when it signed the Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe in Helsinki. For more on this, see for example: PITHART, P., Charta 77. In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. (eds.), *Encyklopedie českých právních dějin. II. svazek. D-J.* Plzeň, 2016; PREČAN, V., Prohlášení Charty 77 z 1. ledna 1977. In: *Charta 77: 1977-1989: od morální k demokratické revoluci: Dokumentace*. Praha, 1990.

[90] BENDOVÁ, K., Ženy v Chartě 77. Vzpomínky na ty, které vydržely. In: BLAŽEK, P. (eds.), *Opozice a odpor proti komunistickému režimu v Československu 1968-1989.* Praha, 2005, p. 55.

[91] BLAŽEK, P., LAUBE R., POSPÍŠIL F., *Lennonova zeď v Praze: neformální shromáždění mládeže na Kampě 1980–1989.* Praha, 2003, p. 284–289.

[92] DENČEVOVÁ, I., Osobní rozhovor autorky s Petrem Kadlecem. In*: Underground jako politický fenomén*. Praha, 2012. Rigorózní práce. Univerzita Karlova, Filozofická fakulta, p. 38–40.

[93] See more*: Paměť a dějiny totalitních režimů: Československý disent 1977-1989 – Jan Bednář*, Ústav pro studium totalitních režimů. Available from: https://www.ustrcr.cz/uvod/vzdelavaci-projekt-pamet-a-dejiny-totalitnich-rezimu/ceskoslovensky-disent/jan-bednar-1953/

[94] Sdělení č. 466, Proces s písničkářem Josefen Nosem. In: *Informace o chartě 77*. Samizdat, 1985, vol. 8, Nr. 10, p. 6; ČERNÝ, J., *Sleevnote k albu Země je kulatá.* Praha, 1980.

[95] In the 1970 s and 1980 s, this avant-garde group found itself by its very nature in opposition to the communist regime in Czechoslovakia and, due to its non-conformist appearance and performance, often experienced persecution and imprisonment. The trial of the band members in 1976 initiated the Charter 77 movement.

[96] Czech Television. *Fenomén underground: Evžen Fiala*, 2013. Available from: https://www.ceskatelevize.cz/porady/10419676635-fenomen-underground/413235100221005-na-pocatku-byli-hells-devils/8139-evzen-fiala/

[97] *Hairries* were young men who wore their hair long. Because of their attitudes (they professed rock music and the values of the underground - freedom and defining themselves against totalitarianism) and their unkempt appearance, these men were often persecuted by the police at the time for the offences of rioting or loitering. For more: POSPÍŠIL, F., BLAŽEK P., *„Vraťte nám vlasy!": první máničky, vlasatci a hippies v komunistickém Československu: studie a edice dokumentů*. Praha, 2010, p. 265.

[98] DOBEŠ M., *Příživnictví – právněhistorický vývoj tohoto institutu na našem území,* Brno, 2020, p. 141.

[99] This could have happened, for example, with the Chartists by publicly revoking the signing of Charta 77.

4. People Engaging in Prostitution as Perpetrators of Social Parasitism

4.1 The Concept of Prostitution

In order to grasp the topic properly, it is necessary to define the term "prostitution." The interpretation of this term was not clear at the time.[100] This concept was not directly defined in Czechoslovak criminal law[101] which was also a certain obstacle in a "*more effective fight*" against this phenomenon.[102] A certain definition was provided by the commentary to the Criminal Code which referred to the crime of pimping: "*Prostitution means sexual intercourse with another person in consideration of payment*".[103] A contemporary legal dictionary agreed that the term prostitution was not defined in the legal system, but came up with the idea that prostitution usually meant "*providing the body in consideration of remuneration, usually for sexual intercourse*".[104] Thus, it can be summarized that prostitution meant an actual act of the person prostituting themselves which consisted of some sexual activity or sexual conduct and most often involved sexual intercourse. Another conceptual feature was the receipt of payment. The payment could be any material benefit. The payment received distinguished prostitution from ordinary sex life. According to the forms of payment (intangible benefits, lodging, food, small personal items such as clothes or cigarettes, unavailable foreign goods, sums of money…), prostitutes could be further divided into several categories, see below.

4.2 Typisation of Prostituting Persons

This sub-section deals with the classification of prostituting persons according to the way they were classified by the authors of the time. The first division is into heterosexual and homosexual prostitution. Heterosexual prostitution was predominantly female[105] and homosexual prostitution was predominantly male.[106]

4.2.1 Homosexual Prostitution

Homosexual relationships were not punishable[107] in Czechoslovakia since 1961[108] (since the adoption of Criminal Code No. 140/1961 Coll.). However, there was a restriction - it consisted in the fact that a person over 18 years of age was not allowed to have sexual relations with a person under 18 years of age[109] and a person abusing the dependence of another person. It was also forbidden to arouse public indignation by sexual intercourse with a person of the same sex. All the offenders involved faced 1 year and 5 years imprisonment for these offences.[110]

However, homosexual prostitution was punishable. Unlike heterosexual prostitution, it had its own special section in the Criminal Code: section 244 - Criminal offence of sexual intercourse with a person of the same sex. The second paragraph of this provision stated "*Whoever accepts or provides payment for sexual intercourse with a person of the same sex shall be punished by imprisonment for one to five years*". This clearly shows that homosexual prostitution posed a greater danger to the regime of the time than heterosexual prostitution.[111]

The big difference between heterosexual prostitution prosecuted as social parasitism and homosexual prostitution was that when it came to homosexual prostitution, both the sex worker and his "*customer*" were prosecuted. In heterosexual prostitution, only the person providing the sexual services was prosecutable (under the social parasitism provision).[112] The "*clients*" of prostitutes acted only as witnesses in trials, and often their testimony led to the conviction of the prostitute. Even at the time, some authors questioned why this was so, since the "*clients*" were actually creating the conditions for prostitution to exist and their "*activities were, after all, dangerous to the society as well*".[113] Another author proposed a special provision in the Criminal Code that would only apply to heterosexual prostitution and would also punish the clients of prostitutes. He mentioned s. 244 as an ex-

[100] KOUTSKÁ, B., *Boj s příživnictvím ve formě prostituce*. Praha, 1984. Diploma thesis defended at FL CU, p. 22.
[101] VLČEK, M., K problematice postihu prostituce v československém trestním zákoně. In: *Právník, Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, vol. 114, Nr. 10, 1975, p. 923–929.
[102] BALAŠ, O., Prostituce a boj proti ní. In: *Socialistická zákonnost*, vol. 16, Nr. 1, 1968, p. 16–22.
[103] ROLENC, O., § 243a Kuplířství. In: GLOGAR, R., *Trestní zákon komentář.* Praha, 1958, p. 601.
[104] HROMADA, J., MADAR, Z., *Právnický slovník,* Praha, 1972, p. 659–660.
[105] The authors of the time do not mention male prostitution at all, and even in my own archival research no male heterosexual prostitution has been found.
[106] TOMÁNKOVÁ J., Kriminologická a trestně právní problematika výskytu a postihu příživnictví v ČSSR. In: *Universitas: revue Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Brně*, 1986, vol. 19, Nr. 4, p. 23–24; ČERNÁ, Š., *Boj s příživnictvím a jeho prevence.* Praha, 1984. Diploma thesis, FL CU, p. 22.
[107] Between 1950 and 1961, anyone who had sexual relations with a person of the same sex was liable to up to one year's imprisonment under § 241 Penal Code No. 86/1950 Coll.
[108] This does not mean that homosexuals had it easy in the society of that time, on the contrary. There was no information about homosexuality and no education among the population, so most people still thought that homosexuality was nothing but a mental illness that should be treated in some way. The consequence was social and occupational discrimination against homosexuals. No law protected their rights, and they could be fired from their jobs because of their sexual orientation, risking prosecution on charges such as social parasitism RESZCZYŃSKÁ, M. B., *Homosexuálové čelili za socialismu opovržení a vyhazovům z práce – Paměť národa.* Praha, 2021, av. from: https://www.pametnaroda.cz/cs/magazin/pribehy/homosexualove-celili-za-socialismu-opovrzeni-vyhazovum-z-prace
[109] Heterosexual intercourse was legal from the age of 15.
[110] § 244 of the Act. 140/1961 Coll. Penal Code. This section was not repealed until 1 July 1990.
[111] KUPKA, F., K některým problémům boje s příživnictvím. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 15, Nr. 5, 1971, p. 276.
[112] HAVELKOVÁ B., Genderová rovnost v období socialismu. In: BOBEK, M., MOLEK, P., ŠIMÍČEK, V. at al., *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví.* Brno, 2009, p. 196.
[113] JELÍNEK, J., *Příživnictví.* Praha, 1980. Rigorous thesis defended at FL CU, p. 57.

ample as it focused on homosexual prostitution specifically.[114] In the end, however, the clients were never sanctioned.

According to the authors at the time, it was common for the provider of homosexual prostitution not being a homosexual himself - he provided this service solely because of gainful motives[115] in an attempt to gain some benefit, and otherwise lived heterosexually in the sexual sphere.[116] The same author added that the most serious problem regarding homosexual prostitution was that it was committed by persons who were minors or close to the age of minors.[117]

Thus, homosexual prostitutes were punished more severely than heterosexual prostitutes. If they avoided honest work and practiced homosexual prostitution and were caught and convicted, they were charged not only of social parasitism, but mainly of the said crime of sexual intercourse with a person of the same sex which was punished more severely. Social parasitism then led to more serious sentencing in terms of guilt and punishment, the years of incarceration being at the upper half of the range.

In the course of my own research, an interesting case was discovered that illustrates the contemporary atmosphere and issues surrounding the prosecution of homosexual prostitution and social parasitism. In this case, 3 men were charged - the 23-year-old V.B. and the 45-year-old L.W. together with the 55-year-old O.S. The first-named V.B. had not worked for several months and made a living by having sexual relations with various men in consideration of payment, as well as engaging in various crimes against property - specifically, theft of socialist-owned property and fraud. The man had originally worked at the *Mír* mine in Ostrava where he had frequent absences from work until he eventually stopped coming to work altogether without giving any reason. He left Ostrava for Prague and lived a parasitic lifestyle there. Under various pretexts, he borrowed money from his acquaintances which he did not repay. At the same time, he stole a transistor radio from a shop and he subsequently sold it. The funds he had obtained were not enough to live on, so he resorted to more "*serious*" criminal activities. While wandering around Prague, he met homosexuals with whom he had sexual relations, for which he received food and drink in addition to money. This is how he met L.W. in January. V.B. told him that he was passing through Prague, his train was not running until the morning and he was hungry and cold. L.W. invited V.B. to his apartment where they engaged in sexual intercourse. V.B. received no remuneration for this sexual intercourse. The reward did not occur until a month later, when the two met by chance in Prague. V.B. at L.W. had sexual intercourse again. As a parting gift, V.B. received 75 crowns and a restaurant bill paid for on his behalf. That same month, V.B. also met O.S. at the main train station in Prague. V.B. was hungry and cold, so O.S. took him to his apartment, where he cooked him soup. During the night, sexual intercourse occurred between them. For 3 days thereafter, O.S. provided V.B. with food and small sums of money (25 crowns in total) and sexual intercourse took place between them. V.B. then walked away from him. V.B. fully confessed his crime in court and also convicted both co-defendants.

The court found that the social danger of the defendants' actions was substantial. The "*customers*" in this case have already been convicted of misdemeanours. Both had even been fired from their jobs in the past for homosexuality which the court found to be an aggravating factor in terms of guilt and punishment. Both L.W. and O.S. were sentenced to unconditional sentences. L.W. to 18 months' imprisonment, O.S. to one year's imprisonment for committing the crime of sexual intercourse with a person of the same sex for remuneration. Both were in regular employment, so the crime of social parasitism did not come into play.

V.B. (referred to in the connotations of the time as a freeloader, prostitute, thief and swindler) was sentenced only to a suspended prison sentence of two years, suspended for four years. All of that as he had committed, in addition to the crime of sexual intercourse with persons of the same sex, the crimes of social parasitism, fraud and theft of socialist property. The court justified this on the grounds that it had "*helped uncover the serious criminal activities*" of the other perpetrators (the aforementioned L.W. and O.S.).[118]

In this case, if the first named V.B. was a woman, the other two men would at most act as witnesses in court, and certainly could not be charged or convicted of anything. From today's perspective, this case seems unfair to say the least and the court's decision would be viewed as being homophobic.

To conclude this sub-chapter, although homosexual relationships were defacto legal, homosexuals were discriminated against and looked down upon by society. In order to avoid social scorn, they would formally marry prostitutes in some cases, the prostitutes thus avoiding prosecution for social parasitism because the regime then viewed them as housewives: "*He usually worked somewhere as was usual for most people, she slept during the day and went out to earn money in the evening*".[119]

The crime of homosexual intercourse with a person of the same sex was abolished in Czechoslovakia (together with the crime of social parasitism) only after the change in social and political conditions in 1990.

4.2.2 Heterosexual Prostitution

As far as heterosexual prostitution is concerned, the contemporary sources, including criminal court records, are much more extensive. This is certainly related to the fact that heterosexual

[114] KUPKA, F., K některým problémům boje s příživnictvím. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 15, Nr. 5, 1971, p. 274–278.
[115] ČERNÁ, Š., *Boj s příživnictvím a jeho prevence.* Praha, 1984. Diploma thesis defended at FL CU, p. 22.
[116] ČERNÝ, V., Problémy homosexuální prostituce. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 23, Nr. 9, 1979, p. 560–563.
[117] This author also did not forget to add an ideological, anti-Western dimension to his article when he said, „*There is no doubt that the problems of homosexual prostitution are far more severe in Western countries than in our country. In some capitalist countries, especially in the USA, homosexual prostitution is reaching horrific proportions.*" ČERNÝ, V., Problémy homosexuální prostituce. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 23, Nr. 9, 1979, p. 562.
[118] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, signature 3 T 163/1963, p. 69-73, Judgment, 24 October 1963.
[119] BROŽ, V., *Kmeny 0: městské subkultury a nezávislé společenské proudy před rokem 1989*. Praha, 2013, p. 96.

prostitution was (and still is) many times more common than homosexual prostitution. As noted above, in the case of heterosexual prostitution, only women working as prostitutes were a relevant topic in the socialist era.

Authors of the time[120] agreed that prostitutes in Czechoslovakia under socialism could be divided into 3 major groups: 1) lowest category, 2) middle category, 3) higher category. These 3 groups could be divided on the basis of certain characteristics, such as: the form of payment and the amount thereof, the reasons that led to prostitution, the nature of the customers, the place where they "*met*" customers (streets, night clubs, hotels) or the mental maturity of the prostitutes, etc.

4.2.2.1 Lowest Category

The lowest category could be further subdivided into (a) underage prostitutes under 19 years of age; (b) older prostitutes, approximately 35 years of age or older; (c) prostitutes combining prostitution with property crime; and (d) prostitutes with impaired intelligence or psychological disorders. The individual features were often combined in specific cases, or some of these features could be seen in prostitutes of the "*higher classes*", but due to the absence or - on the contrary - the existence of certain conceptual features, they fit into the higher categories.

Prostitutes falling into this category were primarily linked by the fact that prostitution was their main means of livelihood. The form of payment here was essentially to provide the basic necessities of life (food, drink, cigarettes, shelter for the night, small sums of money).[121] Another common feature was the poor family background in virtually all the cases.

a) Underage Prostitutes under the Age of 19

These girls aged between 15-19 were most often from neglected families[122] which meant that they were not cared for by their parents or did not even know their parents and grew up in a children's home. They were most often runaways from home or from an educational institution and, since they had no means of subsistence, they took refuge in a larger city where they sought some source of livelihood which they most often obtained through prostitution or property crime. They could not work because they were in these cities defacto illegally and were searched for by their parents or the state authorities. These girls usually found *clients* in the lowest-tier pubs[123] and it was not uncommon for these men to be "*of bad reputation*" themselves.[124]

Here are a few specific contemporary cases for better understanding and illustration:

An underage M.L. of Roma origin and of low intelligence was taken away (along with her siblings) from her parents and put in an educational institution because she attended school "*dirty, lousy and did not fulfil her basic duties there*," including many unexcused hours of absence. She escaped from the said educational institution to the town of Šumperk where she allowed random men to pay on her behalf as she had no financial funds. These men provided her with lodging and food in exchange for sexual intercourse. Since she was "*on the run*" in this way for 7 months, she did not work during that time and had no interest in working, she let herself be fed by random acquaintances, she committed the crime of social parasitism and was sentenced to 6 months imprisonment suspended for 1.5 years.[125]

Another case falling into the lowest category concerned a 17-year-old juvenile offender L.R. she was a girl with diminished cognitive abilities and - according to the court - of poor upbringing by her parents (her father was an alcoholic, her mother was seriously ill), so her parents did not look after her. She ran away from home to Prague and her parents did not know about her whereabouts. For three months, she did not work anywhere, wandered around Prague where she met with random men, stayed with them overnight in exchange for sexual intercourse, and they bought her small gifts (underwear, tights, etc.). Moreover, in several cases, she stole a wallet, a woman's purse with her belongings or clothes from a store. She sold the stolen items and used the money to buy clothes. The court sentenced her to one year imprisonment for theft and the crime of social parasitism because she "*did not work for 3 months, did not look for work, allowed herself to be supported by several men*" (an unfair means of livelihood) and obtained her means of livelihood through property crime (another unfair means of livelihood).[126]

Another case involved a minor, E. H. This girl grew up in children's homes, left her job as an auxiliary worker for no reason, did not work anywhere for 4 months during which time she was supported by strangers with whom she went to various hotels and restaurants and had them pay for her food, drinks and cigarettes - as compensation for sexual intercourse. She stole a tape recorder with tapes from one such foreigner, an Italian national. The court sentenced her to six months' imprisonment for this crime.[127]

Another case concerned a 17-year-old V.S. She ran away from her parents because her mother wanted her to behave. Her father took her to pubs and did nothing to stop her from her lifestyle. V.S. stopped going to work and moved from one man to another in multiple cities. She would get invited to apartments under various pretexts, always staying with a man for a few days,

[120] TOMÁNKOVÁ, J., Kriminologická a trestně právní problematika výskytu a postihu příživnictví v ČSSR. In: *Universitas: revue Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Brně*, 1986, vol. 19 Nr. 4, p. 19–25; SVOBODA, Z., Nechtěla se zapojit. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 28, Nr. 6, 1984, p. 380–382; VÍTEK, S., *Příživnictví.* Rigolous thesis defended at FL CU, Praha, 1973, p. 11–14.

[121] SVOBODA, Z., Nechtěla se zapojit. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 28, Nr. 6, 1984, p. 380.

[122] SVOBODA, Z. K problematice prostituce mladistvých. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 28, Nr. 3, 1984, p. 166.

[123] JUNGR, M., Mladá příživnice. In: *Kriminalistický sborník*, vol. 31, Nr. 12, 1987, p. 737.

[124] Own archival research.

[125] *State District Archive Pelhřimov*, fund: District Court Pelhřimov II, Investigation and Criminal File, signature 1 T 276/83, p. 40–43, Judgment, dated 13 September 1983.

[126] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, signature 2 T 115/1972, p. 131-138, Judgment, 23 January 1973.

[127] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, signature 2 T 101/1972, p. 44-49, Judgment, 10 January 1973.

getting fed, and then moving in with another. She lived with eight men in succession. In the autumn months she also lived in accommodation for soldiers. They fed her and she had sexual intercourse with them. She then moved in with several other men. She stayed with one of them for a long time and when he was not at home, she brought foreign students to his flat with whom she had sexual intercourse for payment. All the men she lived with supported her, paid her restaurant bills, bought her clothes and other daily necessities and she had sex with them in return. She supported herself in this way for 5 months during which she did not work and was not interested in working. For these reasons, she was sentenced for the crime of social parasitism to 6 months imprisonment suspended for 2 years. She was transferred to a youth home for re-education.[128]

b) Older Prostitutes, Approximately 35 years of Age and Above

As far as the age structure of prostitutes during socialism in Czechoslovakia is concerned, women aged 19-25 were the most represented. The group over 35 years of age was no less represented.[129] Older prostitutes were mostly spending time in restaurants of lower price groups[130] where they looked for customers. According to Tománková, there was little hope of their social ascendancy.[131] They were often "*incorrigible*" repeat offenders.

As an example, in the case of H.S., a woman in her thirties, the court described her as a dangerous recidivist because she had already been convicted eight times, three of them for social parasitism. She was even forcibly hospitalized nine times in the venereal disease ward of the hospital (for chronic gonorrhoea). After her last release from imprisonment, H.S. did not work for a total of six months, frequented various restaurants where she got drunk and had sexual relations with men who paid her expenses and she had sexual relations with them in return. As a particularly dangerous repeat offender,[132] the court imposed a sentence upon her higher than the maximum possible at the time for social parasitism - 2.5 years of imprisonment.[133]

The court had dealt with a similar case with 43-year-old R.S. This lady had also been released from prison for social parasitism (for the third time) and had not worked for 9 months after her release, supporting herself by engaging in prostitution. She would regularly go to a café in the centre of Prague on Wenceslas Square where she would meet men with who had sex in consideration of payment, mostly in her apartment. R.S. confessed, was convicted by witnesses (the men with whom she had sexual relations). In her defence in court, she only said that she prostituted herself because she had "*nothing to wear*" after her last release from prison and so needed money for clothes. The court, given her criminal history, sentenced her to an unconditional prison term of 2 years which at the time was the maximum sentence the court could impose.[134]

The other case of the 49-year-old M.L. has already been mentioned in the previous paragraphs in connection with the fact that she was receiving a social pension which should have been sufficient to support her. This woman prostituted herself during the summer months and found her "*clients*" on the street. It is also interesting to note that this woman claimed in court that she understood the money she received for sexual intercourse (usually 100-150 crowns per intercourse) to be a gift given to her by men out of affection for her. The court described this argument of hers as a mere excuse. The court dealt with her other argument that her pension was not enough to support her by saying that "*she should have earned extra income, for example as a seamstress*" because she used to be an apprentice in the field. M.L. was also a repeat offender. The court imposed a sentence upon her of one year of imprisonment.[135]

c) Prostitutes Combining Prostitution with Property Crime

It has already been outlined several times that the forms of unfair livelihood of the perpetrators of social parasitism included, in addition to prostitution, property crime. There were also quite a lot of women who combined these two forms of dishonest activity. Authors of the time pointed out that prostitution "*breeds other criminal activities, especially the crime of spreading a venereal disease, residential theft and others*[136] *- that is, social parasitism of various types*".[137] Some of the cases have already been discussed. Another such woman was 20-year-old A. B. This girl left home (and her job) because she had a disagreement with her father. Wandering around Czechoslovakia, she met a friend in Bratislava[138] with whom she then sought out men together and had them pay for their food and give them money in exchange of sex. A.B. stole a few items (mainly clothing) from several of her "*clients*" after having sexual intercourse in their apartments in Prague. She borrowed items of clothing from one of her clients and never returned them to him, thereby

[128] *Moravian Provincial Archives in Brno*, fund of judicial administration of courts, prosecutors' offices and prosecutor's offices at the provincial and regional level, department of the fund: District Criminal Court Brno, Ref. C 153, Investigation and Criminal File, Sign. 8 T 49/1968, p. 79-81, Judgment, 16 April 1968.

[129] ČERNÁ, Š., *Boj s příživnictvím a jeho prevence.* Praha, 1984. Diploma thesis, p. 27–32; VÍTEK, S., *Příživnictví,* Praha, 1973, Rigorous thesis, p. 12.

[130] Under socialism in Czechoslovakia, all restaurants and canteens were owned by the state and in 1955 the state divided them into 4 price groups from the most expensive to the cheapest (lowest). Every restaurant of a certain price group in the whole of Czechoslovakia had to provide the same service in terms of types and quality of food, restaurant equipment, and price of food. PRUŠA, J., *Abeceda reálného socialismu.* Praha, 2011, p. 400.

[131] TOMÁNKOVÁ, J., Kriminologická a trestně právní problematika výskytu a postihu příživnictví v ČSSR. In: *Universitas: revue Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Brně*, 1986, vol. 19, Nr. 4, p. 21.

[132] Under § 41b of the Criminal Code, the penalty for a particularly dangerous recidivism could be increased beyond the maximum possible level.

[133] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, signature 2 T 34/1963, p. 27–28, Judgment, 23 March 1963.

[134] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, signature 1 T 123/1963, p. 29–31, Judgment, 30 July 1963.

[135] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, signature 3 T 139/1963, p. 34–36, Judgment, 18 October 1963.

[136] NOVÁK, J., *Boj s příživnictvím ve formě prostituce,* Praha, 1984, Diploma thesis defended at FL CU, p. 73–74.

[137] NOVÁK, J., *Boj s příživnictvím ve formě prostituce,* Praha, 1984, Diploma thesis defended at FL CU, p. 73–74.

[138] At the time of the trial, this friend was already in prison for social parasitism.

committing the crime of embezzlement. She was sentenced to two years' imprisonment for social parasitism, theft and embezzlement.[139]

A similar case that fits into this sub-category occurred in Brno in 1961. Š.Z. was a prostitute. In return for sexual intercourse, she got food, short-term shelter and small sums of money. She was a repeat offender with several convictions, mainly for property crimes. Her original occupation was one of a cow milker, but she had earned money as a prostitute for several years while she was not working otherwise. The police at the time found out after she agreed with a man to live with him and in return, she would take care of his household and have sexual intercourse with him. However, after five days, Š.Z. ran away from the said man with the money he had given her for shopping and additional funds she had stolen from his cupboard. In addition to social parasitism, she also committed the crimes of theft and embezzlement and was sentenced to 20 months imprisonment.[140]

d) Prostitutes with Impaired Intelligence or Mental Disorders

The lowest category of prostitutes under socialism also included those women for whom an expert psychiatric report had been drawn up in the context of criminal proceedings and who had been found to have low intelligence or a mental disorder. This was the case, for example, of the 19-year-old J.U. who did not know her parents and had been brought up by a retired foster mother who continued to support her partially. After being released from prison (also for social parasitism), J.U. did not work anywhere, frequently got drunk, socialised with "*bad company*", frequented various nightclubs, sought acquaintanceship with men and had sexual intercourse with them in consideration of payment. A psychiatrist's report found her to be "*debilitated, but it is a permanent defective condition which cannot be corrected by treatment*." The court therefore concluded that this fact could be used as a mitigating factor for J.U. in the sense of diminished sanity and sentenced her to 10 months' imprisonment[141] which can be considered a fairly light sentence given that she continued to engage in criminal activity even after she had been punished for it.

Similarly, the court imposed a lesser sentence on D.D., aged 24, because she was found to suffer from a mental disorder - psychopathy with a tendency to alcoholism (as per an expert opinion in the field of psychiatry) and therefore committed social parasitism in a state of reduced sanity. D.D. had not worked for several months, supported herself by selling off her personal belongings, letting her mother support her and, above all, earning money by prostitution in the centre of Prague. In addition, she had committed crime of child neglect by not taking care of her two minor children. The court imposed an 18-month prison sentence, a 5-year ban from Prague, two years of protective supervision[142] and protective treatment at an alcohol rehab facility.[143]

Another case featured R.G., aged 21, who was also released from prison after serving her sentence for social parasitism (she had been sentenced 4 times in the past, including 3 times for social parasitism), went without working for 40 days, she met men not previously known to her and accompanied them to a hostel or to their apartments, had sexual relations with them and in return they let her stay overnight and fed her or provided her with small sums of money. The court found that she suffered from a neglectful upbringing and was of a very low intellect to the point of being feeble-minded, which the court also considered a mitigating circumstance as regards the sentence imposed (she was imprisoned for 18 months).[144]

4.2.2.2 Middle Category

The biggest difference between the middle category and the lowest category was that here we already encounter mostly monetary compensation for prostitution, rather than the satisfaction of basic human needs such as short-term shelter, food, drink, restaurant spending, cigarettes, etc. The money earned through prostitution was then disproportionately higher than in the case of prostitutes from the lowest category.[145] Authors of the time described this group as being very diverse - they included prostitutes who travelled to large cities and industrial areas on payday (Kladno, Most, Příbram, Ostrava[146]) or to recreational centres such as spas[147]. A typical example of a place where prostitutes classified in this category flocked to was the border crossing Cínovec-Dubí in North Bohemia[148] which connected Czechoslovakia via the international road E55 with what was then East Germany. This road was an important traffic artery and a large number of cars, tourists, TIR (international road transport) trucks passed travelled there every day.[149]

[139] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, signature 3 T 279/1973, p. 91–93, Judgment, 14 March 1973.
[140] *MPAB,* fund: District Criminal Court Brno, Investigation and Criminal File, sign. 6 T 5/1961, p. 29–34, Judgment, 23 January 1961.
[141] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, signature 3 T 34/1963, p. 38–39, Judgment, 14 May 1963.
[142] Protective supervision was a punishment in Czechoslovakia between 1973 and 1990. It consisted in the fact that the person who exercised it was not allowed to leave his residence without permission (except for travelling to work) for the period specified in the sentence and had to report to the local police department at a certain time every day. Read more: VÁLKOVÁ, H., *Ochranný dohled, jeho místo, účinnost a možnosti v systému zacházení s recidivními delikventy,* Praha 1984.
[143] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, sign. 4 T 214/1981, p. 61–65, Judgment, 19 November 1981.
[144] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, sign. 8 T 4/1972, p. 62–65, Judgment, 18 February 1972.
[145] SVOBODA, Z., Nechtěla se zapojit. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 28, Nr. 6, 1984, p. 380.
[146] JELÍNEK, J., *Příživnictví.* Praha, 1980. Rigorous thesis defended at FL CU, p. 50.
[147] TOMÁNKOVÁ, J., Kriminologická a trestně právní problematika výskytu a postihu příživnictví v ČSSR. In: *Universitas: revue Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Brně*, 1986, vol. 19 Nr. 4, p. 22.
[148] This road and this border crossing is still known for prostitution. The biggest prostitution boom was after the fall of the communist regime in 1989 and at the turn of the 2000 s. Nowadays, this phenomenon has declined, as the new D8 motorway connecting Prague and Dresden has opened.
[149] KLIMEŠ, M., Prostituce novým problémem. In: *Kriminalistický sborník*, vol. 23, Nr. 9, 1979, p. 548–550.

It should be noted regarding the middle category that some elements from the lower category and from the higher category are often combined and the imaginary line between these categories is thin. It was not infrequently the case that a prostitute from the middle category was "promoted" to the higher category and vice versa.

M.Š., 24 years old, can be placed in this category. She was staying in Prague for the purpose of prostitution. The court called her "*a demoralised individual who abhors work and whose only ambition is to make a profit without work*" because she had significant absences from work until she left her job without giving any reason. She met men in the centre of Prague with whom she later had sex for a fee. She collected sums ranging from 100 to 200 crowns for sex.[150] It is these amounts that distinguish her from prostitutes of a lower category, who usually received smaller sums of money (around 20 crowns). Otherwise, M.Š.'s circumstances were similar to those of the prostitutes in the lower category - her parents did not take care of her, so she spent her childhood in an orphanage. The expert opinion showed that she suffered from psychopathic dissociative disorder (ignoring social rules). Since she had already been convicted for social parasitism 3 times and was banned from Prague for 3 years because of this – a ban she violated - the court imposed a severe sentence on her - 3.5 years imprisonment.[151]

Another person who could be considered a "*middle category prostitute*" was the 34-year-old V.H. What distinguished her from the lower category was the fact that she was duly employed as a kitchen assistant in a restaurant, so she was only supplementing her income through prostitution and it was not her main source of livelihood. At the same time, she could not be considered a prostitute in the higher category because she sought out her clients in the streets in the centre of Prague and went with them to the arcades of nearby houses for the purpose of having sex. In one case, a patrol of the police caught her in the act. Due to her steady employment, she did not commit the crime of social parasitism but only a misdemeanour. Although she was a repeat offender with 4 convictions for property crimes, the court only imposed a two-month prison sentence. The court justified this precisely because the defendant was trying to live the life of a working person.[152]

The intriguing case of 32-year-old J.N. also falls into this category. This woman could also be included in the higher category because of her niveau close to "*professionalism*" in the field. However, she was also convicted of theft when she stole 1,000 crowns from a customer during a coitus – a conceptual feature of a crime which belongs into the lower category. J.N. had not worked anywhere for several months, sought out random men and had sex with them in exchange for payment either on the street or at her apartment. She also rented out her flat to other prostitutes for a fee of 100 crowns for them to engage in prostitution (which some of them confirmed in their testimonies). In doing so, she committed the crime of pimping (profiting from the prostitution of others). J.N. was sentenced to 4 years imprisonment for social parasitism, pimping and theft. L.M., a 21-year-old male, was also convicted in the case. He disguised himself as a woman in Prague and lured men in the centre of Prague to have sex with him. He then took the customers to the aforementioned J.N., made the excuse that he could not have sex himself and offered the men for them to have sex with J.N. with who he had agreed to split the money. In all cases, J.N. received at least 100 crowns from the men, which she did indeed split with L.M. L.M. also did not work otherwise and this was his main source of livelihood. The court sent him to prison for 18 months for the crime of social parasitism.[153]

4.2.2.3 Higher Category

Prostitutes of a higher type also practiced prostitution to obtain a supplementary source of income. However, the income from prostitution was many times higher than their legal income.[154] A large number of prostitutes were (in the parlance of the time) the so-called "*Tuzex-girls*"[155] also known as "*Dollar-girls*"[156] because of the fact that they received "*convertible*" foreign currency from foreigners or large sums of money from wealthy Czech men for prostitution.[157] Higher-end prostitutes included women with "*good conversational skills, higher education, and knowledge of foreign languages*". They lived in larger cities (especially Prague, where more cases of prostitution were recorded between 1962 and 1972 than in the whole of Czechoslovakia combined[158]), in so-called interhotels[159] or in exclusive bars where they sought customers. Moreover, according to Opravil, these "*Dollar-girls*" were convinced of "*the so-called freedom in the*

[150] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, sign. 1 T 81/1972, p. 90–94, Judgment, 6 July 1972.
[151] Ibid, p. 94.
[152] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, sign. 7Ta 188/1972, p. 21–22, Judgment, 11 September 1972.
[153] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, sign. 1 T 121/1963, p. 47–52, Judgment, 30 July 1963.
[154] SVOBODA, Z., Nechtěla se zapojit. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 28, Nr. 6, 1984, p. 380.
[155] Tuzex was a network of shops in the times of Czechoslovak socialism, where foreign, especially Western, scarce (luxury) goods that were not available in the normal network of shops could be bought with foreign currency or Tuzex vouchers. Czechoslovak crowns were not accepted here.
[156] FRANC, M., KNAPÍK, J., *Volný čas v českých zemích 1957–1967.* Praha, 2013, p. 324–325.
[157] TOMÁNKOVÁ, J., Kriminologická a trestně právní problematika výskytu a postihu příživnictví v ČSSR. In: *Universitas: revue Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Brně*, 1986, vol. 19, Nr. 4, p. 22.
[158] KUDLÍK, A., K problematice kriminality ve velkoměstském prostředí – v hlavním městě Praze. In: *Socialistická zákonnost,* vol. 26, Nr. 7, 1978, p. 414–430.
[159] Interhotels (or also „foreign" hotels) were accommodation facilities of the highest possible standard according to the conditions of the time, intended mainly for foreign visitors. Each such hotel had to obtain a permit from the state. These hotels also served to promote „advanced" Czechoslovak culture. The best ones were reserved only for foreign visitors from the West, so paradoxically Czechoslovaks could not stay there. There were seven such hotels in Prague. KNAPÍK, J., FRANC, M., *Průvodce kulturním děním a životním stylem v českých zemích 1948-1967. Svazek A-O*. Praha, 2011, p. 361; KREUZEROVÁ, B., *Fenomén baru a barmana za socialismu.* Praha, 2014, Diploma thesis defended at Faculty of Humanities CU, p. 61–80.

Western countries and the unlimited opportunities that life in the West provided, so it is very difficult to counterbalance this influence of the Western world, especially because the vast majority of these girls are at a very low ideological and general level".[160]

According to the authors of the time, the motivation of the prostitutes in this group was the desire for easy and seamless financial gains to live an expensive life (obtaining a higher standard of living "*than was appropriate to their work-related merits*"[161]) or to obtain scarce luxury items - for example, beautiful dresses that could only be purchased at Tuzex. They were also said to be motivated by a desire for fun and a distaste for petty daily work and its stereotype.[162] This way of life was, according to the ideology of the time, "*contrary to the core principles of socialism and was, moreover, intended to have a corrosive effect on morally disturbed youth*".[163]

In connection with the higher category of prostitutes and the places where these prostitutes found their clients (nightclubs, interhotels), the authors of the time often stated that many employees of these establishments supported or covered up prostitution.[164] This "*support*" could also consist of these people (doormen, receptionists, waiters, taxi drivers, etc.) providing them with customers,[165] thus committing the crime of pimping. In the case of receptionists, this included the provision of hotel rooms for others to engage in prostitution in exchange for payment. This was the case, for example, with 40-year-old J.T. who was caught when, as a receptionist in a hotel in the centre of Prague, she provided two rooms at 3 a.m. to two prostitutes who were accompanied by foreigners from Finland. One of the prostitutes telephoned this receptionist J.T. and arranged with her that the prostitutes and foreigners would hand over their ID cards and money (200 crowns) to her in front of the hotel premises, as the night patrol of the police of the time was sitting in the reception area. The receptionist then handed them the keys to the vacant rooms at the reception desk and pretended that they were guests. The unfortunate thing was that in the morning, when they were all leaving, J.T. did not find the ID cards of all 4 "*illegal*" guests who were then forced to report it to the police station. J.T. was sentenced to an 18-month sentence suspended for 5 years for pimping.[166]

The regime of the time knew that prostitution was flourishing in Prague hotels. In addition to the aforementioned night patrols and regular inspections of nightclubs and hotels[167] by the police of the time, the regime tried to combat this category of prostitution by providing hotels with so-called "*blacklists*" containing the characteristics of the most notorious Prague prostitutes[168] and subsequently a ban was even issued on the provision of short-term accommodation to Prague residents in Prague hotels. This measure had the effect that women engaged in prostitution sought accommodation in the vicinity of Prague where they travelled with their customers.[169]

However, detection of this category of prostitutes was considerably more problematic than for the lower categories. Since they were often (even if only as a pretence) in regular employment and thus had a certificate of employment in their ID card (a stamp from their employer with the date of employment), it was not easy to detect them and accuse them of social parasitism. For this reason, women who were "*intellectually insufficient to conceal their actions*", i.e. those from the "*lower categories*"[170] were mostly caught by the police of the time. The authors estimated that the class of "*higher prostitutes*" conceived many more cases of prostitution than the security authorities had traced. Thus, the vast majority of higher category prostitutes were never detected.[171] But the authorities did detect and convict, for example, a 23-year-old Z.K. who went to a bar every day to meet foreigners (mainly West Germans) with whom she went to a hotel for the purpose of having sex. On average, according to her confession, she earned 100 West German marks per sexual intercourse and was expected to had earned 4,000 marks for seven months of prostitution, which amounted to about 40,000 crowns. At the then average Czechoslovak salary of 2,000 crowns per month, she earned about three times what she could probably have earned through "normal" work. However, according to her statement, she had none of the money left because she spent it all in expensive establishments, to buy American cigarettes, for taxis, etc. The court sentenced her to 10 months imprisonment for social parasitism.[172]

M.P., 22, confessed to a similar act. She sought out foreigners in hotels and entertainment venues in the centre of Prague. She was arrested when she was leaving such a hotel one morning and was unable to explain to the police authorities who stopped her as to what she was doing in the hotel. M.P. admitted that she collected approximately 150 West German marks (1,500 crowns) for one intercourse, and also received a watch or a ring for prostitution. Her customers were mainly West Germans, but also Italians, Hungarians and East Germans. The court sent her to prison for 8 months for social parasitism.

[160] OPRAVIL, M., Prostituce – její některé projevy a příčiny v současné době. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 7, Nr. 7, 1963, p. 411.
[161] ROLENC, O., Příživnictví. In: *Soudce z lidu,* vol. 11, Nr. 10, 1958, p. 131–132.
[162] JELÍNEK, J., *Příživnictví.* Praha, 1980. Rigorous thesis defended at FL CU, p. 45–46.
[163] BALAŠ, O., Prostituce a boj proti ní. In: *Socialistická zákonnost*, vol. 16, Nr. 1, 1968, p. 17.
[164] KOUTSKÁ, B., *Boj s příživnictvím ve formě prostituce*. Praha, 1984. Diploma thesis defended at FL CU, p. 41.
[165] TOMÁNKOVÁ, J., Kriminologická a trestně právní problematika výskytu a postihu příživnictví v ČSSR. In: *Universitas: revue Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Brně,* 1986, vol. 19, Nr. 4, p. 22.
[166] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, sign. 1 T 102/1972, p. 34–35, Judgment, 16 August 1972.
[167] SVOBODOVÁ, E., *Boj s příživnictvím a jeho prevence.* Diploma thesis defended at FL CU 1984, p. 34.
[168] JELÍNEK, J., *Příživnictví.* Praha, 1980. Rigorous thesis defended at FL CU, p. 58.
[169] KOUBEK, V., Kuplíři a prostituce. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 10, Nr. 3, 1966, p. 147–150.
[170] ŠÍPOVÁ, I., NEDOMA, K., Osobnost socio-sexuálně depravovaných žen. In: *Časopis lékařů českých,* vol. 109, Nr. 26–27, 1970, 609–616.
[171] SVOBODA, Z., Nechtěla se zapojit. In: *Kriminalistický sborník,* vol. 28, Nr. 6, 1984, p. 380.
[172] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, sign. 1 T 157/1972, p. 57–59, Judgment, 14 November 1972.

In another case, a West German made a 22-year-old I.D. his mistress. He paid all her expenses, bought her expensive clothes, and even gave her cash for sex. Since the man had only been supporting her financially for a month, she was charged with a misdemeanour of social parasitism and sentenced to nine months' imprisonment. However, it later turned out that she had been financially supported over a long period of time by other foreigners, for example by a Japanese man who paid her bill at an expensive restaurant and then gave her 400 crowns. For this reason, the court increased her sentence to 15 months of imprisonment.[173]

Only for the misdemeanour of social parasitism (because she was duly employed) was the prison sentence of the 22-year-old Š.H. This woman worked as a coat check girl, but was not satisfied with the amount of her salary (800 crowns per month), so she earned extra money through prostitution. She visited various entertainment venues in the centre of Prague where she approached foreigners and collected large sums of money in foreign currencies from them for sex. She left the court with an 8-month prison sentence.[174]

At the end of this subchapter on the "*upper class*" of prostitutes, it is worth mentioning that some prostitutes who sought clients from "*better*" circles (foreigners, Western diplomats or even prominent communists[175]) were, according to today's authors, hired or their services were used by the then secret police, the State Security.[176] The State Security apparatus used prostitutes to obtain compromising material on the aforementioned persons.[177]

4.3 Abuse of Allegations of Prostitution against Persons Inconvenient to the Regime

In subsection 3.4, attention was given to how social parasitism may had been abused against opponents of the regime in general. Prostitution as a form of social parasitism was not left out of this; on the contrary, to be accused of prostitution was perhaps the most tangible attack on human integrity in the name of the declared fight against social parasitism. The security services of the time could arbitrarily accuse any woman of prostitution. In such a case, without any concrete suspicion or evidence, women were forced to undergo a two-week stay in the semi-prison environment of a specialized venereology ward in a hospital (because any woman suspected of prostitution was automatically suspected of spreading venereal diseases).[178] In addition to humiliating examinations of their private parts, women had to answer questions about their sex life. During this minimum two-week period, they were neither allowed to contact their family nor call an attorney.[179] Zdena Ertelová, a worker at the Academy of Sciences, was also subjected to this harassment when she was falsely accused of prostitution by police officers after she refused to explain for whom she had typed up *samizdat* texts. The case of Zdena Ertelová was reported in January 1979 by the West German weekly *Der Spiegel*[180] in an article devoted to "*particularly absurd cases of arbitrary activities of state authorities in Czechoslovakia*".[181] Ertelová was released after two weeks without being charged with anything.[182]

5. Conclusion

Prostitution has existed since the earliest state systems, and society generally considers it a negative or even pathological phenomenon. Even the communists in socialist Czechoslovakia did not succeed in eradicating it with all their efforts. The fight against it was based on an ideological struggle as "*a relic of a corrupt bourgeois society built on the exploitation of all workers*".

After the Czechoslovak communists understood that prostitution would not disappear on its own within the creation of a new society, there was an effort to suppress prostitution as much as possible through criminal law. Under socialism, the focus of criminal legislation and thus of the fight against prostitution through legal institutes had mainly the form of the criminal offence and the misdemeanour of social parasitism. Prostitution as a concept was neither further defined nor highlighted nor emphasized within definitions of these offences. The conduct of prostitution was no different in this form of criminal legislation from other -in the opinions at the time - less serious parasitic conduct. The legal institution of social parasitism itself had undergone so much complex development since its inception that the number of statutory amendments[183] made it one of the least stable provisions in the criminal law.

Persons engaging in prostitution could be classified into several groups, mainly on the basis of the remuneration received. Those in the 'lower' categories obtained the basic necessities

[173] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, sign. 2 T 92/1972, p. 45–53, Judgments, the first 26 October 1972, the second 30 November 1972.
[174] *PCA*, fund: District Court for Prague 1, Investigation and Criminal File, sign. 1 T 55/1972, p. 245–250, Judgment, 25 April 1972.
[175] BÁRTA, M. Prostitutky ve službách StB. In: *Týden,* vol. 26, Nr. 39, 2019, p. 10.
[176] The State Security was the Czechoslovak political police and intelligence service. It was one of the main pillars of the communist regime in our country. Throughout the existence of the totalitarian regime, its activities interfered with the fate of hundreds of thousands of citizens and the life of the entire Czechoslovak society. Více např. KALOUS, J., Státní bezpečnost (StB). In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. (eds.), *Encyklopedie českých právních dějin. XVI. svazek. Správa veřejná – Suché.* Plzeň, 2019, p. 219–223.
[177] KAPLAN, K., PALEČEK, P., *Komunistický režim a politické procesy v Československu.* Brno, 2001, p. 253.
[178] BRENNER, C., Líné dívky, lehké dívky? Příživnictví a disciplinace mladých žen v době normalizace. In: *Dějiny a současnost – kulturně historická revue*, vol. 35, Nr. 7, p. 19–22.
[179] HAVELKOVÁ B., Genderová rovnost v období socialismu. In: BOBEK, M., MOLEK P., ŠIMÍČEK V., *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. Brno, 2009, p. 196.
[180] Haftgrund: Trauer um den Papst. In: *Der Spiegel*. Hannover, vol. 23, Nr. 5, 1979. Av. from: https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-40350898.html
[181] In this article they take up a sentence published in a Czechoslovak samizdat: „*Franz Kafka may be lucky he is no longer alive. The haunting vision of his novel The Trial is far exceeded by today's reality*."
[182] DOBEŠ M., *Příživnictví – právněhistorický vývoj tohoto institutu na našem území,* Brno, 2020, p. 120–121.
[183] In 1956, 1961, 1963, 1965, 1969.

of life, such as lodging, food or clothing, through prostitution. Prostitutes from the higher categories, on the other hand, used prostitution to supplement their permanent employment (for which they received many times less financial remuneration than for prostitution). It was common for these persons to have sexual intercourse with foreigners from capitalist countries and as a result of that they lived a luxurious lifestyle in Czechoslovakia of the time.

Charges of prostitution could also be used in a disgusting way against women who somehow stood out against the regime - they were forcibly kept in the infectious environment of parts of the hospital for women with venereal diseases after such an allegation.

In November 1989, the so-called Velvet Revolution took place in Czechoslovakia, political changes happened that marked the fall of the communist regime and the establishment of a pluralist democracy. As part of these changes, both the crime of same-sex sexual intercourse and the misdemeanour of social parasitism were abolished in the summer of 1990. With the abolition of the social parasitism, there was a significant boom in prostitution[184] in Czechoslovakia and an overall "*explosion in the sexual sphere*".[185] Thus, if the intended goal of the previous regime was to suppress prostitution through the tort of social parasitism, it can be concluded that this goal was achieved, but at the cost of loss of personal freedom and disproportionate persecution, sometimes of innocent people.

[184] HAVELKOVÁ, B., *Co s prostitucí.* Praha, 2014, p. 87–94.
[185] BLÁHA, R., *Trestněprávní aspekty prostituce v České republice*. Praha, 2008, p. 21–24.

International Organization as the Foundation of a Peaceful Order after the First World War in the Views of Szymon Rundstein

Marta Baranowska *

Abstract

The research objective of the article is to seek answers to the question of how Rundstein envisioned the construction of the international legal order after the First World War. These reflections can be considered from the perspective of the history of political and legal thought, as Rundstein developed a doctrine concerning both the law and the ways of development of international politics. He created the concept of the idea of the law of nations. He believed that after the First World War, the conditions emerged to create an international organization, which he saw as the realization of the idea of the law of nations. Such an organization would have to have law-making powers to resolve disputes between states precisely based on the law it created. The conception of the development of international relations after the war and the creation of an international organization constitute worthwhile material that will complement research in the history of legal thought.

Keywords: *Rundstein; the idea of law of nations; the rule of law; an international organization; the limitation of sovereignty; the history of legal thought.*

1. Introduction

After the extremely cruel and bloody First World War, the international community faced the challenge of building a peaceful order anew. Lawyers played a special role in this process, designing how to regulate relations between states by means of international law and institutions. One of the them was Szymon Rundstein. He was born in Warsaw in 1876, where he also completed his legal studies. He received his doctorate in law in Heidelberg in 1900. He worked for 7 years at the University of Berlin and then decided to return to his home town. There, he combined academic work (his research concerned many fields of law, above all international law, civil and commercial law, and the philosophy of law) with the work of a lawyer practitioner. He was also actively involved in the work of the Polish delegation to the Versailles Peace Conference, and participated in the work related to the conclusion of a number of other treaties and international agreements. It should also be added that he was a lecturer at the Academy of International Law in the Hague and a judge at the Permanent Court of International Justice in the Hague. He was murdered in Treblinka in 1942.[1]

The research objective of the article will be to seek answers to the question of how Rundstein envisioned the construction of the legal international order after the war. He presented his views on this subject in the book *Drogi prawa narodów* [*The Paths of the Law of Nations*], published in 1919[2]. The book was written under the influence of the events of the First World War, which brought about enormous destruction and changes in the balance of political power, as well as in the perception of politics and law. These reflections can be considered from the perspective of the history of political and legal thought, as Rundstein developed a doctrine concerning both the law and the ways of development of international politics. The object of research in this article will be the academic output of a lawyer from Warsaw from the time of the breakthrough, that is the end of First World War and the beginning of the construction of new international relations. Rundstein himself emphasized that precisely such moments in history, the bloody experiences of war, are a special impulse for the development of the law of nations. He considered the true words of William Edward Hall in the introduction to the third edition of his book *A Treatise on International Law* (1889): "At any rate it is a matter of experience that times, in which international law has been seriously disregarded, have been followed by periods in which the European conscience has done penance by putting itself under straiter obligations that those which is before acknowledged.

* Dr hab. Marta Baranowska, Prof. UMK - Associate Professor at the Department of History of Political and Legal Thought and German Law, Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland, email: mb1@umk.pl

1 More on Szymon Rundestein's biography, see Redzik, A., Poczet Jurystów i Ekonomistów: Szymon Rundstein – patron „Głosu Prawa" 2020. In: *Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerhanda*, vol. 3, 2020, https://glosprawa.pl/artykul-96/poczet-jurystow-i-ekonomistow-szymon-rundstein-patron-glosu-prawa-2020; Pol, K., Szymon Rundstein. In: POL, K. (Ed.), *Poczet prawników polskich XIX -XX w.* Warszawa, 2011, p. 937-947; Babiński, L., Szymon Rundstein. In: *Państwo i Prawo*, vol. 10, 1947, p. 38-42; Borzymińska, Z., Rundstein Szymon. In: BORZYMIŃSKA, Z., ŻEBROWSKI R. (Eds.), *Polski Słownik Judaistyczny*. Warszawa, 2003.

2 Rundstein, S., *Drogi prawa narodów*. Warszawa, 1919.

There is no reason to support that things will be otherwise in the future".[3]

A wider reference to this phase of his work is missing from the academic literature.[4] Meanwhile, the conception of the development of international relations after the war and the creation of an international organization constitute worthwhile material that will complement research in the field of the history of legal thought.

2. The idea of law of nations

Szymon Rundstein created the concept of the idea of law of nations and consistently defined its meaning throughout his scholarly work. In his earlier book *The Idea of the Law of Nations*, published in 1917, citing the pessimistic view, common during the war, that the war had destroyed not only individual inter-state agreements but also the very foundations of the law of nations.[5] He disagreed with these pessimistic views and explicitly stated that the law of nations does exist and the "bloody vapours of war"[6] only obscured its real shape. It must be remembered that wars are always only a temporary condition and not an end in themselves. He stressed that after the war, owing to its atrocities, law would acquire even greater importance, and so we cannot speak of the total annihilation of the idea of law of nations by the Great War. The idea of law of nations is the foundation necessary for the legal coexistence of states.

Rundstein broadly described what this idea of the law of nations.[7] He stressed that it is necessary to establish a supreme and authoritative "moment of law" in the law of nations. This is not only a theoretical aspiration, but also a practical one, through which it will be possible to establish an "absolute guiding line" that excludes the factors of supremacy, arbitrariness, and lawlessness.[8] According to him, the authoritative "moment of law" in the law of nations is the "psychological moment", i.e. the teleological endeavour to shape the inter-state order. Not only individuals, but also organizations, have a drive for self-preservation and seek to create impartial and secure guarantees for their positions in international relations. Rundstein stated that, every public order needs "indicators" of impartiality, equity and certainty and such an "indicator" is nothing else but law. States without regulated interaction and competition will be exposed to negative consequences. The law of nations has a coordinative character. An agreement between equal superiors of different political entities is also a source of law. While in a state system the symbol of law is an order, an imperative of power, in an interstate system this role is played by a norm, which does not stem from an order of a superior, but is the result of a jointly recognized interest. Rundstein pointed out that in a state of peace, rational selfishness dictates that moral norms must be preserved in this sphere as well. "The basis of the principle of *'pacta sunt servanda'* is a moral imperative"[9] and this principle is essential for the coexistence of states and it is the foundation of the law of nations: hence the law of nations, which has a coordinating character and fulfils the criteria of the idea of law.

Analysing what is fundamental to the idea of the law of nations, Rundstein stated: "Such an idea is the concept of *self-obligation* (*Selbstverpflichtung*)"[10]. Self-obligation coordinates the life of citizens and is the expression of a jointly established order, not only in state law, but also in the law of nations. It encapsulates ethical valuation, i.e. we have the necessary link between law and morality at the level of the law of nations, as well as the concept of subjectivity in the application of laws and regulation rather than despotic arbitrariness. The complex of the will of states thus establishes rights and obligations, and is the source of the law of nations. Self-obligation does not then require the fiction of a supra-state community producing the illusion of subordinate organization, but the focus is on the subjects themselves. According to Rundstein, when norms of law are rooted in mutual obligation, based on mutual respect, morality, and an awareness of their imperativeness (the "psychological moment"), they are quite durable. Where the norms of law derive their validity only from violence, they will remain in force only while the superior power maintains its preponderance by force.

The idea of self-obligation is not tantamount to the concept of immutability of the law. "The concept of the mutability of law is equivalent to the idea of law; the only thing at odds with this idea is the exclusion of confidence in the permanence and invulnerability of the norm as long as the norm exists and is

[3] Hall, W. E., *A Treatise on International Law*. London, 1904 (Fifth edition), p. X.

[4] We have academic articles on Rundstein's contribution to legal theory and on his later consideration and criticism of the law of totalitarian states. See Tkacz, S., Teoria normy prawnej Szymona Rundsteina: założenia wyjściowe. In: *Z Dziejów Prawa*, vol. 11, 2018, p. 167-185; Mohyluk, M., Szymon Rundstein o prawie radzieckim. In: *Miscellanea Historico-Iuridica*, vol. 6, 2008, p. 67-77; Górnicki, L., Narodowosocjalistyczne prawo w poglądach Szymona Rundsteina. In: (2011) 33 *Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi*, vol. 33, 2011, p. 47-77; Marszał, M., Kilka uwag na temat prawa w państwach totalnych w poglądach Szymona Rundsteina (1876-1942). In: *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, vol. 59, 2012, p. 59-65.

[5] Rundstein, S., *Idea prawa narodów*. Warszawa, 1917, p. 5.

[6] Idem, *Drogi prawa narodów*. Warszawa 1919, p. 8.

[7] In the case of Rundstein, some scholars treat him as a consistent normativist because he articulated a normativist position in his book *Zasady teorii prawa* [*Principles of Theory of Law*], Warszawa, 1924. See Czapita, S., Koncepcje teoretycznoprawne w Polsce międzywojennej. In: *Czasopismo Prawno-Historyczne*" vol. 32, 1980, p. 131; Dubel, L., Elementy współczesnej krytyki „czystej teorii prawa" Hansa Kelsena. In: BOSIACKI, A. (Ed.), *Normatywizm Hansa Kelsena a współczesna nauka prawa*, Warszawa, 2017, p. 229-230; Tkacz, S., *op.cit.*, p. 169. However, Albert Moszerer stressed that, apart from *Principles of the Theory of Law*, in his other works Rundstein did not limit his method of research to normativism. He stressed that Rundstein did not deny the principle of the sovereignty of states in them, as opposed to Hans Kelsen's normativism. It should also be emphasized that Rundstein rejected Kelsen's concept of *Grundnorm* and replaced it with his own concept of the idea of law, which was an expression of a phenomenological approach to law. Rundstein did not merely repeat the theses of other jurists, but created his own original doctrine. See Moszerer, A., O Szymonie Rundsteinie. In: *Palestra*, vol. 6, 1958, p. 89-93.

[8] Rundstein, S., *Idea prawa narodów*. Warszawa 1917, p. 8.

[9] Ibidem, p. 18.

[10] Ibidem, p. 38.

in force."[11] States may change their will and responsibilities whether on a whim or from necessity, but they must abide by norms as long as they exist and even when they may be incompatible with their certain interests. According to Rundstein, the overriding interest of any state is to respect the rule of law, so the most important thing is to create a situation of certainty about the permanence and validity of legal norms. The legal nature of self-obligation is based on an independent legal principle requiring compliance with obligations. It is also assumed that the enactment of new legal norms will be in accordance with the legal regulations established when the foundations of the community were laid. The essence of the idea of law is orderliness and inviolability. Rundstein also pointed out that the rule of law in national laws is already seen as an indispensable principle, and at the international level the moment has come to regulate inter-state relations in the same way.

States respect the rule of law in domestic relations and will also do so in international politics for pragmatic reasons, treating "the idea of law as a practical necessity". The damage that any deviation from the established norm could cause would indeed undermine confidence in the state. Therefore, in order to prevent the public conviction of legal uncertainty from taking hold, states are able to give up a temporary advantage and recognize the legal bond that constrains them. This self-limitation also has positive sides, for one thing, it facilitates peaceful international relations. "Adherence to a self-imposed norm is therefore the result of well-understood egoism."[12] At the same time, Rundstein stressed that egoism cannot be regarded as the essential justification of self-interest and the very idea of law. "In addition to considerations of egoistic utility, factors of a moral nature, factors of good faith, of mutual trust, of solidarity of common interests, must manifest themselves."[13] He pointed out that it is precisely moral principles, good faith, trust and solidarity that are the elements creating a dam in the legal consciousness against the predominance of selfish interests. Of course, even if these factors are taken into account, the bonds of obligation will not have an absolute power.

3. The idea of the law of nations and politics

In Rundstein's view, the law had never been completely independent of politics, but he rejected Carl Schmitt's 1930s conception of the equation of law and politics because it reflects the view that the total state does not recognise any apolitical sphere of social action. In *In Search of Civil Law* he wrote: "After all, the past distinguished between the intrinsic and cognitive value of the idea of law; the much-discussed problem of '*pouvoir*' versus '*droit*' was not then reduced to the equation of C. Schmitt (law=politics); the identity of the elements would probably be a negation of their interaction, since identical elements do not react in a 'hostile' manner".[14] Politics and law are not synonymous, but incessantly interact. In an earlier work that is the subject of study in this article, *The Paths of the Law of Nations*, he wrote: "Politics with its demands of the moment, with its belief in the omnipotence of 'real' formations, influences the framing of the essential and fundamental questions of the law of nations."[15] On the other hand, it is the idea of law that contains the idea of the rule of law and is the basis of democracy.[16] It is thus, in essence, the meta-principle which now structures political life. Furthermore, he believed that it is in fact law and not force that has a greater influence on politics. Rundstein made this observation in a book published in 1939, i. e. at a time when totalitarian regimes were emerging and gaining strength. He witnessed the clash between "the metaphysics of force and the metaphysics of law" in the domain of legislation, and in evaluating these phenomena he made it clear that, although force is more real, "the concept of duty gives, through the repetition and standardization of judgments, a synthesis which, by creating guidelines of conduct, can control and govern reality. Therefore, Bossuet's penetrating aphorism: '*il n`y a pas de droit contre le droit*' is not a play on words."[17]

In considering the relationship between the idea of the law of nations and politics, Rundstein referred to two principles that have an explicitly political dimension, namely 'fundamental rights' and the 'right to self-preservation'. He considered them to be a negation of the idea of the law of nations. The right to self-preservation, belongs to the sphere of political action and is no more than the sanctioning of arbitrariness, as one can do anything in the name of the existence of the state. Meanwhile, the law cannot be equated with arbitrariness, because its essence is attribution or limitation. If one were to equate law with the absence of prohibitions, then there would be no question of overstepping the bounds of the right to self-preservation or other legitimacy stemming from fundamental rights. With reference to the concept of fundamental rights, Rundstein stressed that they are essentially political postulates and treating them as law is a harmful illusion. For example, fundamental rights such as freedom or the protection of property are political tendencies, principles that can be interpreted very broadly, not restricted by any conditions, which can only be implied in concrete legal solutions. These political demands are shaped like legal norms in order to lend them greater gravitas, but this is only proof of how powerful and fascinating the idea of normalizing international relations really is.

In *The Paths of the Law of Nations*, Rundstein added that in democratic countries the aspirations of the non-possessing classes to power and the realization of the idea of social justice are visible. He defined justice as law and *Zeitgeist*, thus according to the spirit of the times developments will also take place

[11] Ibidem, p. 50.
[12] Ibidem, p. 55.
[13] Ibidem.
[14] Rundstein, S., *W poszukiwaniu prawa cywilnego*. Warszawa – Kraków, 1939, p. 29. See also Schmitt, C., *Der Begriff des Politischen*. Berlin, 1932, p. 11-13.
[15] Rundstein, S., *Drogi prawa narodów*. Warszawa, 1919, p. 3.
[16] See also Rundstein, S., *O nowoczesnych tendencjach prawa konstytucyjnego*. Warszawa, 1931, p. 4-6.
[17] Rundstein, S., *W poszukiwaniu prawa cywilnego*, p. 65.

in the law of nations. A state that seeks to implement the idea of social justice must also do so on supra-state grounds.

Rundstein also referred to the instance of a revolution that introduces a new system by violence, which is not compatible with the idea of law. However, in cases where revolutions are the result of a society's belief in the need for radical change, which has been shaped by the influence of economic and political factors, then the new legal order can be legitimized. Rundstein's thesis is that the law itself does not always involve the righteousness of its genesis. "The ethical valuations inherent in all intra-state upheavals, stemming from a change in the formation of social forces, empower the new order *ex opinione necessitatis*. This '*opinio necessitates*' is a powerful moral impulse which – albeit by violent means – crystallizes into more just, more equitable legal norms."[18] Referring to change, Rundstein stressed that in inter-state relations it is not possible to speak of a common consciousness of universal moral principles, much less of the necessity of change. Therefore, radical upheavals in interstate life are the result of forces, the outcome of violence, and not part of a developmental process that would legitimize a new legal arrangement.

4. The realization of the idea of law – an international organization

Rundstein concluded his *Idea of the Law of Nations* by stating that the end of the war would be the moment when the idea of law would be restored, and that "the monstrous liveliness of contemporary struggles will give these basic legal concepts a vital character by establishing guarantees hitherto completely unknown in international practice."[19] Already during the war, he projected the emergence of a new international organization that would guarantee the observance of the law on an unprecedented scale. He regarded such an international organization as "the noblest realization of the idea of law."[20] After the war, this was no longer an abstract idea, but the most realistic and necessary goal of action in inter-state relations. In his book *The Paths of the Law of Nations*, he presented the theoretical foundations that would make this concept possible.

He pointed out that there had been inter-state organizations before the war, but that they were in fact not an end in themselves or a means of building the order under the rule of law. They were usually offensive, not defensive, and served the selfish interests of individual states. The "sun of reason did not shine upon them, but they withered under the envious breath of rulers and passions."[21] The great work of the Hague codification suffered from a fundamental flaw, namely that the orders for negotiation and conciliation amounted to wishful thinking and the 'norms' were dependent on the will of particular states. The claim that a norm of law only applies when it agrees with selfish interests was a cynical negation of the idea of law. Rundstein pointed out that international law was characterized by conservatism. Lawmaking upheld the sovereignty of individual states leaving no room for concessions. On this basis, political and even moral narratives were constructed to the effect that that war was a necessary means to which states could resort to safeguard their sovereignty and interests. The law of nations was an edifice without foundations, and the conviction that it could collapse at any time as soon as conflicts between selfish interests became apparent was hypocritically concealed. The possibility of war had to be taken into account at all times. Because it was force that dominated inter-state relations in the 19th century, there was no continuity in the development of the law of nations, which was characterized by randomness and a lack of idealism. On top of this, politics invoked the cynical words of Heinrich von Treitschke that it is stupidity and passions that build great powers.

Rundstein was critical of the ideas that emerged during the war about the future international arrangement, when its effects and the new balance of power were not yet known. He added that these plans were dominated by a belief in the force of law rather than the law of force. In 1919 the balance of power was already known, so Rundstein felt qualified to write about what the new order should look like. In his view, the first thing to do was to break away from Heinrich von Treitschke's type of guidance, because the cult of force could not be reconciled with the new order he postulated, which was now likely to become a reality after the bloody experiences of the war. A balance of power emerged which, in the name of the common interest, would be able to regulate the egoistic aspirations of individual states, by means of an international organization based on the idea of the law of nations. The new order would be an expression of the pursuit of the ideal, or rational solutions, as well as of necessity. He did not consider whether this necessity for internationalization was derived from the laws of historical development or from changes on the economic plane (socialism), because he believed that all so-called 'ultimate goals' were an illusion that would never be achieved. However, he was convinced that only an international organization could prevent another such cruel and widespread war. Although Rundstein believed that idealistic pacifism was exaggerated, he pointed out that the ideas of internationalism were gaining strength, displacing ideas which also contributed to transforming interstate relations. In addition, an international organization could obviate the danger of revolutionary upheaval, abolish the effects of the *rebus sic stantibus* clause that he criticized, and the sophistical doctrine of a state of supreme state necessity. He also agreed with the English scholar Leonard Sidney Woolf's observation that political and economic conditions in each country were currently changing at a fairly rapid pace, and their direction was impossible to predict, hence the need to create such procedures and institutions that would make it possible to change the *status quo* peacefully.[22]

[18] Rundstein, S., *Idea prawa narodów*. Warszawa 1917, p. 26.
[19] Ibidem, p. 70.
[20] Idem, *Drogi prawa narodów*, p. 4.
[21] Ibidem, p. 9.
[22] See Wolf, L.S., *International government*. London, 1917.

An international organization, if it is to achieve the goals set before it and perform the functions of controlling, inhibiting, and checking, must have law-making competence. Rundstein stressed that the concept of ordered authority and the concept of law are interdependent ideas. He added that law would then resemble that of the inner state, it would have a subordinate character. Although the idea of law from a theoretical point of view does not depend on the intensity of organizational ties between states, until a real organization is established, the law can only be of a coordinating nature and based on the idea of self-obligation.

According to Rundstein, the existence of an international organization based on the idea of the law of nations and with law-making powers requires a normative limitation on the absolute sovereignty of states. "An international organization is a coexistence of sovereignties, subject to a normative ordering, independent of the arbitrariness of individual sovereignties."[23] While it has hitherto been possible to limit sovereignty on the basis of rules of contractual and customary law, these rules lacked the essential features of law, namely the binding force and appropriate sanction. Meanwhile, it is necessary to introduce the rule of law in inter-State relations, which is nothing other than the subordination of the actions of States to the legal norms enacted by an international organization. The proper subject of debate should no longer be the limitation of sovereignty but its extension. Although it is not yet possible to determine this at this point, it should be assumed that the sphere subject to limitation should be clearly defined and that derogations and privileges in this area should be prohibited.

Until now, the creation of the law of nations has been contractual in nature and has required unanimity. Within the organization it will be necessary to take decisions by majority voting, for which it will be necessary precisely to limit the sovereignty of states. According to Rundstein, unanimity makes it impossible to act effectively: above all it makes it difficult to enact norms on the most important matters, and does not provide adequate guarantees for their validity. Admittedly, the bond resulting from the harmonious will of states can be seen as its strength, but on the other hand the will of one of them may change at any time. The concept of the universal will, in a rational formulation of this idea, seems perfect, but the imperfection of human nature means that the norms so established are often violated. It is therefore not possible to base an international organization on the idea of universal will. The scope of majority law-making can only cover explicitly designated areas. This designation will be a transfer of supreme authority from the states to the international organization. To this extent, subsequent objections on the grounds of state autonomy will not be taken into account.

Rundstein stressed that the sovereignty of states can be limited in the name of international order when the basis of interstate organization is based on the ideas of equality, mutual respect and equitable participation. These principles will ensure that the affairs of states are not subject to arbitrary regulation by other subjects of the community. He added that the principle of unanimity was in fact the imposition of the will of the strongest states on the weaker ones, while the majority principle could prevent this by introducing the possibility of appeal to the General Assembly of States. This would ensure the peaceful development and defence of the interests of small Member States. Of course, the introduction of majority rule does not neutralize all the risks. For example, states with similar interests may form alliances, which actually impair the proper functioning of majority rule. Solutions should be adopted to prevent such practices and, above all, to be guided by the principle that "the aim of the future is not a balance of powers, but a commonality of powers, not organized competition, but organized peace."[24]

Rundstein emphasized that now that the drive to create nation states is alive, the idea of sovereignty is extremely powerful and it will be necessary to take this into account when creating an international organization. The organization will, of course, recognize a certain amount of absolute sovereignty that will accrue to states. In this state of affairs, it is necessary to refrain from subjecting most of the internal affairs of states to control, as this can lead to unity-shattering conflicts. Of course, some degree of control will be necessary, but it must be based on the premises of equality and reciprocity. Rundstein added that this issue would not be a major problem if each country, in line with democratic ideals, ensured within its internal law that all citizens were equal before the law, and enjoyed the freedom of religion and the freedom to use their mother tongue.

Rundstein stressed that the belief that new times are coming cannot be an uncritical enthusiasm. Science and experience show that the creation of international institutions is not yet the fulfilment of the postulates of reason. "It would be an illusion to suppose that an interstate organization would produce a paradise on earth. It is by no means a question of utopian ideas, but of creating a set of conditions in which the idea of law can always be realized; it is only a question of devising sanctions against lawlessness."[25] He pointed out that states are not perfect organizations either, and that centrifugal forces, motivated for example by the egoism of individuals and particular groups, are also at work within them, but they establish "technical measures" that in various ways balance the clash of these interests. Such a "social technique" is the law, which sanctions the actions of people and institutions. Thus, if an international organization is to balance interests in order to prevent bloody wars, it must also base its actions on law. While the possibility of war is not excluded, the idea of the law of nations being the basis of an international organization is intrinsically incompatible with a state of war, and its 'noblest manifestation' is interstate solidarity. The idea of the law of nations is therefore the best guarantor of peace.

5. Conclusions

Szymon Rundstein stressed out, that the law of nations is the result of a slow historical process. According to him, after the First World War, a fairly widespread awareness of the need

[23] Rundstein, S., *Drogi prawa narodów*, p. 67.
[24] Ibidem, p. 49.
[25] Ibidem, p. 74.

to respect the idea of the law of nations was formed, which resulted from a rational and practical desire to create a peaceful order. He defined the idea of the law of nations as a bond that arises from a widespread realization ("psychological moment") of the necessity of regulating interstate relations, which, within the conventional community, consists in self-obligation. Its essence is certainty and self-sufficiency as well as the rule of law, which stems from *the pacta sunt servanda* principle. After the First World War, the conditions emerged for the creation of an international organization, which he saw as the realization of the idea of the law of nations. He did not write about the settlement of those responsible for the war or the transitional period's justice. He believed that for an international organization to function well, every country must be treated equally. To this end, states would have to renounce imperialist aspirations and introduce or consolidate democracy, and then agree to limit their sovereignty by legal norms in favour of an international organization. Such an organization would have to have law-making powers, so that disputes between states could be resolved precisely on the basis of the law it created. Such law would have a subordinate character. The underlying idea of an international organization would be to "recognize the moral force of law instead of the material force of arms."[26] Although he did not rule out the formation of a state of perpetual peace in the future, he was aware of how difficult this would be to achieve, even when an international organization acting in accordance with the idea of law was created. "Belief in the omnipotence of law also belongs to the order of - noble and very beautiful – illusions."[27] He also recognized the political conditions and the growing importance of national states and nationalisms, which are not a good anchor for world order. These centrifugal forces were to be balanced by the principle of cooperation within an organization. He concluded his reflections by saying that even if a state of perpetual peace was not achieved, it was essential to follow the idea of the law of nations, because in this way "the strong would be powerless in the face of the law, and for the weak the law would be a powerful defence and a sure refuge."[28]

Rundstein's arguments from the time of the turning point, i.e. the end of the First World War, emanate hope and optimism that the idea of law could be the force that could avert the nightmare of war. In his subsequent scholarly works, he also consistently based his deliberations on the concept of the idea of law, which was to be the basis of law-based and democratic politics. It is worth adding that even in the 1930s, when totalitarianisms founded on force began to dominate, he wrote: "The chaos of the present is an incontestable fact; after all, the gloomy prophecies of the 'new dark age' may *ex aequo* either prove correct or fail. […] However, without considering the value of the idea of law, all dynamics would be the most common play of forces. As Del Vecchio so beautifully puts it: When we observe the tempestuousness of the sea and the changeability of the winds, we would be mistaken if we supposed that a ship, struggling against the waves, can never reach a harbour."[29] Rundstein worked so diligently as a lawyer on a scholarly as well as on a practical level because he was convinced that the idea of law was likely to change the process of history. As early as 1904 he wrote: "in the Middle Ages the science of law trotted slowly behind the paragraphs of laws and regulations – today it boldly marches in front of them and leads the way."[30]

[26] Ibidem, p. 76.
[27] Ibidem, p. 29.
[28] Ibidem, p. 77.
[29] Rundstein, S., *W poszukiwaniu prawa cywilnego*. Warszawa – Kraków, 1939, p. 64-65. See also Del Vecchio, G., *Sulla Involuzione Nel Diritto*. Roma, 1938, p. 17.
[30] Rundstein, S., *Studia i szkice prawne*. Lwów, 1904, p. 7-8.

Volksmission und Politik an der Saar bei der Arbeit des Redemptoristenklosters Bous – Ein Blick in die Quellen von 1949 bis 1956

(Popular Mission and Politics in the Saarland through the Work of the Redemptorist Monastery in Bous – A Look at the Sources from 1949 to 1956)

Thomas Gergen *

Abstract

The monastery of Bous is closely connected with the early post-war history of the Saarland, its reconstruction and the path to the European Saar Statute of 1955. This article looks at the pro-European popular missions in the Saar in the context of politics at both municipal and state level, up to and including world mission.

Keywords: *Politics; Monastery; Redemptorists; People's mission; Saarland; Saar Statute of 1955; Europe.*

1. Einführung

Am 22. November des Jahres 2009 schloss das Redemptoristenkloster Bous an der Saar nach 60 Jahren Wirkungszeit (1949–2009) für immer seine Pforten.[1] Noch 1999 hatte es eine Festwoche und eine Bilanz zu 50 Jahren Aktivität[2] gegeben.

2011 erschien eine Chronik, welche auf einige Stationen des klösterlichen Wirkens von 1949 bis 2009 einging.[3] Folgendes Inhaltsverzeichnis lag diesem Werk zugrunde: Vorwort des Autors, Grußwort der Klostergemeinde, Gründung des Klosters, Orden der Redemptoristen, Heiligenborn – von der Klause zum Kloster, Bauherr Pater Alfons Reinstadler und Architekt György Lehoczky, Eröffnung und Einweihung des Klosters und der Kapelle, Grundsteinlegung der Klosterkirche St. Marien, Die Kapelle der Begegnungsstätte, Die Grundidee in der Architektur der Klosterkirche, Das Westwerk der Klosterkirche St. Marien, Der Bau der Klosterkirche, Die Fenster der Klosterkirche, Die Glocken der Klosterkirche, Innenansichten der Klosterkirche, Die Marienstele und der Heilige Christophorus, Superiores im Kloster Heiligenborn, Der Klosterfriedhof, Zustimmung zur Profanierung der Klosterkirche St. Marien, Aufhebung des Ordenshauses Kloster Heiligenborn, Abschied vom Kloster Heiligenborn sowie – wieder an den Anfang gehend – Festspruch zur Einweihung der Klosterkirche von 1952. Diese Abhandlung anhand von wichtigen Stationen des Klosterlebens beinhaltete indes keine voll umfängliche Quellenedition.

Das Kloster sollte nach den Plänen des ersten saarländischen Ministerpräsidenten Johannes Hoffmann ein Saar-Kloster sein, das die pfarrliche Seelsorge saarlandweit unterstützen wollte, was sich später gut in der Hauschronik anhand der Missionswochen in einzelnen Pfarreien aufzeigen lässt.[4] Diese Funktionen hatte Hoffmann bereits in seinem Kriegstagebuch geplant, denn das Benediktinerkloster im nordsaarländischen Tholey wurde erst später, also nach Bous, wiederbesiedelt.[5]

Bous ist eng verbunden mit der frühen saarländischen Nachkriegsgeschichte, dem Wiederaufbau und dem Weg zum Saar-Statut von 1955[6], welches bei der Volksabstimmung am 23. Oktober 1955 scheiterte[7] und die Regierung von Johan-

* Prof. Dr.iur. Dr.phil. Thomas Gergen, Maître en droit, Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg, E-Mail: thomas.gergen@isec.lu

1 Der Orden verlässt die Gottesburg, mit Pater Franz Menke zwischen Kisten, Abschied und Aufbruch: Die Redemptoristen schließen am Sonntag ihr Kloster in Bous, Bericht von Johannes WERRES, in: Saarbrücker Zeitung (SZ)/Ausgabe Saarbrücken-Mitte, Saarbrücken: Saarbrücker Zeitung 2009, 271 vom 21./22.11., S. A3.

2 Rolf DECOT, 50 Jahre Kloster Heiligenborn Bous – Kölner Provinz der Redemptoristen, Köln 1999, S. 158–204; sowie: Ein Ort des christlichen Glaubens und der stillen Besinnung im Saarland, Bericht von Sabine GRAF. Teil 1 in: Saarbrücker Zeitung: Zeitung für Völklingen und das Köllertal 1999, 138 vom 17. 6., S. L7 sowie Teil 2: Noch heute gibt es Anfragen zum Internat, 1999, 139 vom 18. 6. , S. L7.

3 Anton FERY, Chronik des Klosters Heiligenborn in Bous 1949–2009, Saarlouis 2011 (Vereinigung für die Heimatkunde im Landkreis Saarlouis e.V. 14); siehe auch DERS., Interessantes aus der Bouser Ortsgeschichte, Teil 1, hier zum Kloster Heiligenborn, S. 24–25 sowie Teil 2, Weißenthurm 2013/2014. Zu Bous siehe zusätzlich noch die Werke von Philipp Rupp (1901–1997), zusammengetragen im Nachruf von Gernot KARGE, Abschied von Philipp Rupp, in: Unsere Heimat 1998 (Mitteilungsblatt des Landkreises Saarlouis für Kultur und Landschaft), S. 40.

4 Thomas GERGEN, Bous, JoHo und Code civil = Bous, Johannes Hoffmann et le Code civil, in: Au centre de l'Europe/Im Reich der Mitte II, hg. von Eva MENDGEN, Konstanz/Saarbrücken 2013, S. 151–156 (deutsch und französisch, mit 5 Abbildungen).

5 DERS., Tholey und Bous – Erwähnungen des Tholeyer Abtes Dr. Petrus Borne in der Chronik des Redemptoristenklosters Bous, in: Tholeyer Briefe 52 (2014), S. 18–21.

6 DERS., Politische Entscheidungsjahre 1815, 1935 und 1955. Zäsuren und Übergänge aus Sicht der Rechtsgeschichte, in: Schlüsseljahre. Zäsuren und Kontinuitäten an der Saar 1815 – 1935 – 1955, hg. von Gabriele B. CLEMENS (Veröffentlichungen der Kommission für Saarländische Landesgeschichte 49), Saarbrücken 2017, S. 51-88.

7 DERS., Zwei Volksabstimmungen, die sich jähren: die Saar-Referenden von 1935 und 1955, in: Neue Juristische Wochenschrift 42 (2005), S. X–XI (Hintergrund).

nes Hoffmann zurücktreten ließ. Das Saarland wurde nach und nach jüngstes Bundesland der ebenfalls noch jungen und in der Demokratie unerfahrenen Bundesrepublik Deutschland. Gleichwohl steht die europäische Mission des Saarlandes immer wieder im Mittelpunkt von Recht[8], Politik und Bildung; Beispiel gebend sei hier die Europäische Akademie in Otzenhausen angeführt.[9]

Die Gebäude des ehemaligen Klosters Bous standen im Übrigen nach ihrer Entwidmung und Profanierung der Klosterkirche zunächst leer. Es gab vor und nach 2009 viele Pläne, unter anderem ein Kinderhospiz einzurichten. Nach politischem Streit um die Nutzung und den Kaufpreis kam es schließlich zu einer Versteigerung an eine Unternehmensgruppe, die dort betreute Pflege anbieten wollte.[10]

Aber nun zurück in die Geschichte des Klosters: Die uns überlassene Hauschronik ist ein wichtiges Zeugnis zur Erschließung der Nachkriegsgeschichte des Saarlandes[11] bis in die 1980er Jahre hinein.[12] Die Rolle des Klosters bei der Wegbereitung zum europäischen Saarland ist bereits herausgearbeitet worden in „Das Redemptoristenkloster Heiligenborn (1949–2009) in Bous und die Idee der Europäischen Einigung an der Saar".[13]

Künstlerisch ist es das Werk von György Lehozky; zu ihm und seinem Werk liegen gründliche Studien vor.[14]

Des Weiteren liegt die Gründungschronik in Edition und Kommentierung vor, das heißt von den Anfängen 1948 bis 1952.[15] Die Zeit danach findet sich nunmehr ebenfalls ediert.[16]

Der folgende Beitrag, eine Reminiszenz an das Wirken der Klostergemeinschaft von 1949 bis 2009, bringt quellennah die Beziehung Kloster-Volk und betont die Volksmissionen an der Saar im Kontext der Politik auf kommunaler wie Landesebene. Die Chronik der Jahre 1953 bis 1956 ist daher Gegenstand der nachfolgenden Edition, die in den allgemeinen Kontext der Orts- und Landesgeschichte eingebettet wird. Der erste Abschnitt von 1953 bis 1955 beleuchtet die Ereignisfolge bis zur Abstimmung an der Saar über das Europastatut, der zweite das Jahr danach, bis am 1. Januar 1957 die Saar in die Bundesrepublik Deutschland „zurückfand".

2. Die Chronik über die Jahre 1953–1955

Die Chronik, die von P. (= Pater) Peter Bock erstellt wurde, enthält am Ende folgenden wichtigen Nota-Bene-Hinweis:

NB. Diese Chronik-Angaben von 1953–55 wurden von P. Bock Anfang 1959 nachgeschrieben an Hand von Aufzeichnungen der letzten Chronisten P. Berneiser und P. Luckas. Darum mag einiges darin fehlen. Die wichtigsten Ereignisse sind aber hier festgehalten. Der Schreiber hat sich bemüht „sine ira et studio" die Dinge niederzuschreiben. Mögen spätere Generationen das Urteil darüber fällen.

Der Chronist gliedert in einzelne Jahre, mitunter ergänzt er Informationen, die er bis 1959 beibringen kann. Im Mittelpunkt stehen die Errichtung der Gottesburg, die als Ergänzung der pfarrlichen Seelsorge die „Volksmission" sicherstellen sollte. Dazu wurde Wert auf die Zeitschrift „Der Volksmissionar" gelegt (Presseapostolat durch Förderer und Förderinnen) sowie auf Ergebnisse der einzelnen Missionen in den Pfarreien. Belegt werden Missionen an mehr als 30 Orten im Saarland.

Die Chronik bietet Alltagsgeschichte wie Visitationen, Jubiläen, Schwierigkeiten in den eigenen Reihen sowie mit weltli-

[8] Ders., Gab es einmal ein saarländisches Urheberrecht? Wie französisch geprägt war der gewerbliche Rechtsschutz im Saarland?, in: Im Dienste des Architekten-, Bau- und Urheberrechts. Festschrift für Klaus Neuenfeld zum 80. Geburtstag, hg. von Inge Gräfin Dohna/Albrecht Götz von Olenhusen, Hamburg 2016, S. 243–256; Ders., Die Familienzulage als Besonderheit im Recht des Saarlandes zwischen 1947 und 1959, in: Historische Blicke auf das Land an der Saar. 60 Jahre Kommission für Saarländische Landesgeschichte und Volksforschung, hg. von Brigitte Kasten (Veröffentlichungen der Kommission für Saarländische Landesgeschichte 45), Saarbrücken 2012, S. 437–446.

[9] Ders., Die erste europäische Bildungseinrichtung trägt seit 50 Jahren ihren Namen (1968–2018): Zum Jubiläum der Europäischen Akademie Otzenhausen (EAO), in: Saarländische Kommunalzeitschrift (Saarländischer Städte- und Gemeindetag und Landkreistag Saarland) 1/2 (2018), S. 8–11; Ders., Die „Europäische Akademie Otzenhausen" – eine Chronologie ihrer Entwicklung, in: Heimatbuch des Landkreises St. Wendel. Ein Volksbuch für Heimatkunde, Naturschutz und Denkmalpflege, XXXIV. Ausgabe 2015 bis 2018, St. Wendel 2018, S. 112–115.

[10] Mathias WINTERS, Kloster Heiligenborn unterm Hammer, in: https://www.saarbruecker-zeitung.de/saarland/saarlouis/bous/kloster-heiligenborn-in-bous-wird-versteigert_aid-2534037 [08. 03. 2019].

[11] Thomas Gergen, Von der Saarprovinz zum Saarland. Die Vorgängerorganisationen des Saarlandes bis zu den Abstimmungen von 1935 und 1955, in: Saarländische Kommunalzeitschrift 9 (2005), S. 211–230; Ders., Saarlouis – *Sitge présidial* und Oberster Gerichtshof. Ein Blick auf die saarländische Rechtsgeschichte seit 1679, in: Rechtshistorische und andere Rundgänge, Festschrift für Detlev Fischer, hg. von Ulrich Falk/Markus Gehrlein/Gerhart Kreft, Karlsruhe 2018, S. 129–149; sowie mit weiterem Bildmaterial in: Unsere Heimat (Mitteilungsblatt des Landkreises Saarlouis für Kultur und Landschaft) 3/2018, S. 97–110.

[12] Ders., Gesellschaft und Wirtschaft der Bundesrepublik zu Beginn der 1980er Jahre: ein Kommentar zu Dieter Stolzes „Deutschland – Ein Jammertal"?, in: Gedächtnisschrift für Gustav Friedrich von Schmoller (1838–1917) = Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas 10 (2016/17), S. 11–18.

[13] Ders., Das Redemptoristenkloster Heiligenborn (1949–2009) in Bous und die Idee der Europäischen Einigung an der Saar, in: Zeitschrift für die Geschichte der Saargegend 59 (2011), S. 173–214.

[14] Claudia Maas, Kloster Heiligenborn in Bous, in: György Lehoczky: 1901–1979, Architektur, Malerei, Kunst im sakralen Raum, Kunst im öffentlichen Raum, Buchillustration, hg. vom Arbeitskreis György Lehoczky, Saarbrücken 2010, S. 86–95; Dies., Kloster und Kirche Heiligenborn in Bous: ein Werk des Architekten und Künstlers György Lehoczky (1901–1979), in: Mitteilungen/Laboratorium, hg. vom Institut für Aktuelle Kunst im Saarland an der Hochschule der Bildenden Künste Saar, Saarlouis 1999, 7, S. 8–13; Karge Himmelsfeste war Lehoczkys erster Paukenschlag: im Saarland schuf der vielseitige Architekt sein großes Debüt-Werk mit Kloster Heiligenborn für den Redemptoristen-Orden in Bous, Bericht von Traudl Brenner, in: Saarbrücker Zeitung 2008, 119 vom 24./25. 5. , S. E1.

[15] Thomas Gergen, Die Gründungschronik des Redemptoristenklosters Heiligenborn in Bous – Edition und Kommentierung, in: Zeitschrift für die Geschichte der Saargegend 60 (2012), S. 127–202.

[16] GERGEN, Europakloster Bous (1949-2009), mit Einführung und Vorwort. In: 60 Jahre Redemptoristenklöster Bous und Püttlingen. Europa und Glaube bieten Zukunft, St. Ingbert 2020, S. 3-415.

chem Personal etwa in der Küche oder den Handwerkern und nicht zuletzt die allzeit präsenten Finanznöte. Zur Sprache kommen des Öfteren der Neubeginn des Juvenats als selbstständiger Schule, der Kontakt zu den Pfarrern in Bous und Umgebung sowie zur Ordensprovinzleitung in Köln oder den benachbarten Redemptoristenhäusern in Teterchen/Lothringen, Trier und Luxemburg. Erwähnenswert ist auch der Besuch von saarländischen Geistlichen, die in Übersee herausragende Kirchenämter bekleideten, so etwa der Erzbischof von Sucre/Bolivien Josef Clemens Maurer, gebürtig aus Püttlingen/Saar, der bereits im April 1950 Gast des Klosters gewesen war. Aus dieser Zeit resultieren die noch heute lebendigen Verbindungen des Bistums Trier mit Bolivien.

Zugleich erhellen die Zusammenhänge mit der saarländischen Regierung Johannes Hoffmann, die das Kloster förderte. Die Wahlkämpfe und Parteiversammlungen insbesondere vor der Abstimmung über das Saarstatut vom 23. Oktober 1955 kommen ebenfalls zur Sprache.

Jahr des Heils 1953

Omnis ad maiorem Dei gloriam! Diese Worte standen in den vergangenen Jahren über allem Schaffen im Kloster Heiligenborn. So kündete es das nun vollendete Gotteshaus hinaus in die Saarlandschaft. Wie eine Trutzburg Gottes steht es auf der Höhe. Und wenn seit der Christmette an Weihnachten bis zum Schluss der Oktav des Festes der Erscheinung des Herrn allabendlich der Weihnachtsstern auf dem Turm aufleuchtet, wird es auch offenbar: „Erschienen ist an diesem Ort die Menschenfreundlichkeit und Güte Gottes!"

Nun steht die Gottesburg. Die innere Einrichtung soll noch geschaffen werden. Zu Beginn des neuen Jahres (3. 1.) kam die elektrische Heizung an, die in den kommenden Wochen von der Firma Merziger aus Saarlouis eingebaut werden soll. Das Für und Wider gegen den Einbau einer elektrischen Heizung sollte schließlich jenen Recht geben, die vor dem Einbau einer solchen Heizung in einer Klosterkirche gewarnt hatten. Denn die Zukunft sollte beweisen, dass eine elektrische Heizung nur eine Platzbeheizung und keine Raumbeheizung ist. Die Kosten für eine dauernde elektrische Beheizung der Kirche sind auf die Dauer nicht aufzubringen. Hervorragende Arbeit haben unsere Brüder bei dem Neubau der Kirche geleistet. Alle Schreinerarbeiten: Türen, Bänke und Beichtstühle, wurden von ihnen ausgeführt. Unter der Leitung von Br. (= Bruder) Gottfried, dem Br. Quirin und Br. Rudolf zur Seite standen, wurden die Arbeiten in Angriff genommen. Sie haben dem Haus und der Provinz viele Kosten erspart. Über 40 Türen in der Kirche, Sakristei, Turm und Empore wurden von ihnen geschaffen. Als am 11. 1. Br. Rudolf in einer kleinen Abschiedsfeier verabschiedet wurde – er war vom Trierer Haus bereitwilligst für diese Arbeiten zur Verfügung gestellt – wurde diese Leistung unserer Brüder auch öffentlich anerkannt.

„Der Volksmissionar"

„Omnia ad maiorem Dei gloriam!" So stand es auch über der Missionsarbeit des Klosters Heiligenborn geschrieben. In mehr als 30 Orten des Saarlandes hatten die Patres des Hauses, unterstützt von Patres aus anderen Häusern der Provinz, Missionen gehalten. Kloster Heiligenborn war zu einem Begriff im Saarland geworden. Und wie von den übrigen Häusern der Provinz sollte auch hier durch unsere Zeitschrift „Der Volksmissionar" (VM) die Verbindung mit den Gläubigen wachgehalten werden. Bereits am 1.1.53 hatte die Zahl der Abonnenten 3000 Stück erreicht. Nicht zuletzt ist das der eifrigen Werbetätigkeit von P. Bock zu danken, der auf den meisten Missionen selbst die Werbung übernahm und auch durch manche persönliche Initiative in anderen Orten dem „Volksmissionar" Eingang verschaffte. Sollte die Verbindung nicht abreißen, musste Kontakt mit den Förderern und Förderinnen gehalten werden. Jedes Jahr in der Weihnachtszeit sollten sie zum Kloster eingeladen werden. Zum ersten Mal fand ein solches Treffen am 12. 1. statt. Ungefähr 65 Förderer und Förderinnen waren erschienen. In einer kurzen Weihnachtsfeier dankten P. Rektor Reinstadler und P. Bock den Förderern und Förderinnen für ihre Mitarbeit an diesem Presseapostolat.

Grippe-Epidemie

Eine in ganz Westeuropa grassierende Grippe hielt Ende Januar/Anfang Februar auch ihren Einzug in Kloster Heiligenborn. P. Kauke, P. Niesen und P. Minister mussten für zwei Tage das Bett hüten. Zwei Drittel der Juvenisten waren befallen und für einige Tage musste der Unterricht ausgesetzt werden, wie in so vielen saarländischen Schulen.

Fastnachtstage

Wie alljährlich feierten wir auch dieses Jahr das 40-stündige Gebet unter reger Anteilnahme der Bevölkerung. Wegen der Kälte musste es aber in der Hauskapelle gehalten werden, da wie erwartet, die elektrische Heizung in der Kirche nicht ausreichte, die Kirche auch nur zu temperieren.

Besuch auf Heiligenborn

Am 24. 4. weilte P. Provinzial Wagner aus Buenos Aires zu Besuch bei uns. Als Begleiter von Cardinal Copello hatte er die Gelegenheit benützt zu einem Besuch bei seinen Verwandten in Hülzweiler und auf Heiligenborn. P. Rektor Reinstadler begrüßte den Gast als besonderen Wohltäter des Hauses, der durch geldliche Unterstützung auch zum Aufbau des neuen Klosters in der Saarheimat beigetragen hat.

Im Anschluss rapportiert Pater Bock Oberernennungen. Als neuer Rektor für das Haus Bous wurde P. Rektor Kreutz von Kirchhellen ernannt. Der bisherige Rektor P. Reinstadler wurde zum Magister des 2. Noviziates in Geistingen ernannt.

Visitation 1953

Vom 10.–15. 6. fand die kanonische Visitation durch den neu ernannten P. Provinzial H. Bückers statt. Sein Sozius war P. Horbert. In seiner Eröffnungsansprache wies P. Provinzial auf die drei Hauptaufgaben unseres Hauses hin: die Missionen, das Apostolat der Klosterkirche und die Sorge für den Ordensnachwuchs.

Besuch auf Heiligenborn

Wenn unser Kloster auch am Rande der Provinz liegt, so erfreut es sich doch des Öfteren des Besuches der Mitbrüder aus der Provinz. Das neue Kloster, die herrliche Lage, ist für Fremde immer ein besonderer Anreiz. So trafen am 18. 6. sechs Mitbrüder aus Geistingen hier ein, begleitet von P. Rektor Fries. Wieder einmal wurde es offenbar: Ecce quam bonum…

Patrocinium

Am 23. 6. feierten wir zum ersten Mal in der neuen Kirche das Fest der Mutter von der immerwährenden Hilfe. Ihr sind ja Kloster und

Kirche geweiht. Zahlreich waren die Besucher, Freunde und Gönner des Hauses, gekommen, um mit uns das Fest in der neuen Kirche zu begehen.

Krönung des Gnadenbildes

Ein Festtag war für Kloster und Kirche die Krönung des Gnadenbildes der Mutter von der immerwährenden Hilfe am 18. 6. Unter großer Anteilnahme der Bevölkerung fand am Nachmittag in einer Festandacht die Krönung des Bildes statt. Der Festprediger, P. Magister Reinstadler, schilderte in begeisterten Worten die Größe Mariens als Königin des Weltalls[17].

Neubeginn im Juvenat

Ein neuer Abschnitt in der Geschichte des Juvenates begann mit dem Anfang des neuen Schuljahres. Während bisher die Juvenisten das Gymnasium in Saarlouis besuchten, konnte nun mit Genehmigung des Kultusministeriums der Unterricht im Hause selber aufgenommen werden. Mit zwei Klassen, Sexta und Quinta, nahm der Unterricht seinen Anfang. Die ersten Lektoren waren P. Direktor Kauke und P. Niesen und P. Karl Rodenheber. Letzterer wurde von Geistingen als Lektor nach Bous versetzt.

Goldenes Professjubiläum

Ein Festtag für die Klostergemeinde war das goldene Professjubiläum der PP. Mandel und Otten. Letzterer war von Argentinien herübergekommen, um in seiner Heimat – er stammt von Fraulautern – mit seinem Kursgenossen, P. Mandel diesen Tag festlich zu begehen. Vor 50 Jahren, am 13. 9. 1903, legten beide in Luxemburg ihre erste Profess ab. Leider erkrankte P. Mandel zwei Tage vor dem Jubiläum so ernstlich, dass er das Bett nicht verlassen konnte. Am Vorabend brachte der Bouser Jugendchor vor seinem Zimmer, unten im Hof, ein Ständchen dar. Da die Festfeier in der Kirche angekündigt war, hielt P. Rektor Kreutz das Festhochamt und die Festpredigt. Der Bouser Kammerchor unter Leitung von Lehrer Zech sang die „Deutsche Messe" von Schubert. In der nachmittäglichen Festandacht, zu der die Gläubigen wieder zahlreich erschienen waren, war P. Otten zugegen, der am Vormittag in seiner Heimatpfarrei Fraulautern den Tag festlich begangen hatte.[18]

Besuch auf Heiligenborn

Am 22. 10. konnten wir Br. Theophil aus der argentinischen Provinz in unserem Kloster begrüßen. Seine Berichte aus der argentinischen Provinz während der Kriegsjahre gaben uns einen interessanten Aufschluss über die Entwicklung dieser Provinz seit ihrer Loslösung von der Mutterprovinz.

Am 23. 10. weilte Kpl. (= Kaplan) Dr. Ludwig aus Bous in unserer Mitte. Erst vor 10 Tagen war er als letzter Priester der Diözese Trier aus russischer Gefangenschaft heimgekehrt. In Stalingrad in Gefangenschaft geraten, wurde er später zum Tode verurteilt. Das Urteil wurde dann aber in 25-jährige Zwangsarbeit umgewandelt. Seine 87-jährige Mutter, die nie das Vertrauen verloren hatte, durfte den Tag der Heimkehr ihres Priestersohnes noch erleben.

[…]

Hauskapitel

Das von P. Provinzial angeordnete Hauskapitel wählte am 10. 11. als Vokal für das Provinzialkapitel im dritten Wahlgang P. Mandel, der mit P. Kauke die gleiche Stimmenzahl erhielt und auf Grund des Professalters den Vortritt hatte. An dem Kapitel nahmen auch die Patres Hippert und Quaring aus Luxemburg teil.

Versetzungen

Die Monate November – Dezember brachten für das Haus neue Versetzungen. P. Berneiser, der 2,5 Jahre als Missionar segensreich hier gewirkt hatte, wurde am 17. 11. nach Bochum versetzt. Als Ersatz dafür wurde P. Breuer Ende des Monats von Eupen nach Bous versetzt. Br. Hyazinth, der als Pförtner und Sakristan seit 1950 dem Haus treue Dienste geleistet, wurde nach Aachen, und dafür Br. Antonius von Kirchhellen nach Bous versetzt.

[…]

Ausklang des Jahres

Die Nikolausfeier im Juvenat am 5. 12. wurde wieder wie alljährlich zu einem Fest des Hauses. Alt und Jung, Küchenpersonal und Patres erhielten ihre Mahnungen von St. Nikolaus.

Die Christmette, die auch dieses Jahr zur Mitternacht gefeiert wurde, sah wieder ein gefülltes Gotteshaus. Alle Gänge, die beiden Emporen und auch die Loggiengänge waren besetzt. Der Bouser Kammerchor verschönerte durch seine Weihnachtsgesänge die Metten.

Ende des Monats, am 29. 12., holten wir P. Mandel mit einem Auto in Trier im Krankenhaus ab. Er hatte die Operation gut überstanden. Wenn auch noch geschwächt, konnte er doch wieder jeden Morgen auf der Hauskapelle zelebrieren.

Noch vor Beginn des neuen Jahres weilte P. Provinzial hier zu seinem Neujahrsbesuch. Zugleich sollten aber die ersten Besprechungen zur Erweiterung des Klosters geführt werden. Zu diesem Zweck erfolgte auch eine Besprechung mit dem Herrn Ministerpräsidenten Johannes Hoffmann und Architekt Lehoczky.

Rückschauend auf das verflossene Jahr dürfen wir ein aus dem Herzen kommendes „Deo gratias" sagen. Segensreich war das Wirken der Missionare bei ihren apostolischen Arbeiten und der Juvenatspatres in der Schule. Nicht minder erfolgreich waren die Arbeiten unserer Brüder bei der weiteren Ausgestaltung des Hauses und der Kirche. Bauliche Veränderungen im Hause, wie die Einrichtung eines Saales für Musik und Erholung im alten Kokskeller, sind nicht weiter erwähnt worden. Schule und Hausgemeinde in einem Haus ist schon ein Notstand. Das ist das Problem, das in den kommenden Jahren zu lösen ist. Alles drängte zu dem bereits vorgesehenen Erweiterungsbau, der Verbindung zwischen Kirche und Haus.

Vor unserem Haus, über der gegenüberliegenden Talsenke, begann die Gemeinde Bous den Ausbau einer neuen Straße und Siedlung. Darum drängte P. Provinzial auf den Ankauf von Land in unserer nächsten Umgebung, um uns für die Zukunft Ellenbogenfreiheit zu bewahren. Zum Teil ist es schon geschehen und soll weiter betrieben werden, damit wir nicht später Ansiedler in unmittelbarer Nähe vor uns haben.

[17] Es erfolgt Hinweis auf einen Zeitungsbericht.
[18] Auf einen Zeitungsbericht vom 17. 9. 1953 wird hingewiesen.

Das heilige marianische Jahr 1954 [19]

Das Jahr 1954 war vom hl. Vater als „heiliges marianisches Jahr" verkündet worden zur Erinnerung an die Verkündigung des Dogmas von der Unbefleckten Empfängnis Mariens im Jahre 1854. Er erwartete nach seinen eigenen Worten von diesem Jahr „die Rückkehr zu Christus und seinem Evangelium".

Zu Beginn des neuen Jahres

Am 3. 1. war wie auch in den vergangenen Jahren, der „Volksmissionarsonntag". Während Dienstag vorher die Schulkinder eingeladen waren, kamen diesmal die älteren Förderer und Förderinnen, die bei Kaffee und Film einen unterhaltsamen Nachmittag fanden. In einer Weihnachtsfeier, bei der der Wadgasser Kirchenchor mitwirkte, dankten P. Rektor Kreutz und P. Bock den Förderern und Förderinnen für ihre selbstlose Arbeit und Mitarbeit am VM.

Der Monat Januar, der meist frei ist von apostolischen Arbeiten, galt auch diesmal wieder der Schulung für unser missionarisches Wirken. So nahm P. Bock an einer Tagung für Frauenseelsorge in Rhöndorf teil (7.–9. 1.) und P. Luckas an der Missionskonferenz in Essen-Borbek (11. 1.–14. 1.).

[…]

Das für den 31. 1.–2. 2. angekündigte

marianische Triduum zur Vorbereitung der Klostergemeinde auf das am 2. 2. in Rom stattfindende Generalkapitel, das zugleich auch zur Einführung der Gläubigen in die Anliegen des vom hl. Vater verordneten „Marianischen Jubeljahres" dienen sollte, musste wegen der unerträglichen Kälte in unserer Kirche abgesagt werden. Nur in der Hauskapelle fand die Anbetung vor dem Allerheiligsten statt.

Wahl des neuen Generalobern

Vom Generalkapitel wurde heute (2.2.54) als neuer Generaloberer Rssm (= Reverendissimus).

P. Wilh. Coudreau aus der Provinz Baltimore zum neuen Generalobern gewählt. Im ersten Wahlgang hatte der Vokal unserer Provinz, P. Dr. Flesch, auch einige Stimmen erhalten. Ende Februar berichtete P. Provinzial uns über das Generalkapitel und einige von ihm erlassene Bestimmungen, u.a. dass man sich von jetzt ab in der zweiten Hälfte der Rekreation nach dem Mittag- und Abendtisch zurückziehen könne. […]

Planung des Erweiterungsbaues

Die im Januar begonnenen Besprechungen zwischen P. Provinzial Bückers, P. Rektor Kreutz und dem Herrn Architekten Lehoczky zur Erweiterung des Klosters und Konviktes hatten indes feste Gestalt gewonnen. Zuerst sollte das Juvenat um einen weiteren Trakt vergrößert werden, um weitere Raummöglichkeiten für die Juvenisten zu gewinnen. Am 10. 3. begannen die Bagger mit der Ausbaggerung dieses Teiles des Geländes. Weitere Besprechungen in diesen Tagen und Wochen führten zu einer grundsätzlichen Änderung der bisherigen Planung der Erweiterung des Klosters. Während man erst daran dachte, sich mit einem Zwischenflügel zwischen dem alten Eingang zur Klosterpforte und der Kirche zu begnügen, ergab sich aber, dass die hier entstehenden Räumlichkeiten auf die Dauer nicht ausreichen würden. Durch Beschluss der Provinzkonsulta wurde die Planung nun so beschlossen, dass in einem Karree zur Kirche hin gebaut werden sollte.

[…]

Lichterprozession auf Heiligenborn

Am 30. 5., dem letzten Sonntag im Mai, fand die erste Lichterprozession statt. Unter Beteiligung von 400 bis 500 Gläubigen aus Bous und den Nachbarorten zog die Prozession den oben beschriebenen Prozessionsweg. Singend und betend, mit brennenden Kerzen zog man in die Kirche zurück, wo die Schlussandacht stattfand. Vielleicht ließe sich später durch eine Lautsprecheranlage vom Turm aus das gemeinsame Beten und Singen besser leiten.

Patrozinium am 26. 6.

Das Fest der Mutter von der immerwährenden Hilfe wurde wieder zu einem Festtag für die Klostergemeinde. Unter großer Beteiligung unserer Kirchenbesucher war am Morgen das Festhochamt und am Abend eine Lichterprozession.

[…]

Abschied von Pastor Quirin von Bous

Am 12. 9. wurde unter großer Beteiligung der Bevölkerung der hochwürdige Pfarrer Quirin von Bous verabschiedet, der auf Wunsch des Bischofs als Seelsorger und Religionslehrer in das Lehrerseminar nach Lebach geht. In den vergangenen Jahren hatte er, ohne dass seine Pfarrkinder es merkten, sich still auf sein Doktorat an der Universität Münster vorbereitet neben der reichen Seelsorgearbeit, die eine so große Gemeinde wie Bous erfordert. Pfarrer Quirin, der sehr geachtet war durch sein stets vornehmes und gütiges Wesen gegen jedermann, hatte auch zu uns Redemptoristen auf dem Heiligenborn von Anfang an bis zur Stunde das beste Verhältnis.

Visitatio

Vom 20.–22. 9. fand die kanonische Visitation durch P. Provinzial Bückers statt. Das Thema und der Erfolg einer Visitation sind ja hinlänglich bekannt.

P. Generalkonsultor Pohl in Bous

Vom 23.–25. 9. weilte P. Generalkonsultor Pohl zu Besuch in unserem Haus. Als „weitgereister Mann" wusste er vieles zu erzählen.

[…]

St. Gerhardsjubiläum

Am 17. 10. hielten wir die äußere Festfeier zu Ehren des hl. Gerhard Majella anlässlich seiner Heiligsprechung vor 50 Jahren. Auf dem Ambo der Epistelseite stand die festlich geschmückte, holzgeschnitzte Gerhardsstatue. In den beiden Predigten im Hochamt und der Festandacht am Nachmittag stellte P. Rektor Kreutz den Gläubigen das Bild des Heiligen lebendig vor Augen. - Wenn das Bild des Heiligen auch etwas versteckt in unserer Kirche steht, so finden sich doch manche stille Beter, vor allem Mütter, vor ihm ein.

[19] Zum marianischen „m", umgedreht in „E" als Zeichen der innigen Verbundenheit und Gründung der europäischen Union auf Maria siehe das Lehoczky-Fenster in der Klosterkirche, neuerdings im Zusammenhang mit anderen Darstellungen im Landkreis Saarlouis: Thomas Gergen, „Sie werden auferstehen" –Erinnerungsorte für Evakuierung und Kriegsopfer in Roden (1940–1963), in: Jahrbuch für Westdeutsche Landesgeschichte 44 (2018), S. 513–539, hier besonders S. 538–539.

Besuch aus der Ostzone

Am 6. 11. weilte P. Mues aus Heiligenstadt zu Besuch in unserer Mitte. Er soll sich von einer schweren Nierenerkrankung im Schwarzwald erholen. In der Abendrekreation gab er uns ein Bild von der missionarischen Tätigkeit in der Ostzone. Wenn auch unter erschwerenden Umständen können die Patres dort immer noch ihrer echt redemptoristischen Aufgabe nachgehen.

[…]

Weihnachten 1954

Die diesjährige Weihnachtsmette sah wieder eine gefüllte Kirche. Schon um 11 Uhr kamen die ersten Besucher und gegen 11.30 Uhr waren schon alle Sitzplätze besetzt. Der Parkplatz erwies sich als zu klein, so dass viele Besucher ihren Wagen unten an der Straße stehen lassen mussten. Über 100 Autos wurden allein um das Kloster herum gezählt. Wie im vergangenen Jahr verschönerte auch diesmal der Elmer Jugendchor unter Leitung von Lehrer Zech durch Weihnachtsgesänge die Metten.

Besuch der Novizen aus Trier

Am 27. 12. weilten die Fratres Novizen aus Trier hier zu Besuch. Am Nachmittag machten sie eine Omnibusfahrt nach Tholey und St. Wendel. Beim Abendtisch gaben sie einige mehrstimmige Lieder zum Besten. 18 Männerstimmen, eine gute Chorgruppe. Hätten wir sie nur immer zu den Feiertagen in unserer Kirche!

Jahr des Heils 1955

Mit Dank gegen Gott wurde das alte Jahr verabschiedet und im Vertrauen auf Gott das neue Jahr 1955 begonnen. Die göttliche Vorsehung, die bisher sich sichtbar beim Aufbau unseres Klosters gezeigt, sollte auch im neuen Jahr weiter helfen. Sollte doch das kommende Jahr die Fertigstellung des Erweiterungsbaues bringen. Ende Dezember mussten die Bauarbeiten wegen des einsetzenden Regenwetters eingestellt werden. Und als dann im Januar eine Kälteperiode einsetzte, hörte jede Außenarbeit auf. P. Rektor Kreutz und sein Minister, P. Kauke, hatten wohl manche schlaflose Nacht, ob der immer größer werdenden Schulden. Zwar hatte die Regierung versprochen, im neuen Jahr weiterzuhelfen, aber es konnten noch keine Gelder flüssig gemacht werden.

Einführung des neuen Pfarrers in Bous

Vier Monate war die Pfarrgemeinde Bous verwaist, als endlich am 16. 1. Pfarrer Dr. Arens als neuer Hirte von Bous eingeführt wurde. Vor 14 Tagen hatte er unserem Hause schon einen ersten Besuch gemacht und dabei P. Rektor mit noch einem Pater zu seiner Einführungsfeier eingeladen. P. Rektor und P. Luckas, die der Einladung folgten, sowie alle Patres waren natürlich gespannt, ob und was der neue Pfarrer zum Verhältnis „Pfarrkirche – Klosterkirche" sagen würde. Es sei darum hier festgehalten.

In seiner Predigt machte er bei dem Hinweis auf die noch unvollendete Pfarrkirche die Bemerkung „er werde dabei nicht nach links und nicht nach rechts schauen und sich nicht beirren lassen, wenn da und dort in der Nachbarschaft eine schönere und modernere Kirche entstanden sei. Auf diesem Gebiet kenne er keine Rivalität, sondern nur den Grundsatz: Non nobis Domine, non nobis, sed nomine tuo da gloriam!" Bei seiner abendlichen Ansprache beim „Ständchen" der Gemeindevereine begrüßte er unter anderem auch „mit besonderer Freude die Herren Patres vom Heiligenborn", und sagte mit bewusster Betonung: „Ich habe in meinem priesterlichen Leben die Mutter Gottes viel zu gerne gehabt, als dass ein Marienheiligtum in meiner Gemeinde nicht zum Segen werden sollte. Ein Redemptoristenpater hat mir die Primizpredigt gehalten. Die Redemptoristen sind mir immer gute Freunde gewesen. Und so hoffe ich, dass auch das Kloster Heiligenborn für Bous immer ein Segen sein wird." Als wir uns abends verabschiedeten, sagte er P. Luckas noch privat, der ihm gratulierte, weil er den Ton der Bouser getroffen habe: „Und ich hoffe, dass ich auch den anderen Ton getroffen habe!" Herzlich lachend fügte er noch hinzu: „Also, Herr Pater, das war mir ernst gemeint, das mit der Mutter Gottes, das soll immer so zwischen uns bleiben. Sagen sie das auch ihren Mitbrüdern – Auf ein gutes Zusammenarbeiten! Grüßen sie alle recht herzlich!"

[…]

Patrozinium: Pontifikalamt Sr. Exz. Erzbischof J. Maurer

Das Fest der Mutter von der immerwährenden Hilfe am 19. 6. dieses Jahres war ein Festtag ganz besonderer Art. Der schon seit Anfang April im Saarland weilende Erzbischof Maurer[20] hielt an diesem Tage ein Pontifikalamt in unserer Klosterkirche. In seiner Festpredigt stellte er den unzähligen Gläubigen das Bild der Mutter von der immerwährenden Hilfe vor die Seele, die sich in all unseren Lebenslagen als die Mutter erweise, die immer helfe. Der Bouser Kirchenchor sang die Festmesse. Als Ehrendiakon fungierten H. Pfr. Arens aus Bous und P. Palgen; als Diakone P. Breuer und P. Rodenheber; als Presb. Assistens P. Rektor Kreutz; als Zeremoniar P. Bock. In der nachmittäglichen Festandacht, in der Exz. wieder predigte, bat er um eine Gabe für sein Priesterseminar in Bolivien.

Bereits 1950, anlässlich seiner Bischofsweihe, weilte Erzbischof Maurer, damals noch Bischof, in unserer Mitte. Zwei Jahre nach seiner Bischofsweihe und seiner Tätigkeit als Weihbischof von La Paz, ernannte ihn der hl. Stuhl zum Erzbischof von Sucre, der früheren, heute nur noch nominellen Hauptstadt Boliviens. Diesmal kam Erzbischof Maurer in einem besonderen Anliegen in seine Saarheimat. Er wollte einen „Kreuzzug" predigen für den Wiederaufbau seines durch Erdbeben zerstörten Priesterseminars. Bereits am 13. 4. kam Exzellenz nach Saarbrücken zu seinem Neffen Johann Schwinn. P. Rektor Kreutz und P. Bock machten ihm dort den ersten Besuch. Ihnen eröffnete er sein Anliegen. P. Bock erbot sich sofort, die Kollektenreise zu organisieren. P. Rektor gab dazu seine Zustimmung. Die günstige Zeit der Sommermonate, in die so viele kirchliche Feste und Feiertag fallen, bot eine gute Möglichkeit, nicht nur an Sonntagen, sondern auch an Wochentagen irgendwo eine Kollekte zu halten. P. Bock hatte die entsprechenden Abmachungen mit den Pfarrern getroffen, wo wir Mission gehalten und auch an anderen Orten, wo er die Pfarrer kannte. In mehr als 20 Orten predigte Erzb. Maurer gelegentlich einer Abendandacht oder hielt ein feierliches Pontifikalamt am Morgen, oft fünf Predigten an einem Tag. So gestaltete sich sein „Kreuzzug" zu einem vollen Erfolg. […]

Am 29. 6. verließ Exzellenz wieder seine Saarheimat über Paris zum 36. Internationalen Eucharistischen Kongress in Rio de Janeiro. Bevor er seine Heimat verließ, hielt er noch eine ergreifende Abschiedsrede an „seine Saarländer" durch den Saarländischen Rundfunk. Diese An-

[20] Joseph Clemens Maurer (*1900 in Püttlingen-†1990 in Sucre), Erzbischof von Sucre (Bolivien) 1951-1978, Kardinal seit 1967.

sprache wurde ein zweites Mal eine Woche später vom Saarländischen Rundfunk übertragen.

[…]

Wahlkampf an der Saar

Auch der Heiligenborn ist von den Wogen dieses Kampfes umspült worden. Am 15. 9. fand eine heiß umstrittene CVP-Versammlung statt unter dem Vorsitz des Herrn Ministerpräsidenten Johannes Hoffmann, zu der auch P. Rektor Kreutz als Vertreter des Hauses und P. Niesen als Vertreter der Schule eingeladen waren. Das hat das Missfallen vieler Bouser Bürger hervorgerufen. Am Sonntag darauf nahm P. Rektor auf der Kanzel dazu Stellung.

Anschaffung eines Pkw

Endlich ging ein lang gehegter Wunsch in Erfüllung. P. Rektor entschloss sich, einen Pkw zu kaufen. Es wurde bei günstigen Bedingungen ein gebrauchter Peugeot erworben zum Preise von 450.000,– frs.

Visitatio extraordinaria

Vom 1.–4. 10. fand in unserem Hause die visitatio extraordinaria durch Adm. rev. P. Reimann (Provinzial der Wiener Provinz) und P. Werner als Sozius statt. Bezeichnend das Leitwort seiner Einführungsansprache[21]*: „Omnis homo mendax"!*

Neue Schränke in der Sakristei

Am 6. 10. kamen die längst ersehnten neuen Schränke für unsere Sakristei, die noch von einem Wohltäter gestiftet waren und von einer Saarbrücker Firma geliefert wurden. Stifter war eigentlich die Saarregierung. Wegen des politischen Wechsels gab es darum Zahlungsschwierigkeiten, weil die „neuen Verantwortlichen" sich an solche Geschenke nicht gebunden glaubten.

St. Gerhardsjubiläum

Der 200. Todestag des hl. Gerhard wurde heute (16. 10.) festlich begangen. […]

Am 17. 10. zeigte P. Loyo aus Dillingen (Weiße Väter) einen Missionsfilm aus den afrikanischen Missionen. Herrliche Buntaufnahmen zeichneten den Film aus. Es würde sich lohnen, diesen Film in einem öffentlichen Kino zu zeigen.

Am 19. 10. wurde an der Treppe zu unserem Parkplatz das Christophorus-Standbild errichtet, entworfen von Herrn Lehoczky, ausgeführt durch den Bildhauer, Herrn Simon.

Am 1. 11. wurde P. Luckas, der segensreich an der Saar gewirkt nach Geistingen versetzt, zur Vorbereitung auf die Sumba-Mission. Seine Verabschiedung soll spät sein. Aber schon jetzt wünschen wir ihm Gottes Segen bei seiner weiteren Missionstätigkeit. Für das Haus Bous ist sein Weggang ein Verlust.

Das Weihnachtsfest wurde in der herkömmlichen Form gefeiert. Aber so rechte Feststimmung wollte nicht aufkommen, da die Neuernennungen bevorstanden, die man bis zu Beginn des neuen Jahres erwartete.

3. Die Chronik über das Jahr 1956

Die Chronik des Klosters Heiligenborn der Redemptoristenpatres in Bous an der Saar über die Jahre 1956 bis 1959 wurde geschrieben von den Patres Benedikt Stein CssR und Rektor Lorenz Roosen CssR.

Vorderansicht der Gottes- und Trutzburg mit Hauptportal der Klosterkirche und Mariensäule (Lehoczky)
Foto: P. Johannes Wittenkämper

Es handelt sich um spannende Jahre in Kloster-, Orts- und Landesgeschichte: die Zeit nach der Volksabstimmung zum Saarstatut. Zugleich erhellen die Zusammenhänge mit der saarländischen Regierung Johannes Hoffmann und den Nachfolgeregierungen von Dr. Hubert Ney und Egon Reinert, der 1959 bei einem Autounfall ums Leben kam. Das Kloster rang um ein korrektes Verhalten mit den Nachfolgeregierungen der so genannten Heimatbundparteien (CDU, SPD, DPS), die gegen das Saar-Statut gekämpft und sich für eine „Rückkehr" des Saarlandes in die Bundesrepublik eingesetzt hatten.

Themen sind des Weiteren die Erweiterungsarbeiten des Klosters sowie die apostolischen Arbeiten, so etwa die Missionszeitschrift „Der Volksmissionar" (VM) und deren Verbreitung, permanente Finanznöte des Klosters, aber auch Planung und Bau des Redemptoristinnenklosters Heiligkreuz in Püttlingen. Dazu kommt der Schwimmbadbau in Bous unmittelbar in der Nähe des Klosters verbunden mit den schwierigen Verhandlungen mit Gemeinde, Landkreis und Landesregierung. Wir edieren im Folgenden das Jahr 1956 der Chronik.

Anno Domini 1956

31. Dezember 1955

Ende des Jahres 1955 wurde immer öfter die Frage gestellt: Wer wird in den kommenden drei Jahren die Geschicke des Hauses lenken?

[21] Aus Psalm 116, 11: Jeder Mensch ist ein Lügner.

Wird P. Kreutz wieder bestätigt oder folgt ein neuer Rektor? Der Silvesterabend des Jahres 1955 brachte die endgültige Gewissheit, nämlich die Obern-Ernennungen. P. Kreutz wird nach Bochum versetzt und an seiner Stelle P. Lorenz Roosen zum Rektor des Hauses Bous ernannt. Schon in der Silvesternacht wird der Satz geprägt, der in der Folge des Öfteren im Scherz wiederholt werden sollte: „Waren wir bisher gekreuzigt, so werden wir in Zukunft auf Rosen gebettet." Zum Admonitor wurde ernannt P. Egon Kauke und zu Konsultoren P. Peter Bock und P. Adolf Niesen.

Auch für das Juvenat bringt der Silvesterabend einen überraschenden Regierungswechsel. P. Kauke, der dem Juvenat als Direktor vorgestanden hatte, wird durch seinen Sozius, P. Adolf Niesen, abgelöst.

5. Januar 1956

Nachdem wir am Vorabend dem bisherigen Rektor P. Kreutz durch P. Minister Kauke unseren Dank für seine aufopferungsvolle Tätigkeit im Hause Bous ausgesprochen und bei einem Gläschen Wein Abschied gefeiert hatten, reist P. Kreutz zu seinem neuen Bestimmungsort nach Bochum. Schweren Herzens verlässt P. Kreutz die ihm lieb gewordene Wirkungsstätte. Um 14.30 Uhr trifft der neue Rektor ein, von Völklingen kommend, wo ihn P. Niesen mit unserem Wagen am Bahnhof abgeholt hatte. Das Interregnum war also sehr kurz. Am gleichen Abend wird er in sein Amt eingeführt.

8. Januar 1956

Treffen der Förderer und Förderinnen des VM im Kloster Heiligenborn. Sie waren in stattlicher Anzahl erschienen. Der VM ist im Saarland sehr verbreitet[22]*. Die Zahl der Bezieher beträgt über 9000, also ein Viertel der Gesamtauflage. Dass diese Zahl erreicht wurde, ist das Verdienst der Missionare auf den Saarmissionen; dass sie bisher in so hohem Maße gehalten wurde, ist das Verdienst der Förderer und Förderinnen in Zusammenarbeit mit P. Bock, der sie regelmäßig aufsucht und Kontakt mit ihnen hält. Er hatte auch das Treffen arrangiert.*

[…]

10. Januar 1956

Erste Hauskonsulta unter Leitung des neuen Rektors
Die Hausämter werden verteilt:

Minister: P. Josef Breuer
Subminister: P. Benedikt Stein
Bibliothekar: P. Wilhelm Mandel
Brüderpräfekt: P. Heinrich Claessen
Zelator[23]*: P. Heinrich Claessen*
Kirchenpräfekt I.: P. H. Claessen
II.: P. B. Stein
Krankenpräfekt: P. Egon Kauke
Gastpater: P. Peter Bock
Chronist: P. Benedikt Stein
Aufwecker: Br. Gottfried
Sakristan: Br. Antonius
Pförtner I.: Br. Antonius
Pförtner II.: Br. Cajetan
Leiter der Moralkonferenz: P. Rektor
Leiter der aszetischen Konferenz: P. Mandel
Leiter der liturgischen Konferenz: P. Claessen

11./12. Januar 1956

Antrittsbesuche des Rektors beim Pfr. Dr. Eduard Arens von Bous und bei befreundeten Pfarrern: Pfr. Ernst Laub von Saarwellingen[24]*, Pfr. Hugo Welter von Reisbach und Pfr. Josef Loris von Nalbach.*

[…]

18. Januar 1956

Geld einsparen! Für Kloster Heiligenborn eine eiserne Notwendigkeit. Deshalb begibt sich P. Rektor zum Generalsekretariat der Saarbergwerke, zu zwecks unentgeltlicher Zuteilung von Kohlen. ist Franzose, aber ein kernkatholischer Mann, dem Kloster sehr wohlwollend gesinnt. Durch seine Vermittlung hatten wir schon wiederholt Freikohle erhalten, bis zu 30 t. Er versprach auch diesmal, sich für uns einzusetzen. Am gleichen Tag macht P. Rektor einen Besuch bei dem Beauftragten des Hl. Vaters für das Saarland, dem Apostolischen Visitator Msgr. Schulien. Er ist gebürtiger Saarländer, stammt aus Altenkessel und gehört der Genossenschaft der Steyler Missionare an. Bis zu seiner Berufung zum Apostolischen Visitator war er an der Vatikanischen Bibliothek in Rom tätig. Seine Aufgabe ist jetzt wohl die, Auge und Ohr des Hl. Vaters zu sein, Beobachter der politischen Weiterentwicklung des Saarlandes.

4. Februar 1956

P. Rektor und P. Minister fahren nach Trier, um dem Hochwürdigsten Herrn Bischof Matthias Wehr einen Antrittsbesuch zu machen.

15. Februar 1956

Beginn der Mission in Steinberg bei Wadern, unter Pfarrer Pülske, P. Roosen (Praedicans) und P. Egon Kauke (Confessarius). Steinberg war eine sehr erfolgreiche Mission. Von den 1100 Seelen haben 855 gebeichtet. Nur drei bis vier Personen haben sich ausgeschlossen. Während der Mission herrschte eine grimmige Kälte in dem hochgelegenen Ort, die vor allem im Pfarrhaus zu spüren war, das frei lag und sich mit seinen vier Außenwänden schlecht heizen ließ. Sämtliche Wasserleitungen waren zugefroren; die Missionare haben in den Wochen kein fließendes Wasser zu sehen bekommen, was nicht gerade sehr angenehm war.

19. Februar 1956

Beginn der Missionserneuerung in Völklingen-Heidstock unter Pfarrer Masselter, gehalten von den Patres Breuer, Bock und Stein. Die Pfarrei hat etwa 4000 Seelen. Etwa 1000 haben die hl. Sakramente empfangen. Eine Ehe wurde geordnet.

22. Februar 1956

Der Besuch bei Herrn Direktor Montaut trägt seine Früchte. Sie sind zunächst noch bescheiden. Herr Direktor teilt P. Rektor mit, dass er dem Wunsch nicht entsprechen kann, den Jahresbedarf des Klosters im Landabsatz zu decken, d.h. Kohlenbezug unmittelbar ab Grube, da die vom Kloster benötigten Kohlen in das ausgesprochene Gebiet des Kohlenhandels fielen. In Anbetracht der prekären Lage sowie der hohen Zielsetzung des Klosters verspricht er, zu gegebener Zeit eine Kohlensubvention ins Auge zu fassen.

---

[22] Zur Mission im Saarlouiser Stadtteil Roden, die in der Chronik gar nicht figuriert, aber vor Ort stattgefunden hat, was Rodener Quellen (Fotos und Texte) belegen: GERGEN, Die Bouser Patres machten Dampf – Missionswoche in Roden vor 70 Jahren. In: Rodener PRISMA Heft 11 (2021), S. 26-27.

[23] Gehilfe (des Novizenmeisters).

[24] Zu seiner Vita: 100 Jahre Pfarrkirche St. Blasius und St. Martinus Saarwellingen, Jubiläumsband 2000, hg. von der Katholischen Pfarrgemeinde, Saarwellingen 2000, S. 234 (Ernst Medard Maria Laub).

4. März 1956

Beginn der Missionserneuerung in Bubach/Saar, unter Pastor Heinrich Groß, gehalten von P. Breuer und P. Bock. Die Mission war im Jahre vorher von uns gehalten worden. Der Predigtbesuch war gut. Etwa 900 Beichten wurden gehört. 1000 Kommunionen wurden ausgeteilt. Die Pfarrei hat eine Gesamtzahl von fast 2000 Seelen.

7. März 1956

In Köln-Ehrenfeld, St. Mechtern, eröffnet heute P. Rektor die Kindermission. Die Erwachsenenmission, zu der noch P. Scholten als Missionsleiter und P. Anton Beilenhoff hinzukommen, beginnt Samstagabend, den 10. März.

25. März 1956

Schluss der Mission in Köln-Ehrenfeld, St. Mechtern. Das Ergebnis war nicht überwältigend. Bei 7000 Seelen hatten wir 1200 Beichten. Die aber teilgenommen haben, haben gut mitgemacht und zeigten echte Begeisterung, wovon nicht zuletzt die hohe Kollekte von 2.500 DM Zeugnis ablegte.

3. April 1956

Bruder Antonius, der in Bous einige Jahre die Pforte und Sakristei versehen hatte, verlässt uns, um nach Rheine überzusiedeln. Als Ersatz erhalten wir Bruder Alfons aus Rheine, der sogleich dieselben Ämter übernimmt.

11. April 1956

Beginn der Mission in Nievenheim bei Neuß unter Pfarrer Knor, Kaplan Bootz, gehalten von den Patres Roosen, Amshoff und Wieland. Die Pfarrei hat 2700 Seelen. Insgesamt haben 1311 Gläubige gebeichtet, davon 145 Kinder. Etwa 3000 bis 4000 Kommunionen wurden ausgeteilt. Nievenheim ist bekannt als einer der wenigen Herrenwallfahrtsorte. Man verehrt dort seit Jahrhunderten eine Statue des Sanctissimus Salvator.

4. Mai 1956

Erste Fühlungnahme mit der neuen Regierung. P. Rektor begleitet von P. Flesch und P. Christ, machen einen Besuch bei Kultusminister Reinert. Eine sehr delikate Sache! Der ehemalige Ministerpräsident Johannes Hoffmann (CVP) war ein großer Freund und Gönner unseres Hauses gewesen. Er hatte dem Kloster zahlreiche finanzielle Unterstützungen gewährt, die den Bau des Hauses erst möglich machten. Am 23. Oktober 1955 jedoch hatte sich das Saarland in der Abstimmung über das Europäische Saarstatut gegen die Politik der Regierung Hoffmann ausgesprochen. Es missbilligte die politische und wirtschaftliche Abtrennung des Saarlandes von Deutschland und forderte die Rückkehr in die Bundesrepublik. Am Abend des 23. Oktober 1955 trat die Regierung Hoffmann zurück und machte einer provisorischen Regierung Platz, die im Dezember, nach den Landtagswahlen, durch eine Heimatbundregierung (CDU, DPS, SPD) abgelöst wurde. Ministerpräsident wurde der Vorsitzende der CDU Saar, Dr. Hubert Ney. Die CVP wurde in die Opposition gedrängt. Damit entstand für Kloster Heiligenborn eine schwierige Lage. Das Haus stand noch mitten im Aufbau. Der Rohbau des Nord- und Ostflügels war vollendet, es fehlte aber noch die Inneneinrichtung, Vergipsung, Fußböden, ja zum großen Teil noch Fenster und Türen. Die Schulden des Hauses waren ins Unermessliche gestiegen. Im Februar des Jahres 1956 betrugen sie mindestens 44 Millionen Französische Franken (FF), das waren zu der Zeit mehr als 440.000 Deutsche Mark. Davon waren 30 Millionen FF Staats- und Bankschulden, 20 Millionen Darlehen der Saarländischen Regierung, 10 Millionen Landesbank und Girozentrale Saar und 14 Millionen FF Schulden bei privaten Gläubigern. Die Gläubiger, vor allem die kleineren Firmen forderten dringend ihr Geld. Die Konten, die dem Hause für den Bau zur Verfügung stehen, belaufen sich im Februar auf nur 3,5 Millionen FF. Dann die bange Frage: Wie leisten wir Zinsen und Amortisation für die Staats- und Bankschulden? Wird es so weitergehen wie bisher? Die Regierung Hoffmann war bereit, Zinsen und Amortisation für diese Darlehen zu zahlen. Wird die neue Regierung das auch tun? Das war noch sehr ungewiss. Aber selbst wenn sie es tat, woher die Mittel nehmen, um den Bau weiterzuführen? Das waren ernste Sorgen der Obern in dieser Zeit. Ohne finanzielle Zuschüsse war die Sache hoffnungslos. Deshalb war die Fühlungnahme mit der neuen Regierung unerlässlich. Der Besuch bei Kultusminister Reinert, einem der versöhnlichsten Männer der Heimatbundregierung, ließ einen Hoffnungsschimmer aufleuchten. Der Minister unterrichtete P. Rektor zunächst darüber, dass Staatszuschüsse nicht über die Diözesen, sondern direkt an die Orden erfolgen. Er ließ jedoch durchblicken, dass die neue Regierung nicht ohne weiteres bereit sei, Kloster Heiligenborn solche Zuschüsse zu gewähren.

Die Benediktinerabtei Tholey, die eine ähnliche Haltung der Regierung Hoffmann gegenüber eingenommen hatte, hatte bereits eine positive Antwort. P. Flesch und P. Christ jedoch konnten mit ihrem Anliegen nicht durchdringen. Sie wollten vorfühlen, ob für den Bau des neuen Redemptoristinnenklosters Heilig Kreuz in Püttlingen/Saar staatliche Zuwendungen möglich seien. Der Minister erklärte, dass dies nicht möglich sei, da hier ein Titel fehle wie „gemeinnützig", „karitativ", „sozial".

13. Mai 1956

Tag der Gemeinde- und Kreisratswahlen im Saarland. Für die Gemeinde Bous bringt er einschneidende Änderungen. Die Heimatbundparteien erringen die Mehrheit im Gemeinderat. Von den 23 Sitzen erhält die CDU sieben, die DPS sechs, die SPD drei. Die Heimatbundparteien haben also 16 Sitze im Gemeinderat. Die CVP steht mit sechs Sitzen in der Opposition. Ein Sitz fällt an die KP. Diese politischen Veränderungen in der Gemeinde werden für Kloster Heiligenborn in der Zukunft von Bedeutung sein, vor allem in der Frage des Schwimmbades, worüber später berichtet wird.

15. Mai 1956

P. Rektor wendet sich wieder an das Generalsekretariat der Saarbergwerke, an Herrn Direktor Montaut. Derselbe hatte uns in einem Schreiben vom 22. Februar eine Kohlensubvention in Aussicht gestellt. P. Rektor legt die schwierige finanzielle Lage des Klosters dar und bittet um Gewährung einer Subvention für das kommende Kohlenjahr.

23.Mai 1956

P. Egon Kauke, ehemaliger Minister, Bauleiter und Juvenatsdirektor in Heiligenborn verlässt uns, um nach Trier überzusiedeln. Er hat den Auftrag, den Tarzisiusbund[25] und den Religionsunterricht an der Berufsschule zu übernehmen. Kloster Heiligenborn, bei dessen Aufbau er tatkräftig mitgewirkt hat, wird ihm ein dankbares Andenken bewahren.

[25] Tarzisius = der Mutige lebte in der zweiten Hälfte des 3. Jahrhunderts in Rom und half beim Kommunion-Austeilen nach den Messen an Kranke, die diese nicht besuchen konnten. Er ist Patron von Jugendgruppen und Ministranten.

27. Mai bis 3. Juni 1956

Missionserneuerung in Irrel, Bezirk Trier, unweit der luxemburgischen Grenze[26]*. Vom Hause Bous wirkt P. Rektor mit. Unglücklicherweise fiel die Arbeit in die Heuernte, so dass der Besuch der Predigten zu wünschen übrig ließ. Versöhnt aber wurden die Missionare durch den guten Sakramentenempfang am Ende der Erneuerungswoche.*

16. Juni 1956

P. Rektor spricht in der Präsidialkanzlei in Saarbrücken betreffs der Schulden von Kloster Heiligenborn vor.

17. Juni 1956

Großer Festtag in Kloster Heiligenborn. Die neue Mariensäule bei der Auffahrt zum Kloster wird eingeweiht, zugleich Patrocinium des Klosters, das Fest der Mutter von der immerwährenden Hilfe. Die neue Statue wurde von hochherzigen Wohltätern gestiftet. Entworfen wurde sie von dem ungarischen Architekten Georg Lehoczky, wohnhaft Saarbrücken, der Kloster und Kirche Heiligenborn erbaut hat. Der bekannte Bildhauer Nikolaus Simon aus Saarlouis hatte die Ausführung übernommen. Das Werk ist vorzüglich gelungen. Säule und Statue, aus Metzer Kalkstein sind wie aus einem Guss. Die Mariensäule hat eine Höhe von 8,25 m. Bildhauer Simon hatte übrigens früher schon einen Namen. So hat ihn der „Reichsmarschall" des tausendjährigen Reiches, Hermann Göring, zu Arbeiten in seinem bekannten „Carinhall"[27] *herangezogen.*

[…]

20. Juni 1956:

Besuch des ehemaligen Ministerpräsidenten Johannes Hoffmann im Kloster. Bereits am 31. Januar d.J. hatte P. Rektor an den ehemaligen Ministerpräsidenten ein Schreiben gerichtet, in dem er sich vorstellte und darum bat, von ihm empfangen zu werden. Am 8. März d.J. antwortete dieser und versprach, P. Rektor einen Termin mitzuteilen. Am 20. Juni erschien der Ministerpräsident gegen 10.45 Uhr im Kloster und verblieb ungefähr anderthalb Stunden im Kreise der Gemeinde.

27. Juni 1956

P. Rektor spricht im Finanzministerium wegen der Schulden des Hauses vor. Ein bitterer Gang! Aber Regierungsrat Leistenschneider, mit dem die Besprechung geführt wurde, zeigt Wohlwollen und Verständnis. […]

4. August 1956

Nun beginnt für Kloster Heiligenborn eine unerquickliche Geschichte. Bereits vor dem Krieg war in der unmittelbaren Nähe des Klosters ein Schwimmbad gewesen. Zweifellos war die Lage äußerst günstig. Im Kriege wurde dieses Schwimmbad zerstört. Bei der Gründung des Klosters hatte man mit der Möglichkeit gerechnet, dass dieses Schwimmbad wieder aufgebaut werden könnte. Der damalige Gemeinderat von Bous gab jedoch das Versprechen ab, das Bad an dieser Stelle nicht mehr aufzubauen. ließ das Schwimmbad noch zuwerfen, um jede Möglichkeit einer Neuerrichtung auszuschließen. Nach den Gemeinderatswahlen, die den Heimatbundparteien im Gemeinderat die Mehrheit brachten, wurde jedoch die Schwimmbadfrage wieder aufgeworfen. Der CVP wurde zum Vorwurf gemacht, dass sie hier etwas Wesentliches für die Volksgesundheit versäumt habe, nämlich die Errichtung eines neuen Schwimmbades für Bous. Die Heimatbundparteien waren entschlossen, ein neues Schwimmbad zu bauen. Doch an welcher Stelle? Die Wahl fiel schließlich auf das frühere Gelände in der unmittelbaren Nähe des Klosters, mit der Begründung, dass sonst kein brauchbares Gelände gefunden werden konnte. So macht der P. Rektor am 4. August d.J. einen ersten Besuch, um über die Schwimmbadfrage zu verhandeln.

11. August 1956

Als Anlieger haben wir ja ein Mitspracherecht. P. Rektor soll seine Unterschrift auf die Baupläne setzen. Doch er lehnt ab und erklärt, dass es ihm nicht möglich sei, in dieser Sache eine Zusage zu geben.

[…]

22. August 1956

In Bous wurde das Gerücht verbreitet – von welcher Seite ist nicht bekannt – dass die Patres gar nicht gegen das Schwimmbad seien. Auch in Zeitungsartikeln herrschte Unklarheit über die Meinung der Patres. Dem trat P. Rektor entgegen, indem er öffentlich den Standpunkt des Klosters darlegte. Am 22. 8. erschien in der CDU-Zeitung „Saarbrükker Neueste Nachrichten" und am 23. 8. im Organ der CVP, in der „Saarländischen Volkszeitung" (SVZ), und in der neutralen „Saarbrücker Zeitung" ein Artikel von P. Rektor, der klar den Standpunkt des Klosters in der Frage des Schwimmbades erläuterte, dass wir nämlich niemals unsere Zustimmung zu diesem Plane geben werden.

23. August 1956

Ohne weitere Verhandlungen zu führen, beschließt der Bouser Gemeinderat mit den Stimmen der Heimatbundparteien gegen die Stimmen der CVP, das Schwimmbad wieder an der alten Stelle zu errichten.

24. August 1956

Die CVP-Fraktion im Gemeinderat mit dem früheren Bürgermeister Gier an der Spitze macht im Kloster einen Besuch und berichtet P. Rektor den Beschluss des Vortages.

26. August 1956

P. Generalkonsultor Pohl stattet dem Kloster einen Besuch ab. Schon am folgenden Tag nimmt er wieder von uns Abschied.

28. August 1956

In einem Schreiben an den Landrat von Saarlouis erhebt P. Rektor Einspruch gegen die Errichtung eines Freibades in der unmittelbaren Nähe des Klosters. Im einzelnen führt er aus:

I. Unserem Kloster erwachsen durch das Freibad erhebliche Nachteile und Belästigungen:

1. Das Freibad grenzt unmittelbar an unser Grundstück und ist vom Westflügel unseres Hauses nur etwa 150 m Luftlinie entfernt. (Nachträgliche Messungen haben ergeben, dass die Entfernung sogar nur 125 m beträgt.). Der Lärm, den ein Badebetrieb notwendig mit sich bringt, steigt in voller Stärke vor allem nach

[26] GERGEN, Sichtbarkeit und Überwindung von Grenzen bei der Geschichtsschreibung: Der Kultur- und Rechtsraum von SaarLorLux (Saarland, Lothringen, Luxemburg). In: 100 Jahre Universität Posen/Poznan, Festschrift (Hg.), Visual aspects of academic traditions and law teaching/Visuelle Aspekte akademischer Traditionen und Rechtslehre, 2022.

[27] Benannt nach Görings erster Frau Carin. Carinhall liegt in Schorfheide/Nordbrandenburg.

oben. Dadurch wird der Gottesdienst in der Klosterkirche gestört. Außerhalb des Gottesdienstes werden Pilger und Besucher der Klosterkirche, die sich zu allen Tageszeiten einfinden, gestört und belästigt.

2. *Mit unserem Kloster ist ein vom Kultusministerium genehmigtes Internat verbunden. Sämtliche Klassen und Studiensäle und die Kapelle der Jungen liegen nach der Seite des Schwimmbades. Unterricht, Privatstudium und Gottesdienst werden nach dem einmütigen Urteil der weltlichen und geistlichen Lehrkräfte und Erzieher erheblich gestört.*
3. *In gewisser Weise wird sogar unsere Daseinsgrundlage vernichtet. Ein vorhandenes Freibad hätte den Plan zu einem Klosterbau an der jetzigen Stelle im Keime zerstört. Er wäre nie ausgeführt worden. Wir behaupten darum, gestützt auf BGB, RG 159, 140*[28] *die Rechtswidrigkeit des Freibades.*
4. *Die Nachteile und Belästigungen sind dem Kloster und Internat Heiligenborn nicht zumutbar, da für das Freibad absolut keine Notwendigkeit im Interesse der Volksgesundheit vorliegt. Es befinden sich genügend Freibäder in der Nähe: Ensdorf, Völklingen, Wadgassen. Das Freibad von Wadgassen liegt sogar für die meisten Bouser näher als das am Heiligenborn geplante.*

II. *Nicht nur für das Kloster, auch für die Allgemeinheit bedeutet das Freibad an dieser Stelle eine große Belästigung im Sinne des oben genannten Gesetzes: Nur eine Minderzahl denkt wirklich daran, hier dem Schwimmsport zu huldigen. Man schätzt 5% der Erwachsenen und 20% der Jugendlichen, wenn man die umliegenden Bäder zum Vergleich heranzieht, die übrigens große Zuschussobjekte sind. Weite Kreise des Volkes hingegen ohne Unterschied der Konfession und Parteizugehörigkeit sind empört, dass in unmittelbarer Nähe des Klosters ein Freibad errichtet werden soll. Das gesunde Volksempfinden hält das Vorhaben für unschicklich, geschmacklos und für eine Verletzung seiner religiösen Gefühle. Die Klosterleitung hat nicht zuletzt deswegen in der Tagespresse*[29] *gegen das Freibad am Heiligenborn Stellung genommen. Sie hat auch dem Ordensprovinzialat in Köln und dem Ordensgeneralat in Rom Mitteilung gemacht. Weitere Schritte sind geplant. Wir bitten darum den Herrn Landrat, die Genehmigung zum Bau des Freibades an der fraglichen Stelle nicht zu erteilen.*

gez. P. Lorenz Roosen, Rektor

30. August 1956

Die Saarbrücker Zeitung bringt wiederum einen Artikel eines Gemeinderatsmitgliedes, in dem dargelegt wird, dass die Errichtung eines Freibades für Bous nur an dieser Stelle möglich sei, da andere Gelände, die eventuell in Frage gekommen wären, sich als ungeeignet erwiesen hätten. Wenn also die Gemeinde Bous auf die Errichtung des Schwimmbades in der Nähe des Klosters verzichtet, dann muss sie überhaupt auf ein Schwimmbad verzichten.

1. September 1956

P. Rektor veröffentlicht wiederum einen Artikel, den die SVZ am 1. 9. und die Saarbrücker Zeitung am 3. 9. bringt, dass Kloster Heiligenborn zu dem geplanten Freibad niemals sein Einverständnis gegeben hat und auch nicht geben wird. Diesen Artikel haben die Saarbrücker Neuesten Nachrichten (CDU-Blatt) nicht mehr gebracht.

2. September 1956

Ende des Kölner Katholikentages. Pontifikalamt und Schlusskundgebung auf dem Gelände des Köln-Müngersdorfer Stadions rechts der Aachener Straße, wenn man von Köln kommt. P. Rektor nahm daran teil. Durch Rundfunklautsprecher wurde eine Ansprache Papst Pius XII. aus Rom übertragen. Persönlich anwesend war unter vielen kirchlichen und weltlichen Würdenträgern Bundeskanzler Dr. Adenauer, der auch das Wort ergriff. Dabei kam es zu einem amüsanten Zwischenfall. Der Kanzler bedauerte in seiner Rede, dass die päpstlichen Enzykliken zu wenig bekannt gemacht worden seien. Kardinal Frings von Köln, den ohnehin mit Adenauer nicht gerade Herzensfreundschaft verbindet, fasste dies als eine Spitze auf und verteidigte nun mit beredten Worten die kirchenbehördlichen Bemühungen um die Verbreitung der päpstlichen Rundschreiben, so dass man ein Lächeln über das verschmitzte Klingenkreuzen der beiden Spitzenmänner nicht verkneifen konnte.

Kardinal Frings sprach dann auch das Schlusswort, wobei er seinen Humor spielen ließ und den richtigen Kölner Ton traf, der aller gestelzten Feierlichkeit abhold ist. Aber nicht nur die Kölner, alle Anwesenden fühlten sich angesprochen und mussten ihm lachend Recht geben, als er zum Schluss sagte: „Der Worte sind genug gewechselt, nun lasst uns endlich Taten sehen!" Nach der Kundgebung erfolgte die große Abfahrt der geistlichen und weltlichen Prominenz, die in lack- und chromblitzenden Wagen davon rauschte. Dabei passierte die kleine Panne, dass man den berühmten Abbé Pierre von Paris, den Vater der Strolche und Clochards, der zu den Auslandsgästen zählte, vergaß. Während die Prälaten in wohlgefederten und –gepolsterten Luxuslimousinen ins „heilige Köln" zurückgetragen wurden, musste er, den man den Franziskus unserer Tage genannt hat, die endlose Aachener Straße zu Fuß gehen. Doch soll sich nachher ein Polizeiwagen seiner erbarmt haben.

Eine andere Panne des Kölner Katholikentages, von der der Bouser Teilnehmer erfuhr, war die falsche Vorausschätzung des Kommunionempfanges beim Pontifikalamt am Schlusssonntag. Es sollten ca. 20.000 Species, jedenfalls aber eine enorme Zahl, übriggeblieben sein. Man hatte seine liebe Not, sie nachher auf eine Reihe von Kölner Kirchen zu verteilen.

16. September 1956

Mit dem Bau des Redemptoristinnenklosters Heilig Kreuz in Püttlingen wird ernst gemacht. Nachdem die Hauskollekte im Saarland stattgefunden hat, sind etwa ein Drittel der notwendigen Gelder vorhanden. So kann der erste Spatenstich gemacht werden. P. Reinstadler, der erste Rektor von Heiligenborn, dem die Leitung des Baues obliegt, lädt P. Rektor Roosen zu dieser Feier ein. Sie findet am Sonntag nach dem Feste Kreuzerhöhung statt, an dem ohnehin viele Püttlinger in einer großen Kreuzprozession oder als Einzelpilger zur Kreuzkapelle neben dem Bauplatz des neuen Redemptoristinnenklosters ziehen. So fehlt es nicht an Publikum. Auf dem Bauplatz, einem Wiesenhang,

[28] Damit gemeint sind bürgerlich-rechtliche Ansprüche gestützt auf BGB und die Reichsgerichtsjudikatur, genauer gesagt das Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen im Band RGZ 159, S. 129 ff. und insbesondere S. 140. Dort ging es darum, dass es durch Immissionen (hier konkret ausgehend vom Schwimmbad) zu einer Zerstörung der wirtschaftlichen Lebensbedingungen des Nachbarn kommt oder dass in einer Wohngegend ein Haus sogar gänzlich unbenutzbar wird (Kloster Bous).

[29] Vgl. Saarbrücker Neueste Nachrichten v. 22.8.56, Saarbrücker Zeitung v. 23.8.56 und Saarländische Volkszeitung v. 23.8.56.

steht ein hohes, aus einfachen Fichtenstämmen zusammengefügtes Kreuz und eine schlichte Rednertribüne; sonst ist noch nichts zu sehen. Die Feier besteht aus Liedern, Gebeten, Predigt des Hochwürdigsten Herrn Abtes Dr. Petrus Borne von Tholey, Bauplatzsegnung und Aufruf zum ersten Spatenstich. Den eigentlichen ersten Spatenstich tat der Abt von Tholey. Aber dann folgten noch mindestens ein Dutzend „erste" Spatenstiche. P. Reinstadler rief nacheinander die Pfarrer von St. Sebastian, Liebfrauen und St. Bonifatius auf, dann noch andere geistliche und weltlichen Herren. Wen er vergaß, das war der Rektor von Heiligenborn, der kein auffallender Punkt im Gelände war, dazu, von der Menschenmasse umrandet, leicht übersehen wurde. Erst im letzten Augenblick wurde er auf ihn aufmerksam und drückte ihm noch schnell den Spaten in die Hand, mit dem der demutsvolle Mann dann auch noch eine Erdbewegung zugunsten der schwesterlichen Neugründung vornahm.

23. September 1956

Der ehemalige Ministerialdirigent Schlehofer, der unter der Regierung Hoffmann diesen Posten bekleidet hatte und dem wir ungeheuer viel verdanken, stattet auf Einladung von P. Rektor dem Kloster einen Besuch ab. Er lebt mit seiner Familie, von der Politik völlig zurückgezogen, in Saarbrücken […].

30. September 1956

Beginn der Religiösen Woche in Essen-Altenessen, Herz Mariä, vom 30. 9. bis 7. 10. unter Pfarrer Trimborn und Kaplan Bruder Missionar P. Lorenz Roosen. Die Religiöse Woche wurde gehalten aus Anlass des zehnjährigen Bestehens der Pfarrei. Seelsorglich weist die Pfarrei schwierigste Verhältnisse auf: noch keine Tradition, große Wohnungsnot. Ein Teil der Leute wohnt in sog. „Nissenhütten". Merkwürdiges Nebeneinander von Komfort und Elend. Ein Nissenhüttenbewohner hatte schon einen Fernsehapparat und in einem erbärmlichen Schuppen neben der Hütte sogar ein Auto. Wie bunt zusammengewürfelt das Völkchen war, konnte man aus dem Namen eines Wohnblocks erschließen. Er hieß „Kleinasien"! In früheren Jahren war dieser Teil von Altenessen eine rote Hochburg. Von dort gingen die kommunistischen Propagandazüge aus. Während der Religiösen Woche gab es einen massiven Raubüberfall auf eine nahegelegene Trinkhalle, als die Besitzer gerade ihre Tageseinnahmen zählten. Der Erfolg der Woche war, wie kaum anders zu erwarten, recht bescheiden. Die Pfarrei zählt ungefähr 3000 Seelen. 91 Beichten wurden gehört. Bei der Gemeinschaftskommunion am Schlusssonntag kommunizierten allerdings mehrere Hundert.

[…]

28. Dezember 1956

P. Rektor begibt sich zum Finanzministerium, um in der Schuldenfrage zu verhandeln. Zugleich spricht er beim Ministerium für öffentliche Arbeiten vor, um zu sehen, wie es mit der Schwimmbadfrage steht.

29. Dezember 1956

Die Schwimmbadfrage drängt. Jede Möglichkeit muss ausgenutzt werden. P. Rektor bittet P. General, bei Ministerpräsident Ney zu intervenieren, damit er den geplanten Bau verhindere. Er legt den Entwurf eines Schreibens bei, das P. General an den Ministerpräsidenten richten soll. Dort werden noch einmal alle Gründe aufgeführt, die gegen die Errichtung des Schwimmbades geltend gemacht wurden.

30. Dezember 1956

Das Kloster Heiligenborn entbietet Ministerpräsident Ney seine Glückwünsche zum Neuen Jahr.

Apostolische Arbeiten des Jahres 1956

Außer den Missionen und Missionserneuerungen, die vom Hause Bous gehalten wurden, hat das Haus im vergangenen Jahr neun Aushilfen bei Missionen oder Missionserneuerungen übernommen. In der Klosterkirche wurden 89 Predigten gehalten und 157 auswärts. 168 Brautpaare wurden in unserer Kirche getraut.

Bauarbeiten des Jahres 1956

Trotz der schwierigen finanziellen Lage des Klosters ging der Ausbau des Nord- und Ostflügels, wenn auch langsam, so doch stetig weiter. Im Juvenat wurde der untere Korridor, der bisher mit einem staubfängerischen Rauputz versehen war, vergipst. Die ehemalige Kapelle wurde in ein großes Besuchszimmer umgewandelt. Aus der ehemaligen Sakristei und dem daneben befindlichen Sprechzimmer wurde ein Raum hergerichtet, der als Lehrerzimmer dienen soll. Der Vorraum zur Juvenatspforte wurde in Gussantik verglast. Im Neubau (Nordflügel) wurden die Zimmer vergipst, der Bodenbelag gelegt. Die großen Fenster im Treppenhaus wurden in Gussantik verglast. Kurz vor Weihnachten werden die Treppengeländer für den großen Treppenaufgang fertiggestellt.

Im Neubau Ostflügel wurden die Fenster verglast, die Heizung gelegt, die kleine Treppe von der Klosterpforte zum Oratorium fertiggestellt. Die Zimmer des Erdgeschosses und der ersten Etage wurden vergipst. In das untere große Korridorfenster an der Ostseite wurde das Christusfenster aus der alten Kapelle in Bleiverglasung eingesetzt.

Ende des Jahres 1956

4. Fazit

Nur ein Blick in die Originalquelle der genannten Jahre belegen den Zusammenhang zwischen Volksmission auf kommunaler und Landesebene wie auch die Internationalen Bezüge nach Bolivien über das Bistum Trier und den Erzbischof Kardinal Josef Maurer. Das apostolische Wirken des Klosters Bous war aus den Anfängen der jungen saarländischen Demokratie (Saar-Verfassung vom 15. Dezember 1947[30]) nicht mehr wegzudenken. Politik und Kirche waren innig verzahnt, da auch die entscheidungstragenden Politiker selbst kirchlich geprägt waren.

[30] GERGEN, Die saarländische Verfassung von 1947: Landesgrundgesetz mit Frankreich-Präambel. In: Die Saar 1945-1955: Ein Problem der europäischen Geschichte - La Sarre 1945-1955: Un problème de l'histoire européenne. Hrsg. von Rainer Hudemann, Raymond Poidevin † und Armin Heinen. Unter Mitarbeit von Thomas Kees. 3. maßgeblich erweiterte Auflage. München: de Gruyter Oldenbourg 2022.

Evolution of Peace: from Social Value to Legal Axiom*

*Mohammad Alipour***

Abstract

Peace, as one of the transcendental values of human societies, has been undergone a complete transformation in the international community. This study seeks to find out the processes of evolution of peace in history of international law. The concept of peace, initially, has been considered as a social value that should be protected. At the early time, peace was understood as absence of war but without having legal enforcement, realization of peace could not be actualized. Thus, peace was upgraded to a legal norm to be more effective. However, since the norm of peace enjoyed the same degree of other legal principles, possibility of to be overridden by these principles has diminished function of peace. Hence, following the Second World War, norm of peace has been revamped to legal axiological maxim that not only has higher degree but also causes necessary changes in international order.

Keywords: *peace; absence of war; humanism; States.*

1. Peace in ancient time and middle age

International society have always dreamed realization of universal peace. In past times, peace has been not understood as an independent concept but peace and war have been treated as correlative concept. Except contemporary times, waging war had been a legitimate tool in order to reach out any aims. Hence, natural status is the best term illustrate the relations among the international actors. Hobbes characterized the state of nature as "a condition of desires and passions that creates distrust and universal enmity among people in a realm where nothing is unjust" [1]. In the state of nature "the notions of Rights and Wrong, Justice and Injustice have there no place".[2] The natural state is a state of war that "consist not in actual fighting; but in the known disposition thereto." [3] It is a situation in which everyone or group is ready to fight with the others.[4] All kinds of atrocities and generations of hatred between the communities were unpleasant outcome of warfare. When this period has been stopped, the term peace has been used and given to the fact that war was usually ended up by ceasefire agreement and begging period of peace, peace was understood as absence of war. In the early ages, the thinkers raised the theory of just war in order to limit waging war. According to Augustine, there would not be truly earthly peace as long as mankind exist in a state of sin (human interest for the inferior pleasures of the materialistic world rather to the higher, spiritual pleasures).[5] "Final peace is where human being shall be freed from both sin and death".[6]

To build earthly peace, Augustine did not fully forbid waging war. War would not be a sin, if: (a) waged by a public authority; (b) for the purpose of punishing wrongdoers; and (c) with the intent of securing peace and helping the good or avoiding evil. Thus, for him, not only war should not be completely prohibited but in certain circumstances [7] realization of earthly peace is conditioned to waging war. He pointed out " the earthly city desires earthly peace, albeit only for the sake of the lowest kind of goods; and it is that peace which it desires to achieve by waging war." [8] The first criterion for a just war is legitimate motivation; the establishment or preservation of earthly peace and public authorization [9] as the second criterion includes two situations; self-defense and offensive war when "if some nation or some

* This paper is taken from my thesis titled 'The Security Council Response to Mass Atrocities: A Crossroads of Law and Reality'.

** Mohammad Alipour, Department of International and European Law, Faculty of Law and Political Science, University of Szeged, Hungary, email: md_alipoor@yahoo.com

1 HENDERSON, J. Y., The context of the state of nature. In: *Reclaiming Indigenous voice and Vision*, 2000, p. 16.

2 HOBBES, T., *Leviathan.* In: MACPHERSON, C.B. (ed.), New York, 1968, p. 187-188.

3 Ibid, p. 186.

4 HENDERSON, The context of the state of nature. Ibid.

5 BUSEK, R., Defenders of the Faith: Augustine, Aquinas, and the Evolution of Medieval Just War Theory. In: *Saber and Scroll*, vol.2, Nr. 1,2013, p. 11.

6 LANGAN, J., The elements of St. Augustine's just war theory. In: *The Journal of Religious Ethics*, vol. 12, Nr. 1, 1984, p. 29.

7 AUGUSTINE, *Letters*, Volume 4 tr. Parsons, S. W.(tr.) (The Fathers of the Church, Volume 30). Washington, 1955, p. 26.

8 AUGUSTINE, *The City of God against the Pagans*. DYSON, R.W. (ed. and tr.), Cambridge, 1998, p. 639; KACZOR, C., *Thomas Aquinas on Faith, Hope, and Love: A Summa of the Summa on the Theological Virtues*. Washington, 2020, p. 229.

9 Ibid. Also, LANGAN, The elements of St. Augustine's just war theory, cit. p. 23.

state which is warred upon has failed either to make reparation for an injurious action committed by its citizens or to return what has been wrongfully appropriated."[10] At the end, Augustine concluded: "A great deal depends on the causes for which men undertake wars, and on the authority they have for doing so: for the natural order which seeks the peace of mankind ordains that the monarch should have the power of undertaking war if he thinks it advisable, and that the soldiers should perform their military duties in behalf of the peace and safety of the community."[11] Therefore, for Augustine, waging war is a tool to achieve on peace.[12] The theory of just war was developed by Saint Thomas Aquinas in the 13th century.[13] He raised his pint of view about war and other related forms of violence under the title of sin against peace.[14] Aquinas, in inspiration by Augustinian theology, believed that just war can be applied under three conditions. The first and third conditions are essentially akin to what Augustine presented; "the authority of the sovereign by whose command the war is to be waged" and "the belligerents should have a right intention, so that they intend the advancement of good, or the avoidance of evil". But, regarding to the second condition there is a subtle shift in his perspective. Aquinas contented that "secondly, a just cause is required, namely that those who are attacked should be attacked because they deserve it on account of some fault.[15] By this way, Aquinas, delegitimized all other forms of war that is initiated based on wrong reason, for instance to serve human greed.

Later, Emery Cruce addressed the concept of peace under the influence of the Crusades. For him the main prerequisite for realization of peace is to make Christians, Muslims, Jews and even Atheist come to terms with one another, not to have reasons for waging war against each other.[16] In addition, he pointed out that instead of warring, the army should be used for defensive purposes, protection of free relations and fighting against pirates and robbers.[17] Although by this argument he restricted initiating of war but still it is a legitimate tool for dispute settlement. Just War Theory was followed by Hugo Grotius. He mainly focused on systematic elaboration of 'just causes' of war.[18] For Grotius, war can be an instrument of right.[19] he reckoned, "where judicial settlement fails, war begins" and war may be justly waged as reaction either to "wrongs not yet committed, or to wrongs already done".[20]

Given the issue of war, Saint- Pierre as thinker of perpetual peace, took a new perspective. He stated that since there is no permanent alliance among the European rulers and they are not bound to any common law, they could not settle the disputes without resort to war, therefore, war turns out as an inevitable issue.[21] Hence, in order to build peace and avoid war, the solution is to establish a permanent and sufficiently strong alliance instead of applying balance of power.[22]

Although during the medieval age, waging war was not fully forbidden and the rulers could wage war under the rubric of just war, nevertheless, most of the rulers did not esteem the theory.

2. Peace after Westphalia treaties

After the conclusion of Westphalia treaties and adverse of minimum legal order, transformation both in nature of international actor and in international order has been occurred. Peace of Westphalia gave rise to the advent of sovereignties (Nation-States). States, as the only subject of new order, enjoy and apply absolute authority within their territories.[23] States constitute the new units in universal map that act separately and independently from each other.[24] In contrary to medieval political thinking, which was based on obedience to a central hierarchy[25], the new actors autonomously determine about their interest and destiny. In order to grasp to what extent sovereignties had authority, it is suffice to remember that States were entitled to wage aggressive war.[26]

The new order without immunity to interference by others could never be actualized. The solution of Westphalia treaties for issue of interference was application of the principle of equality of States. According to this principle, States have been considered equal and because of equality no one has the right to interference to others affairs. Kal Holsti explained that "the peace legitimized the ideas of sovereignty and dynastic

[10] DEANE, H.A., *The Political and Social Ideas of St. Augustine*. New York, 1963, p. 312.
[11] AUGUSTINE, S., *Contra Faustum Manichaeum*. Stathert, R. (tr.). In: SCHAFF, P. (ed.), The Nicene and post-Nicene Fathers 4, New York, 1887, p. 301.
[12] AUGUSTINE, *The City of God*, DODS, M.(tr.), New York, 1950, p. 687.
[13] https://iep.utm.edu/justwar/.(2021/05/12).
[14] REICHBERG, G. M., Aquinas'moral Typology of Peace and War. In: *The Review of Metaphysics*, vol. 64, Nr. 3, 2011, p. 479.
[15] BUSEK, Defenders of the Faith: Augustine, Aquinas, and the Evolution of Medieval Just War Theory, p. 16.
[16] KENDE, I., The History of Peace: Concept and Organizations from the Late Middle Ages to the 1870 s. In: *Journal of Peace Research*, vol. 26, Nr. 3,1989, p. 236.
[17] Ibid, p. 237.
[18] DRAPER, G. I. A. D., Grotius' place in the development of legal ideas about war. In: BULL, H. (ed.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, 1992, p. 194.
[19] DUMBAULD, E., *The life and legal writings of Hugo Grotius*, Norman, 1969, p. 73.
[20] https://plato.stanford.edu/entries/grotius/?source=post_page----------#JustWarDoct. (2021/03/20)
[21] KENDE, The History of Peace: Concept and Organizations from the Late Middle Ages to the 1870 s, cit., p. 238.
[22] Ibid.
[23] ENGLE, E. A., The Transformation of the International Legal System: The Post-Westphalian Legal Order. In: *Quarterly Law Review*, vol. 23, Nr. 1, 2004, p. 25.
[24] HOBE, S., The Era of Globalisation as a Challenge to International Law. In: *Duquesne Law Review*, Nr. 40, 2001, p. 657.
[25] PATTON, S., The Peace of Westphalia and it affects on international relations, diplomacy and foreign policy. In: *The Histories*, vol. 10, Nr. 1, 2019, p. 97.
[26] HOBE, The Era of Globalisation as a Challenge to International Law, cit., p. 657.

autonomy from hierarchical control. It created a framework that would sustain the political fragmentation of Europe."[27] In the same vein, Torbjorn Knutsen wrote that "the powers of the pope and the emperor… were drastically reduced by the Treaty of Westphalia. With this Treaty, the concept of the territorial state gained common acceptance in Europe."[28] Against the sovereignty, which was concrete fact, the principle of equality was merely an axiomatic principle. In history of international law, it is unprecedent that international actors gathered around the table and agree on rational axiomatic principle and establishe their relations on such an axiom. The participants of Westphalia contemplated new order with centrality of equal sovereignty[29]. In this regard, Westphalia generated a new system that assured a certain minimum of order in international affairs.[30] It was obvious that sovereignties were not truly equal in different aspects(in size, wealth, power, and international role), but the participants took it as axiom in order to build a new order by which sovereignties can run their affairs without interference by others and consequently could freely make relationship and conclude treaties with each other to exercise jurisdiction over their territory[31].They deemed that such an order can guarantee future peace.[32] Article I of Treaty of Munster declared:

"That there shall be a Christian and Universal Peace, and a perpetual, true, and sincere Amity, between his Sacred Imperial Majesty, and his most Christian Majesty; as also, between all and each of the Allies… That this Peace and Amity be observed and cultivated with such a Sincerity and Zeal, that each Party shall endeavour to procure the Benefit, Honour and Advantage of the other; etc"[33] Nevertheless, in this system, still, there was possibility of violation of existing order and the only way to protect the interest of States was application of counter measures. Thus, the relations among States were formed based on the principle of reciprocity(Article VI). In case of violation of treaty by one party, Article CXXIII provided:

[… the concluded Peace shall remain in force, and all Partys in this Transaction shall be oblig'd to defend and protect all and every Article of this Peace against anyone, without distinction of Religion…].[34]

In sum, Westphalia system was built on rational axiom of equality and two concomitant principles: contractual freedom and reciprocity. The former, as a means of demonstration of sovereignty and the latter, as a means of interest protection. By this way, the parties of Westphalia thought that they can guarantee peace for everyone. Theory of just war not only lost its validity but also dynamics of waging war were increased. If in the previous time there were limited numbers of actors that could wage war under the authorization of the apex of hierarchy, according to new order there are numerous sovereignties that can wage war by their own discretion.

However, thought of isolated equal sovereignty with full autonomy could not bring about peace, since it is based solely on rationality. In the new sovereignty-oriented system, every State was deemed as an ultimate aim that focuses on its own interest and is careless about others' interest. Hence, whenever interests of a State demand derogation from existing order, it would unabashedly do so. As Engle truly stated: "The Westphalian system thus contributed to and, as a consequence, was transformed by two world wars because "sovereignty" was no longer a guarantor of peace but rather of war."[35] Ironically, mere emphasis on individual interest in the light of equality, reciprocity and freedom of contract was counterproductive. Because States constructed a new society merely based on rationale principles without any aim, just like body without soul. In this circumstance, any actor for satisfaction of its own interest can ignore the order. As it was quite common among the commentators that wars arose from the unlimited sovereignty of States.[36]

3. The Congress of Vienna 1814

The advent of Bonaparte in mid-18 century desperately affected the Westphalia order. While Westphalia order emphasized on equality of States, Napoleon dreamed to overshadow the whole Europe. His dreams came true and in fact his power was continental.[37] Tsar of Russia who considered himself as the next victim of Napoleon, offered Austria to build a coalition against Napoleon while Austria already declared his loyalty to France. However, Austria seceded its coalition with France and jointed to Russia.[38] The same propose was rendered to England and was responded eagerly. The British prime minister numerated three issue as the main aims of the proposed coalition against France: that France should be taken away from its conquests and retreated to its previous borders; that recovered territories should be protected against any future aggression by France; and, "To form, at the restoration of peace, a general agreement and Guarantee for the mutual protection and security of different Powers, and for re-establishing a general system

[27] HOLSTI, K. J., *Peace and war: Armed conflicts and international order, 1648-1989*, Cambridge, 1991, p. 39.
[28] KNUTSEN, T. L., *A history of international relations theory*. Manchester, 1992, p. 71.
[29] VAUGHAN, M., *After Westphalia, whither the nation state, its people and its governmental institutions*? In: *The International Studies Association Asia-Pacific Regional Conference*, 2011, p. 6.
[30] ENGLE, The Transformation of the International Legal System: The Post-Westphalian Legal Order, cit., p. 25.
[31] KELLEY, G., Multilateral investment treaties: a balanced approach to multinational corporations. In: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39, Nr. 2, 2000, p. 525-526.
[32] BRING, O., The Westphalian Peace Tradition in International Law: From Jus ad Bellum to Jus contra Bellum. In: *International Law Studies*. vol. 75, Nr. 1, 2000, p. 58.
[33] Treaty of Westphalia, Munster, October 24, 1648, in Fred Israel (Eel.), Major Peace Treaties of Modern History, 1648-1967, vol. 1,1967, p. 9.
[34] Ibid, p. 46.
[35] ENGLE, *The Transformation of the International Legal System: The Post-Westphalian Legal Order,* cit., p. 25.
[36] Ibid.
[37] DRIAULT, E., The coalition of Europe against Napoleon. In: *The American Historical Review.* vol. 24, Nr. 4, 1919, p. 605.
[38] DRIAULT, The coalition of Europe against Napoleon. cit., p. 620.

of public law in Europe".[39] Later, with adherent of Prussia the coalition was formed. The coalition defeated Napoleon and in order to determine about the future order in Europe they held the Congress of Vienna, which took place from September 1814 to June 1815.[40] Since the participants of the Congress tended to the Westphalia order, they decided on restoration of the former frontiers.[41]

Beside restoration of the Westphalia order, the Congress has remained a significant achievement for sovereignties. The final Act of the Congress encompassed a paragraph that is pivotal in turn. It stated: "To facilitate and to secure the execution of the present Treaty, and to con solidate the connections which at the moment so closely unite the Four Sovereigns for the happiness of the world, the High Contracting Parties have agreed to renew their meetings at fixed periods, either under the immediate auspices of the sovereigns themselves, or by their respective Ministers, for the purpose of consulting upon their common interests, and for the consideration of the measures which at each of those periods shall be considered the most salutary for the repose and prosperity of Nations, and for the maintenance of the Peace of Europe".[42]

If the Westphalia treaties indicated the possibility of satisfaction of interests through a multiple treaty, the experience of the Congress revealed the satisfaction of interests through a multiple meeting. Metternich, an Austrian diplomat, had mentioned this point before the Congress opened: "This time the treaty of peace is already made, and the parties are meeting as friends, not necessarily having the same interests, who wish to work together to complete and affirm the existing Treaty.".[43]

4. The Hague Conferences of 1899 and 1907

Technological developments in the 19th century led to manufacture of advanced weapons, specifically naval weaponry, that have changed the face of warfare.[44] These weapons, on the one hand, had destructive power combined with severe suffering for those who involving in war, and on the other hand, gave rise to devise and usage of new methods of warfare. In order to keep parity of military power, States spent large sum for national armaments especially in Europe, the United States and Japan.[45] During this time, because of humanist thinking and observing of war calamities, "the public's eyes were opened to the inherent cruelty of war and to its aggravation by the neglect typically suffered by its victims, specifically prisoners of war and the wounded".[46]

The Hague Conferences of 1899 and 1907 were held in order to discuss how international peace could be maintained by preventing resort to use of force as a method of conflict resolution and imposing restriction on warring parties in application of weapons and methods of warfare. The first Conference was initiated by Nicholas II, the tsar of Russia, and the second by U.S. President Theodore Roosevelt. Both the Conferences resulted in final act, treaties and declarations. Although the Conferences were not successful to limit armaments and military expenditure, but they were fruitful in regulating the law of war, neutrality and establishment of Permanent Court of Arbitration as a judicial mechanism for peaceful settlement of disputes.

These Conferences are remarkable in different dimensions. While the former international forums were limited to powerful States, for the first time many countries from different part of world gathered and negotiated about peace as a common interest of all. because, peace was treated as a universal matter that requires universal contribution. Twenty-six State, mostly from Europe in companion with the United States, Brazil, Siam, Japan, China and Iran participated at the first Conference and forty-four countries at the second Conference. In this line Aldrich pointed out, "[t]hey established an agenda for negotiation, in the parliamentary-diplomatic mode, for the next hundred year".[47] In addition, non-governmental organizations such as the Red Cross, peace societies, inter parliamentarism and feminism, separatist movements, socialists and anarchists,[48] the Inter-Parliament Union, the Institut de Droit International and peace activist like Baroness Bertha von Suttner, Ivan Bloch and Andrew Carnegie had a significant contribution before and during the Conferences.[49] Lastly, the concept of humanity enjoyed distinguished position in both the Conferences. The Hague Conferences, which were labeled by title of peace, did not consider peace merely as an inter-state issue but also brought human beings into focus. Foreign minister, Count Muraviev, an Imperial Rescript on 24 August 1898, addressed to all the ambassadors at the court of St Petersburg wrote that, "by means of international discussion, the most effectual means of insuring to all peoples the benefits of a real and durable peace, and, above all, of putting an end to the progressive development of the present armaments".[50] The American presidency office explained the aim of participation at the Conference of 1899 for American delegates in instruction letter as "discussing the most efficacious means of assuring to all peoples the " benefits of a real and du-

[39] ZAMOYSKI, *Rites of peace: the fall of Napoleon & the Congress of Vienna*. London, 2007, p. 31.
[40] GHERVAS, S., Three lessons of peace: From the congress of Vienna to the Ukraine crisis. In: *UN Chronicle,* vol. 51, Nr. 3, 2014, p. 10.
[41] MAJER, D., The European Idea in the Time of the Congress of Vienna. In: *Journal on European History of Law*, vol. 5, Nr. 2,2014, p. 2. Driault, The coalition of Europe against Napoleon, cit., p. 619.
[42] https://archive.org/stream/congressofvienna00webs/congressofvienna00webs_djvu.txt. (2021/03/11).
[43] LANGHORNE, R., Reflections on the Significance of the Congress of Vienna. In: *Review of International Studies,* vol.12, Nr. 4, 1986, p. 318.
[44] VAGTS, D. F., The Hague Conventions and Arms Control. In: *The American Journal of International Law,* vol. 94, Nr. 1, 2000, p. 31.
[45] Ibid, p. 32.
[46] Ibid.
[47] ALDRICH, G. H., A century of achievement and unfinished work. In: *The American Journal of International Law,* vol. 94, Nr. 1, 2000, p. 90.
[48] EYFFINGER, A., *The 1899 Hague peace conference: the parliament of man, the federation of the world*. Martinus Nijhoff, 1999, p. 5.
[49] ABBENHUIS, M., Hague Conferences of 1899 and 1907. In: *The Encyclopedia of Diplomacy*, 2018, p. 5.
[50] SCOTT, J. B, (ed.) *The Hague conventions and declarations of 1899 and 1907: accompanied by tables of signatures, ratifications and adhesions of the various powers, and texts of reservations*. New York,1909, p. 1.

rable peace".[51] Final Act of the first Conference on July 1899 mentioned the reason of summit as, " [t]he International Peace Conference, convoked in the best interests of humanity…".[52] In the same vein, Clark believed, "the conferences promoted the broadly humanitarian notion that international society had responsibilities for the welfare and well-being of humankind, and that these extended beyond the traditional concerns of international society".[53] The secretary of the British Peace Society mentioned that "it was successful beyond all anticipation, and that it had augured a new era for mankind".[54]

5. Humanism and Peace

In parallel with the development took place among States (north stream) in pursuing of peace, a significant transformation in human mindset has influenced every aspect of human life(south stream) which is known as humanism. There are various understanding of humanism, however it has been generally defined as "the concern for the ennoblement and enrichment of human life in individual as well as in social terms".[55] Tzvetan in his book thoroughly discussed humanism and briefed the concept in three short sentences: "autonomy of the I, finality of the you, universality of the they".[56] He illustrated these three pillar as: "The humanists have therefore sought to establish a meaningful relationship between their values and what they have recognized as the very identity of the human race. The universality of the they seem, then, to be the counterpart of the membership of all human beings, and they alone, in the same living species. The finality of the you accords with the affirmation of the fundamental sociability of men, of their need for one another, not only for their survival and reproduction, but also for their constitution as conscious and communicative beings: the enjoyment of others is the result of this necessary relationship. The autonomy of the I corresponds to the human capacity to remove oneself from any determination. Membership in the same species, sociability, or the existence of a consciousness of self are not values in themselves; but humanist values conform to these characteristics of the species".[57] Based on Humanism, human is no more a dependent object, but he is a subject and freedom of will is emanation of his subjectivity. Human being as an "ultimate end"[58] decides about his fate. Todorov astutely wrote: "It was revolutionary to claim that the best justification of an act, one that makes it most legitimate, issues from man himself: from his will, from his reason, from his feelings".[59] Regarding to subjectivity of human being Kant believed: "autonomy consists not only of governing oneself but also of obeying only the law that we ourselves have prescribed. He speaks in the same sense of dignity: to preserve one's dignity is to act in conformity only with those principles and maxims accepted by the subject".[60] The critical point in humanist thinking is that while each human is subject, he ought to reserve subjectivity for the others. Todorov articulated this situation as "freedom, respect for others, and the equal dignity of all".[61]

Humanism enabled people to pursue their dreams individually or unitedly. One of those dreams was value of peace. Against the Middle Ages which peace was read as a kingdom matter, now is discussing under the rubric of citizen's right.[62] The people looked at peace as a matter that pertains to everyone and therefore all people should involve in realization of peace. The south stream includes two clusters: national and individual movements.

5.1 National Movements

National Movements mainly focused on their own matters within the territories, however their endeavors have influenced universal peace. Although there was a difference both in the aim and in the strategy between National Movements and States' practice but the result was the same. The latter attempted to protect a nation against other nations whereas the former sought to protect a nation within its territory and at the end these two streams jointed each other in the Charter of United Nations. There are some movements that have highly impacted the process of evolution and realization of universal peace, although they were national. The salient examples are American and French revolution.

United States Declaration of Independence 1776

on July 4, 1776, the thirteen American colonies severed their political connections to Great Britain and declared the United of States of America as a new nation-state. The United States Declaration of Independence(1776) "legally constituted the United States of America as a distinct nation".[63] The Declaration is landmark in consecrating human being and turned as a source of inspiration for other national movements. Amount the reasons to American revolution, n 'humanist thinking' has been highly acknowledged. Bailyn, thoroughly discussed the influence of Enlightenment in pre-revolution period and its reflection in the pamphlets. He wrote: "more directly influential in shaping the thought of the Revolutionary generation were the ideas and attitudes associated with the writings of Enlightenment rationalism-writings that expressed not simply the rationalism of liberal

[51] Ibid, p. 6.
[52] Ibid, p. 1.
[53] CLARK, I., *International legitimacy and world society*. Oxford, 2007, p. 61.
[54] DARBY, W. E. *The Peace Conference at the Hague: Its history, work, and results*. London, 1899, p. 49.
[55] THIRY, L., Humanism and the Axiology of Peace. In: *Peace Research*, vol. 13, Nr. 4, 1981, p. 157.
[56] TODOROV, T., *Imperfect garden: The legacy of humanism*. Princeton, 2002, p. 40.
[57] ibid.
[58] Ibid, p. 39.
[59] Ibid, p. 9.
[60] Ibid, p. 47.
[61] Ibid, p. 41.
[62] CORTRIGHT, D., *Peace: A history of movements and ideas*. Cambridge, 2008, p. 27.
[63] LARSON, C. F.W., The Declaration of Independence: A 225th Anniversary Re-Interpretation. In: *Washington Law Review, vol.*76, 2001, p. 702.

reform but that of enlightened conservatism as well".[64] The Declaration for the first time addressed the species of human being. Although Bill of Rights(1689) was issued in England in advance and had impact on the American revolutionaries however it merely addressed England people not humankind. The Declaration perfectly echoed autonomy of human being. It declared inherent right of self-determination as a reason of independence. The Declaration expressed "when in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation".[65] The Declaration considered freedom of humanity absolutely self-evident and needless of any reasoning or justification. In other words, it affirmed "autonomy of the I" as a constituent element of all human beings. It stated: "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights".[66] Regarding to the connection between humanity, law and politic in American revelation Bailyn perfectly wrote: " to assume, and act upon the assumption, that human rights exist above the law and stand as the measure of the law's validity".[67] The Declaration announced ' autonomy of I' as the very heart of human rights and given to this fact the future political structure shall be formed based on self-determination.

French Revolution 1789

Mid-18th Century French society was divided into three classes which known as Estates: the clergy, nobility and the rest of the people.[68] Enjoyment of privileges and advantages by clergy and nobility, and "the monarchy's impending financial bankruptcy and political ineptitude in the period 1788–1789 gave rise to the French Revolution".[69] The French people protested to, as Soboul wrote, "the destruction of the seigneurial system and the privileged orders of feudal society".[70] French revolution resulted in remarkable achievement not only for France but also for international society, i.e., the Declaration of the Rights of Man and the Citizen(1789). Under the influence of this Declaration the conception of the public rights of the individual accommodated in the positive law of European States and inspired almost all constitutions of the other Continental.[71] The Declaration is a milestone in international human right. Initially, it is a transcendental document. It targets mankind, not special groups or French society. As in the preamble stated: "… believing that the ignorance, neglect, or contempt of the rights of man are the sole cause of public calamities and of the corruption of governments, have determined to set forth in a solemn declaration the natural, unalienable, and sacred rights of man…". Secondly, the Declaration promulgated that human rights sprang from the nature of human being. Rights are not granted to human by society or any other entity. Article 1 declared: " Men are born and remain free and equal in rights" and Article 2 characterized the rights as a " natural and imprescriptible rights of man". Lastly, it is an abstraction declaration. It did not tie the rights with concrete event or situation, but regardless of any circumstances the rights exist. French revolution emphasized on importance of human being and the role he has to play for realization of human dignity in the society.

At the time of drafting the Declaration, there was not stablished government in France and intriguingly the Declaration did not devote single word to government and its role. The Declaration shed light on the necessity of down-up reform rather to up-down reform. As Voltaire before the revolution wrote: "Permanent peace that could be established for people can only be: tolerance, the permanent peace as invented by a French abbot named Saint-Pierre was a mere dream ('chimere') which cannot exist among monarchs just as it cannot be established between elephants and rhinoceroses, between dogs and wolves… The only way to bring peace to people is to destroy all dogmas which divide them, and restore verity, which would unite them; that would be permanent peace. And such a peace is by far not a dream… Every man should be actively working, according to his abilities, on the destruction of fanaticism, and restore peace, what this monster has chased away from the empires, from the families, from the hearts of miserable mortals…"[72]

5.2 Individual Actions

Cortright in his book presented summary of significant peace movements during late eighteen and nineteen centuries. These movements according to their demandeds can be classified in two categories: firstly, antiwar demand and secondly, dissemination of self-determination and abolishment of slavery. Astoundingly, the latter targeted core of Humanism i.e., "autonomy of the I" and the former, was desperately influential on promulgation of peaceful dispute settlement specifically through arbitration.

Peace Activities

The earliest peace activities emerged in the United States. The New York Peace Society was stablished in August 1815 by David Low Dodge and small group of clergy and fellow merchants.[73] They reckoned war is incompatible with thought

[64] BAILYN, B., *The ideological origins of the American Revolution*. Harvard, 2017, p. 26.
[65] JEFFERSON, T. *The Declaration of Independence of The United States of America*. July 4, 1776.
[66] Ibid.
[67] BAILYN, *The ideological origins of the American Revolution*, cit., p. 230.
[68] STEARNS, P. N., (ed.), *Encyclopedia of social history*. New York, 1993, p. 193.
[69] Ibid, p. 194.
[70] SOBOUL, A., *A short history of the French Revolution, 1789-1799*. California, 1977, p. 1.
[71] JELLINEK, G., *The declaration of the rights of man and of citizens: a contribution to modern constitutional history*. New York, 1901.
[72] KENDE, The History of Peace: Concept and Organizations from the Late Middle Ages to the 1870s. cit., p. 239.
[73] BROCK, P. *Freedom from War: Nonsectarian Pacifism 1814–1914*. Toronto, 1991, p. 19.

and spirit of Christ and it would result in "intemperance and barbarism".[74] A "friends of peace" movement was formed in London in the 1790 s with the aim of opposing to William Pitt the Younger's military intervention in the French Revolution and William Wilberforce, the prominent activist in anti-slavery trade, was one of those who had an persuasive role to convey these antiwar views to the prime minister.[75] About the same time, in 1816 William Allen and other Quakers, antislavery and social reform activists, initiated the British Society for the Promotion of Permanent and Universal Peace[76] with the belief that "war was inconsistent with the spirit of Christianity and contrary to the interests of humankind"[77]. In 1828, William Ladd found the American Peace Society(APS) in New York for the purpose of "give[ing] a tone of prominence, unity, and strength to all the exertions of all the friends of peace in the United States, and indeed of all the inhabitants of North America".[78] Most of the local peace societies became ancillaries to APS[79] and it led to spur of peace dissemination in the United States. The APS preached peaceful settlement of disputes and advocated international disputes settlement through arbitration.[80] The first peace societies over Europe were born in Paris in 1821, the Société de la morale chrétienne, and in Geneva in 1830, the Société de la paix de Génčve.[81] The early peace societies in Europe were inspired by religious thought, ideals of democracy and liberty.[82]

In 1846, Elihu Burritt, American peace activist, formed the League of Universal Brotherhood (LUB) in England as forum "for the abolition of War, Slavery, Intemperance, and of all institutions and customs, the world over, which do not recognize and respect the image of God and a human brother in every man, of whatever clime, color, or condition of humanity".[83] The LUB held series of international conferences with the aim of promotion of permanent and universal peace, for instance, London's Freemasons' Hall in1843, Paris conference in 1849, Frankfurt in 1850 and London in 1851.[84]

Andrew Carnegie after years of working on peace stablished the Carnegie Endowment in 1910 for International Peace for promotion of international peace. He stayed as the main leader and lavished millions dollars for that purpose.[85] He funded construction of a "Temple of Peace" at The Hague(the Permanent Court of Arbitration), construction of the offices of the Pan American Union in 1906 and construction of Central American Court of Justice in 1908.[86] He believed in peril of "the excessive national and imperial rivalries that pervaded world politics" and devoted his life for peaceful settlement of disputes by preaching dissemination of arbitration treaties and formation of league of peace.[87]

American civil war and Lieber code

After election of Abraham Lincoln as the president of the United States in 1860, Between December 1860 and February 1861 seven states from the lower South formally withdrew from United States of America (Union) and four upper South states jointed them in April and May 1861 and By February 18 of that year the initial seceding states formed the Confederate States of America, codified a constitution, and elected Jefferson Davis as the president for a single six-year term.[88] About the reason to the separation of the secessionists states, White wrote: "by 1860 a generation of southern Americans had come to conclude that the benefits enjoyed by American citizens at large were no longer likely to be afforded to them if they remained participants in the Union, and that those benefits might well accrue to them as members of a new southern American republic".[89] While the secessionists was seeking after recognition of its independence by the Union, the Union called their return. The separation of eleven states was unacceptable for Lincoln and finally it gave rise to four-year civil war. For the purpose of informing army with international law obligations, Lieber in collaboration with the board of officers, approved by Lincoln, drafted a code of land warfare which known as the Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (General Orders NO.IOO).[90] The law was codified based on the thought of what is needed to overcome to enemy and delegitimization of what is unnecessary cruelty.[91] Regarding to the role of Lieber, Paust wrote: "he [Lieber] focused also on the need to ensure that cruel and unnecessary death, injury, or suffering did not pertain, that persons out of combat were treated humanely, and that wanton devastation and destruction did not occur dur-

74 CORTRIGHT, *A history of movements and ideas*, cit., p. 27.
75 COOKSON J. E., The Friends of Peace: Anti-War Liberalism in England, 1793–1815. New York,1982, p. 128.
76 BROCK, *Freedom from War: Nonsectarian Pacifism 1814–1914*, cit., p. 23.
77 CORTRIGHT, *A history of movements and ideas,* cit., p. 28.
78 CURTI, M. E. *The American peace crusade, 1815-1860*. Princeton, 1965, p. 43.
79 Ibid.
80 Ibid, p. 56-59.
81 COOPER, S. E. *Patriotic pacifism: waging war on war in Europe, 1815-1914*. Oxford, 1991, p. 16.
82 CHICKERING, R. *Imperial Germany and a World without war*. Princeton, 2015, p. 331.
83 BURRITT, E., *The Advocate of Peace and Universal Brotherhood*. vol. 1, Worcester, 1846, p. 244.
84 CORTRIGHT, *A history of movements and ideas*, cit., p. 35.
85 PATTERSON, D. S., Andrew Carnegie's Quest for World Peace. In: *Proceedings of the American Philosophical Society,* vol.114, Nr. 5,1970, p. 371.
86 Ibid, p. 375.
87 Ibid, p. 378-383.
88 WHITE, G. E., *Law in American History: From the Colonial Years Through the Civil War*. vol. 1, Oxford, 2012, p. 382.
89 Ibid, p. 383.
90 PERNA, L., *The Formation of the Treaty Rules Applicable in Non-international Armed Conflicts*. Leiden, 2006, p. 31.
91 DOSWALD-BECK, L., International humanitarian law and human rights law. In: *International Review of the Red Cross (1961-1997),* vol. 33, Nr. 293, 1993, p. 14-15.

ing warfare".[92] Lieber Code made a motion toward restricting States'actions during internal war. As Perna astutely pointed out: "This also marked the passage from the Code of chivalry and honour, which, being individual and personal, imposed self-imposed restraints, to rules of law whose validity and respect is based only on legal bases and enforced externally".[93] The Code was innovative in turn because it tracked peace by targeting what occurring through anti-peace i.e. warfare. The Code contained the message that although Sates are allowed to wage war, however they are not allowed to do whatever they want. In this respect Perna contended: "The articles of the Lieber Code under the heading "insurrection-civil war rebellion" are noteworthy in that they show humanitarian concern regarding conflicts which, for a long time, international law had considered to be outside its scope. The most relevant provisions, whilst aiming at extending the humanitarian law of war treatment to rebels, try to assure governments that the application of the rules of war to rebels would not mean any change in the legal status of the fighters".[94] The Code desperately alleviated human suffering during years of the Civil War and in addition, it became source of inspiration for the similar codifications in Prussia, the Netherlands, France, Russia, Spain, Great Britain, and several other States during the nineteenth century.[95] Moreover, it had a significant impact on development of subsequent international conventions in the field of law of war, like St. Petersburg, 1868, Brussels, 1874, the Hague, 1899, 1907, London, 1908, and the series of Geneva Conventions from 1864 to 1949.[96]

The Red Cross

After observing the Battle of Solferino, Henry Dunant pondered that "if war is unavoidable, then it should be waged with as little barbarity as possible".[97] Hence, Dunant has established the Red Cross for the purpose of protecting war victims. The Red Cross acts according to principles of humanity, impartiality, neutrality, independence. The first principle constitutes the core of the International Committee of the Red Cross(ICRC) activities. As Forsythe wrote: "The central purpose of ICRC humanitarian protection is to safeguard the basic worth and welfare of individuals in distress in conflict situations. Philosophically speaking, the ICRC tacitly endorses a type of liberalism emphasizing the equal value and autonomous worth of the human being – the individual taking no direct and active part in conflict matters – regardless of national identity or any other distinguishing characteristic other than personhood".[98] At the times, the ICRC operates in many countries under the title of National Societies. Following the First Word War, the National Societies applied their strengthen "to contribute to the maintenance of peace through the development of inter- national solidarity"[99] Forsythe classified ICRC activities in two streams: practical policy and legal policy. The former involves giving direct aid to the war victims and the latter refers to legal mandate to propose draft of international instruments. He continued: "since the organization saw itself not as an actor in conflicts, but rather as a promoter of national aid societies, legal development was a main ICRC activity. These two trends were later to explain much about the ICRC. There was an emphasis both on pragmatic action in the field, and on legal standards".[100] For instance, the 1949 Geneva Conventions are outcome of the ICRC work. Gradually, the ICRC developed "its humanitarian concern from international war to internal war and then to internal troubles beyond situations of war".[101] The XXth International Conference of the Red Cross under the title of humanity, as one of the Fundamental Principles of the Red Cross, proclaimed that Red Cross "promotes mutual understanding, friendship, co-operation and lasting peace among the nations".[102] The role of the Red Cross in conflict situations, like international humanitarian law which was established by the Red Cross, has always been understood as a contribution to peace.[103]

Peace after the First World War

The ramification of the First World War pushed the sovereignties to the conclusion that without contribution of all States realization of peace would remain a dream. Hence, the League of Nations was established in 1920 with the mission of maintenance of peace.[104] The Covenant of League of Nations is a milestone in history of peace. It was for the first time that the sovereignties considered peace as legal norm. The drafters of the Covenant contemplated peace as a soul for corpse of international society. That is, they accepted that in addition to individual interest of States, there is a common good among all States and in auspice of peace, as a common good, individual interest can be realized. The axiom of equality was kept in the League. As Cecil pointed out the League was to operate with the least possible interference with national sovereignty.[105] Article 1 of the Covenant states: [The Members of the League undertake to respect and preserve… the territorial integrity and existing political independence of all Members of the League].

[92] PAUST, J. J., Dr. Francis Lieber and the Lieber Code, In: *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, vol. 95, p. 112-115. Cambridge, 2001, p. 133.
[93] PERNA, *The Formation of the Treaty Rules Applicable in Non-international Armed Conflicts,* cit., Ibid.
[94] Ibid, p. 33.
[95] PAUST, Dr. Francis Lieber and the Lieber Code, cit., p. 114.
[96] Ibid, p. 113.
[97] SANDOZ, Y., The Red Cross and peace: Realities and limits. In: *Journal of Peace Research,* vol. 24, Nr. 3,1987, p. 288.
[98] FORSYTHE, D. P. *The humanitarians: The international committee of the Red Cross*. Cambridge, 2005, p. 162-163.
[99] SANDOZ, The Red Cross and peace: Realities and limits. Ibid.
[100] FORSYTHE, *The humanitarians: The international committee of the Red Cross*, cit., p. 19.
[101] Ibid, p. 13.
[102] The 25th International Conference of the Red Cross, Geneva, 1986.
[103] SANDOZ, The Red Cross and peace: Realities and limits. Cit., p. 287.
[104] PEDERSEN, S., Back to the League of Nations. In: *The American Historical Review*, vol. 112, Nr. 4, 2007, p. 1099.
[105] Plenary session of Paris Peace Conference, 14 Feb 1919, quoted in Egerton, Great Britain, p. 139 -140.

According to the Covenant, still, peace was understood as absence of war (Article 11). Based on Article 10, act of aggression violates 'the territorial integrity and existing political independence of all Members'. Under Article 11 'Any war or threat of war' against member States is considered danger to 'the peace of nations'. Although waging war was the most concern of the drafters but still it was legitimate means for following the policies [106] and this concerned was raised by certain States. The French government expressed that yet there is possibility for sovereignties to wage war as a means of national diplomacy and also for those leaders who think about recouping lost territories or expand existing ones by armed force if necessary.[107] Balfour's prescient alarmed that "the danger I see in the future is that some powerful nation will pursue a realpolitik in the future as in the past… I do not believe we have yet found, or can find, a perfect guarantee against this calamity. No machinery in the world could stop an aggressor who really meant business".[108]

The Covenant only obliged members if conflict arise between them, they should abstain from waging war at least for three months(Article12). Philip Kerr, an advisor to Lloyd George at the Paris Peace Conference, believed that "if adequate delay can really be secured after notification of a dispute likely to lead to war, the greatest menace to the general peace of the world will have been removed'.[109] Henig in clarification on the enforced delay wrote that "it was assumed, would allow tempers to cool, states who had embroiled themselves in potentially dangerous situations to extricate themselves without too much loss of face, and the League Council time to establish the facts of the conflict and to draw up a report. Finally, it would allow public opinion in the countries involved, and in all member states, to bring its pressure to bear on the leaders and governments involved in the dispute to settle it peacefully".[110]

Although, for the first time, peace was accommodated as legal norm in the Covenant however it was just a norm same as other norms in international law such as non-interference and in comparison to axiom of equality, not only stands in lower rank but also it has been influenced by the axiom of equality. The sovereignties defined their policy and set their relationship upon the principle of equality rather than peace and in the case of conflict between equality and peace, they would prioritize the former. The reason why peace did not enjoy higher degree in the Covenant could be seen in two dimensions, lack of universality and lack of belief.

Lack of universality. The idea of perusing peace through the League was not enough attractive to draw the attention of majority of international society, particularly great powers. The League of Nations had 42 founding members, 16 of them left or withdrew from the Organization and other countries who joined later, did not stand till the and left like Germany, Italy, Spain, Japan, Brazil, Austria. The Soviet Union which joined in 1934, was expelled in 1939 because of invading Finland. Meantime, the United States (US) was the big absent. Because US consider itself as a great power and needless to undertake obligations for the sake of universal peace without full reservation of its interest. In contrary, the US pursued a different course. While the US prepared to sign a separate peace treaty with Germany, it issued an invitation to the main world naval powers to attend at the conference to be held in Washington to discuss naval limitation, Pacific and Far Eastern questions. The Washington Conference resulted in far-reaching agreements relating to arms limitation and peaceful settlement independently of the League of Nations.[111] The US announced its policy vividly and loudly; the United States could safeguard its interests very effectively without incurring the onerous obligations of League membership.[112] Cabot Lodge, American senator, gloated that "the Republicans had destroyed Mr. Wilson's League of Nations… we have torn up Wilsonism by the roots".[113]

Lack of belief in the Covenant by the members. The members of the Covenant attempted to interpret and manipulate Articles of the Covenant of League of Nations according to their own interest rather than peace. Article 10 was one of the most important Articles of the Covenant. It stated: [The Members of the League undertake to respect and preserve as against external aggression the territorial integrity and existing political independence of all Members of the League. In case of any such aggression or in case of any threat or danger of such aggression the Council shall advise upon the means by which this obligation shall be fulfilled.]

The Canadian government declared that Article 10 should be struck out or materially amended but Woodrow Wilson did not welcome to this proposal, which he considered as an attack on the very heart of the League itself.[114] The Canadian delegates argued that Article 10 imposed undue responsibility on countries which gained the minimum benefit from it, and that "it would be Canadian policy to seek alteration of Article 10 later".[115] Canada suggested omission of Article 10 at the League Assemblies of 1920 and 1921. In response, a committee of jurists examined the Article and reported to the Assembly that the Article merely contained "the governing principle to which all members of the League subscribe' and that members were

[106] HOWARD, M., (ed.) *Carl von Clausewitz on war*. Princeton, 1984, p. 77.
[107] HENIG, R., *The Peace that Never was: A History of the League of Nations*. London, 2019, p 100.
[108] HENIG, R. B., *The League of Nations.* Edinburgh, 1973, p. 10.
[109] PHILIP K., Europe, the Covenant and the Protocol, Round Table, March 1925.
[110] HENIG, *The Peace that Never was: A History of the League of Nations*. cit., p. 67.
[111] Ibid, p. 82.
[112] Ibid, p. 83.
[113] Verbatim records of Imperial Conference 1921, Cab 32/3; W Kuehl and Dunn, American Internationalists and the League of Nations 1920–39, Kent, 1997, p. 18.
[114] HENIG, *The Peace that Never was: A History of the League of Nations*. cit., p. 94.
[115] DE TWENEBROKER GLAZEBROOK, G. P., *Canada at the Paris Peace Conference*. London, 1942, p. 67-71.

'not obliged to take part in any military action".[116] The main concern of Canadian government was about the obligations that the League Council might put upon the members according to Article 10 and possibly it would be inconsistence with interest of Canada, even if that obligation is necessary for peace.

England put too much effort to have the US as a member State but not for the sake of realization of pace, in fact because of economic loss and lagging behind the economic competition. As Hurst noted, "To the British Empire the exclusion of the United States from the obligations under Article 10 means that burdens might have to be supported single-handedly which no Government would lightly undertake without an assurance that the other great States would do their part, more particularly its great commercial rival across the Atlantic. Great Britain cannot take part in a war without diverting its shipping and its commerce from their normal channel, and if the United States are to be free to stand out, the Americans would use the opportunity to seize trade opportunities which Great Britain was forced to forego… The economic boycott was the weapon wherewith the League intended to coerce an aggressor or recalcitrant member… An economic boycott with the Americans standing outside it is certain to mean that the Americans will endeavor to trade with the boycotted country".[117]

Peace after The Second World War

The Second World War proved inability of the League of Nations to prevent war and made international society to review the mechanism of maintenance of peace. Lauterpacht, famously wrote in the wake of World War II that "international law should be functionally oriented towards… the establishment of peace between nations…".[118] For that purpose, States have established universal legal order based on peace. States considered norm of peace as an axiom. Against the equality as a rational axiomatic principle, peace was an axiological principle that sprang from international social values. Axiom of peace will act as the holy spirit for corpse of Westphalian principles. This holy spirit monitors and controls States and lets them to pursue their policies by any means except use of force. There are two facts which support the thesis of peace as the new axiology in international legal system: the Charter of United Nations and Nuremberg and Tokyo Tribunals.

The Charter of United Nations

As it was discussed above, lack of universality was a noticeable gap in the League of Nations and the United Nation was stablished to remove the deficiencies of the League of Nations[119] and in doing, the UN targeted engagement of all States. Because nature of peace is infrangible. Peace is like a river. If some part of it become muddy, it will influence the other part. The drafters of the Charter with fully awareness of this fact designated the UN system in a way that encompasses involvement of nonparties of the Charter.

Article 2(6) vividly targets this aim. It provided:

"[T]he Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security".[120] Regarding to this Article Verdross wrote: "For the purpose of the United Nations is not only to maintain peace within the organization but within the whole international community".[121]

At the early time, the UN addressed the situation concerned to Spain while Spain was not the member State. Poland listed numerous reasons like "the recent Spanish troop movements on the French frontier, the presence of large numbers of Nazis and war criminals on Spanish soil, and various allegations that Spain was engaged in atomic research and production", and suggested that the situation should be considered danger to international peace and security according to Article 34 of the Charter[122] and by invoking Article 2(6) asked for inclusion of the Spanish question in the agenda of the Security Council.[123]

On the other side, the delegations of Belgium, Czechoslovakia, Denmark, Norway and Venezuela requested the General Assembly to seize the question and in the debate in First Committee, a few delegations by referring to Article 2(6) argued that the UN is not competent to address Spain situation[124]. Finally, both the Security Council and the general Assembly seized the situation.

Following the armed attack of North Korea upon Republic of Korea, in resolution 82, the Security Council determined the situation as a breach of peace and "called for the immediate cessation of hostilities, called upon all Members to render every assistance to the United Nations in the execution of this resolution and to refrain from giving assistance to the North Korean authorities".[125] The resolutions have targeted North Korea while it was not the member State.[126]

In justification of proceeding the North Korean case by the UN, Verdross wrote: "It cannot be denied that the Charter intends to oblige non-Members also to refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State".[127] Ac-

[116] HENIG, *The Peace that Never was: A History of the League of Nations*. cit., p. 97.
[117] Documents on British Foreign Policy (1st Series) Vol V, pp 366, 4 Oct 1919, p. 399-409.
[118] LAUTERPACHT, H., The Grotian Tradition in International Law. In: *British Yearbook of International Law, vol.* 23, 1946, p. 51.
[119] SZALAI, A., Same Target from Different Angles: Anti-Discrimination, Protection of Minorities and the Rights of Indigenous Peoples in the UN. In: *Pecs Journal of International and European Law*, vol. 1, 2014.
[120] The Charter of United Nations, Article 2.
[121] VERDROSS, A., General international law and the United Nations Charter. In: *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, 1954, p. 345.
[122] HOUSTON, J. A., The United Nations and Spain. In: *The Journal of Politics*, vol.14, Nr. 4,1952, p. 687.
[123] Repertory of Practice (1945–1954), volume 1, para 9. Available at: https://legal.un.org/repertory/art2/english/rep_orig_vol1_art2_6.pdf.
[124] Ibid, para 16-17.
[125] S/RES/82(1950).
[126] ENGEL, S., The Changing Charter of the United Nations' in Keeton and Schwarzen- berger. In: *The Year Book of World Affairs*, London, I953, p. 84.
[127] VERDROSS, A., General international law and the United Nations Charter. cit., p. 346.

cording to the classic rules of international law the UN should not have proceeded to both Spanish and north Korean cases because a treaty cannot oblige third party, however realization of universal peace required modification of classic rules to the extent that is necessary.

Nuremberg Tribunal and the Tokyo Tribunals

After the Second World War, victorious States held the series of Nuremberg and Tokyo trials for the purpose of prosecution and punishment of Nazi and Japanese leaders. The tribunal was set up for proceeding crimes against peace, crimes against humanity and war crimes[128]. The charge of crimes against peace in Article 6 was highly controversial because this crime has not been criminalized in international law.[129] The problem rooted in the principle of nullum crimen sine lege. According to this principle, no one shall be penalized based on a charge which is not criminalized in advance. The critics of the IMT Charter argued that there was not the crime of crimes against peace in precedent of international law.

This issue should be analyzed in the whole context of international law and should not be considered as a question of conflict of principles. Although the title of Article 6 is crimes against peace but its definition refers to aggressive war. In fact, Article 6 criminalized aggressive war. In this regard, one may inquire when has waging war been prohibited that based on it Article 6 can be justified. Following the ramifications of Second War, with memory of dark years of First War, transformation in peace has occurred in international legal order. The calamities of war made the international society to grasp the need of abolition of aggressive war. The perception which was missed in the League of Nation. It seems impossible to maintain peace while waging war still retains legitimacy. The victorious States filled this gap in the IMT Charter by accommodation of prohibition of aggressive war and punishment of perpetrators. In this regard one may challenge legitimacy of such a criminalization. Nevertheless, criminalization by the IMT Charter can be legitimate in the light of emerging new international order. Justice Jackson, Chief United States Prosecutor at the Nuremberg trials, justified holding of the Nuremberg Tribunal and necessity of US participation in auspice of peace and requirement of peace-oriented order. He argued: "Germany did not attack or invade the United States in violation of any treaty with us. The thing that led us to take sides in this war was that we regarded Germany's resort to war as illegal from its outset, as an illegitimate attack on the international peace and order. And throughout the efforts to extend aid to the peoples that were under attack, the justification was made by the Secretary of State, by the Secretary of War, Mr. Stimson, by myself as Attorney General, that this war was illegal from the outset and hence we were not doing an illegal thing in extending aid to peoples who were unjustly and unlawfully attacked…No one excuses Germany for launching a war of aggression because she had grievances, for we do not intend entering into a trial of whether she had grievances. If she had real grievances, an attack on the peace of the world was not her remedy."[130] In the same vein, the Tribunal held that the IMT Charter is reflection of positive international law that allows States to create such a court.[131]

The thought behind the IMT Charter and the judgment of the Court would be meaningful only in peace-oriented system in which peace is a fundamental norm and is well-equipped with all instruments which are necessary for maintenance of peace.

6. Conclusion

Realization of universal peace has always been one of the main concerns and old dreams of international society. In the ancient time and middle age peace was understood as absence of war and the theory of just war was the solution to limit waging war and consequently having more peacetime. This theory does not prohibit waging war but put some limitations and makes it conditional. Following the Peace of Westphalia, peace kept the same understanding but with different solution. In this period, international actors generated international legal order based on the equality of sovereignties. They believed that if the relations are settled according to the principle of equality, it would create a safeguard for peace against others' interference, including wage of war. Subsequent to the aftermath of the First World War league of nations was established and although peace was treated as a legal norm however waging war still remained legitimate. The ramification of the Second World War revealed that realization of universal peace would be impossible unless international order has been modified based of requirements pf peace. States reached to the conclusion that realization of peace is conditioned to contribution of all members of international society. Hence, peace was considered as an axiological assumption and one of the fundamental principles of international law which is modus of future relations. Besides the endeavors of States, because of the Age of Enlightenment, the people and the individuals have undertaken responsibility toward peace. National movements and peace activists had significant contribution to what today in known as peace.

Pursuing peace is not an option for international society but it is the only choice. Hence, both States and the peoples have been trying hard to generate a peace-oriented international order.

[128] United Nations, *Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement")*, 8 August 1945, available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b39614.html.

[129] WEIGEND, T., 'In general a principle of justice' The Debate on the 'Crime against Peace in the Wake of the Nuremberg Judgment. In: *Journal of international criminal justice*, vol.10, Nr. 1, 2012, p. 42.

[130] JACKSON, R., Houghwout. *Report of Robert H. Jackson: United States Representative to the International Conference on Military Trials, London, 1945. A Documentary Record of Negotiations of the Representatives of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics, Culminating in the Agreement and Charter of the International Military Tribunal*. Vol. 3080. US Government Printing Office, 1949, p. 383-384.

[131] International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, 41 AM. J. INT'L L. 172 ,1947, at 217.

Die Entstehung der Teilnichtigkeitsproblematik in dem antiken griechischen und römischen Recht

(The Emergence of the Problem of Partial Invalidity in Ancient Greek and Roman Law)

*Lénárd Darázs**

Abstract

The important practical and doctrinal question of whether a legally objectionable flaw in a contract relating only to a specific part of the contract should deprive the whole contract of legal effect or the unflawed part should be recognised as viable, was also raised in the ancient laws that form the basis of modern law. Of course, partial invalidity did not evolve into a separate legal institution, but this issue was addressed in ancient Greek and Roman law and solutions were applied that are also useful for today's modern legal systems. Tracing the origins of this issue in ancient Greek and Roman law will serve the better understanding of the rules of partial invalidity in modern legal systems.

Keywords: *partial invalidity; history of invalidity of contracts; ancient legal systems; ancient greek law and partial invalidity; Roman law and partial invalidity; utile per inutile non vitiatur.*

1. Einführung

Die Teilnichtigkeitsproblematik von Rechtsgeschäften ist keineswegs eine Erfindung der heutigen Rechtsordnungen. Das Phänomen, dass die Unwirksamkeitsgründe nicht immer das gesamte Rechtsgeschäft, sondern dessen bestimmte Teile berühren können, war sporadisch bereits seit den ersten Wurzeln des heutigen Rechts, zweifellos aber seit den klassischen antiken Rechtsordnungen für die Rechtswissenschaft und die Praxis wohl bekannt gewesen. Rechtswissenschaftliche Untersuchungen, die sich auch mit der Entstehung und der Entwicklung der Teilnichtigkeitsproblematik befassen, greifen ausschließlich bis zum klassischen römischen Recht,[1] insbesondere zu *Ulpian* zurück.[2] Dies kann insoweit vorbehaltlos gerechtfertigt werden, dass das römische Privatrecht mit seiner bewundernswerten und detailliert ausgearbeiteten Rechtspraxis nicht einmal die spätere Rechtsentwicklung und die Grundstrukturen der modernen Privatrechte geprägt hatte,[3] sondern es enthielt konkrete und beweisbare Ansatzpunkte für die Entstehung der Unwirksamkeit, einschließlich der teilweisen Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften. Ohne die bahnbrechende Bedeutung des römischen Rechts bei der Entstehung der Unwirksamkeitslehre zu relativieren, ist eine entsprechende Untersuchung anderer antiken Rechte jedoch zu bemängeln. Es scheint nämlich kaum glaubwürdig zu sein, dass die Unwirksamkeit und damit auch die Teilnichtigkeitsproblematik im Alltag des Rechtslebens anderer frühantiker Rechte nicht zum Vorschein kamen. Aus diesem Grund werden im Rahmen dieser Untersuchung vor der Darstellung der römischrechtlichen Rechtslage die Spuren der Teil- und Gesamtnichtigkeitsproblematik in dem griechischen Recht gesucht und verfolgt. Als Ergebnis dieser Untersuchung lässt sich festhalten, dass die Frage des Unwirksamkeitsumfangs bereits vor dem klassischen römischen Recht und auch im antiken griechischen Recht höchstwahrscheinlich bekannt war. Es handelt sich naturgemäß nicht um eine rechtssetzungstechnische oder dogmatische Begriffsbildung der Teilnichtigkeit, son-

* Prof. Dr. Lénárd Darázs, LL.M., Institut für Privatrecht, Juristische Fakultät, Eötvös Loránd Universität (ELTE), Ungarn, E-Mail: darazs@ajk.elte.hu

1 Siehe z.B. *Baldus*, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen, Teil 2, 1998, S. 715 ff.; LAMP, P., *Entwicklung und Auslegung des § 139 BGB. Marburg, 1992, S. 10 ff.; LANG,* E., *Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte § 139 BGB*. Berlin, 1926, S. 1 ff.; LAPPE, L., *Die Teilnichtigkeit des gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäftes*. Münster, 1950, S. 5 ff.; SEILER, H. H., *Utile per inutile non vitiatur. Zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischem Recht*, in FS für KASER, M. zum 70. Geburtstag. München, 1976, S. 127 ff.; STAFFHORST, A., *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. Berlin, 2006; ZIMMERMANN, R., *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit*. Berlin, 1979, S. 121 ff.; ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman foundations oft he civilian Tradition*. Oxford, 1996, S. 682.

2 Siehe vor allem den aus Ulp. D. 45,1,1,5. abgeleiteten bekannten Ausdruck *utile per inutile non vitiatur*. Vgl. dazu ausführlich unten Ziffer 3. 5. 2).

3 Ausführlich dazu COING, H., *Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht*. München, 1985, S. 7 ff., 91 ff.; HAMZA, G., *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*. Budapest, 2009; KOSCHAKER, P., *Europa und das Römische Recht*, München und Berlin, 1947; STEIN, P., *Roman Law in European History.* Cambridge, 1999, S. 71 ff.; WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen, 1952, S. 16 ff.; ZIMMERMANN, R., *Europa und das römische Recht*. AcP 202 (2002), S. 243 ff.; ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*. Oxford, 1996.

dern vielmehr um die praktische Erscheinung des Phänomens der teilweisen Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts in den untersuchten antiken Rechten.[4]

2. Teilnichtigkeit im antiken griechischen Recht

2.1 Annäherung zum altgriechischen Recht

Die Erforschung und inhaltliche Beurteilung der Unwirksamkeitsproblematik von Rechtsgeschäften im altertümlichen Griechenland sind wegen der bekannten Charakteristiken des antiken griechischen Rechts ziemlich erschwert.[5] Sowohl im Schrifttum als auch im allgemeinen Bewusstsein wurde bereits die Ausgangsfrage lange kontrovers betrachtet, ob ein einheitliches (oder mindestens: gemeines) altgriechisches Recht überhaupt existierte[6] oder nur von zersplitterten Rechten der *„Poleisen"* gesprochen werden kann.[7] Für das antike „Griechenland" war nämlich das Bestehen von Hunderten griechischer Poleise charakteristisch, die selbstständig nebeneinander oder sogar in Konkurrenz zueinander standen. Athen selbst war einer von diesen Stadtstaaten,[8] auch wenn es durch die Größe seiner Landfläche hervorragte.[9] Zwar wurde dieser Polyzentrismus neuerdings als eine wesentliche Voraussetzung für die rasche griechische Entwicklung herausgestellt,[10] verunsichert er jedoch bezüglich der Frage nach der Einheit oder Vielfalt des griechischen Rechts, einschließlich nach derjenigen des Privatrechts. Es fragt sich also, ob es ein „gemeines antikes griechisches (Privat)Recht" mit einheitlich verstandenen Rechtsinstituten und Werten gab, und somit dies untersucht werden kann. Oder aber bestand das antike griechische Recht aus isolierten, unterschiedlich entwickelten Poleisrechten, wobei auch die Beschreibung der Unwirksamkeitsproblematik von Rechtsgeschäften etwa einer separaten Analyse des attischen Rechts,[11] des Rechts von Gortyn,[12] des altägyptischen-griechischen Rechts,[13] der Einflüsse des römischen Rechts[14] usw. bedarf? Bahnbrechend und die spätere Rechtsdogmatik determinierend hat bei der Beantwortung dieser Frage das klassische Werk von *Mitteis* gewirkt.[15] Er hatte zum ersten Mal die Existenz des gemeingriechischen Rechts erkannt und anhand der verschiedensten Materien nachgewiesen, dass zwar staatsrechtlich jede griechische Polis ihr eigenes Recht besaß, es trotzdem berechtigt ist, die allen diesen Einzelrechten zugrunde liegenden Gedanken als gemeingriechisches Recht mit dem vorsichtigen Vorbehalt zu bezeichnen, dass uns leider wenig bekannte Unterschiede sicherlich bestanden.[16] Diese einheitliche Anschauung des altgriechischen Rechts ergibt sich vor allem aus den geistlichen Gemeinsamkeiten der Organisationsprinzipien und Grundvorstellungen der Polisgesellschaften,[17] dem Konsens über die Bedeutung des „Rechtes" und „Gesetzes", sowie aus dem gleichen Verständnis von *„Themis"*, *„Dike"* und *„homologein"* (Vereinbarung).[18]

Eine andere Schwierigkeit der inhaltlichen Darstellung des „gemeinen" altgriechischen Privatrechts ergibt sich aus den Rechtsquellen und deren Bewertung. Die erwähnten geistlichen Gemeinsamkeiten und der Konsens der Stadtstaaten waren weniger durch gewöhnliche Rechtsquellen (wie Gesetze, Gerichtsurteile, Gewohnheiten, Rechtsgeschäftspraxis, Rechtsdogmatik) geprägt, sondern sie entstanden aus einem vielseitigen Quellenkomplex der altgriechischen Gesellschaft und Kultur. Zu den Quellen des antiken griechischen Rechts gehören ebenso die Epen *Homers* (Ilias, Odyssey),[19] die antiken Tragödien,[20] die

[4] Bei der Untersuchung der frühen antiken Rechte ist besonders empfehlenswert, die beherzigenswerte Warnung von *Bechmann* immer vor Augen zu halten: *„Denn das ist ja von vornherein klar, daß die socialen Erscheinungen einer fernen Vergangenheit niemals in einer Weise erklärt werden können, die mit mathematischer Sicherheit und Vollständigkeit bis in's Einzelnste ihren Dienst leistet: wer eine solche Erklärung verlangt, der verkennt das Walten freier und incommensurabler Mächte in der Geschichte, der verkennt, daß uns die Vergangenheit immer nur in einem getrübten Spiegel erscheint; und wer solche Erklärung gibt, dessen Methode ist entweder eine aprioristisch construierende oder eine einseitig pragmatische."* BECHMANN, A., *Der Kauf nach gemeinem Recht, Erster Theil, Geschichte des Kaufs im roemischen Recht*. 1876, S. 150, zitiert von VÉKÁS, L., *Landmarks in the Development of the Contractual System*. Budapest, 1986, S. 13-14.

[5] JAKAB, É., *Állam és demokrácia. Törvényhozás és törvénykezés az ókori Athénban*. Budapest, 2021.

[6] Zu dieser Begriffsbildung bezüglich des antiken griechischen Rechts siehe WEISS, E., *Griechisches Privatrecht auf rechtsvergleichender Grundlage*. Leipzig, 1923, S. 1-16.

[7] GAGARIN, M., *The Unity of Greek Law, in: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. Cambridge, 2005, S. 29; HAMZA, G., *Comparative Law and Antiquity*. Budapest, 1991, S. 7; OLECHOWSKI, T./GAMAUF, R. (SCHEIBELREITER), *Rechtsgeschichte und Römisches Recht*, Wien 2006, S. 185; WEISS, *Griechisches Privatrecht*. S. 1-16.

[8] Bedeutende und auch heute bekannte Poleise waren noch z.B. Olympia/Elis, Argolid (Argos), Thebe, Catana, Sparta, Gortyn (Kreta), Locri usw.

[9] SEYBOLD, K/UNGERN-STERNBERG, J., *Josia und Solon. Zwei Reformer*. Berlin, S. 128.

[10] SEYBOLD/UNGERN-STERNBERG, *Josia und Solon.* S. 128. mit weiteren Hinweisen.

[11] Eingehend LIPSIUS, J. H., *Das Attische Recht und Rechtsverfahren mit Benutzung des Attischen Processes*. Leipzig, 1905-1915; MACDOWELL, D. M., *The Law in classical Athens.* New York, 1978.

[12] DAVIES, J., *The Gortyns Law. in: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (ed. GAGARIN, M. / COHEN, D.). Cambridge, 2005, 305-327.

[13] GRADENWITZ, O., *Einführung in die Papyruskunde*. Leipzig, 1990; MITTEIS, L./WILCKEN, U., *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*. Zweiter Band. Berlin, 1912.

[14] MITTEIS, L., *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserrechts*. Leipzig, 1891.

[15] MITTEIS: *Reichsrecht und Volksrecht*.

[16] Die Erkenntnisse von MITTEIS sind im Schrifttum und der Wissenschaft allgemein anerkannt geworden. Siehe GAGARIN, *The Unity of Greek Law*, S. 29-30; HITZIG, H. F., *Die Bedeutung des altgriechischen Rechtes für die vergleichende Rechtswissenschaft*. in: (Hg. BERNEKER, E., *Zur griechischen Rechtsgeschichte*). Darmstadt, 1968, S. 124-125; PRINGSHEIM, F., *Ausbreitung und Einfluss des griechischen Rechts*. (Hg. BERNEKER, E., *Zur griechischen Rechtsgeschichte*). Darmstadt, S. 60.

[17] GAGARIN, *The Unity of Greek Law*, S. 29-30.

[18] Ausführlich zu diesen Begriffen siehe insbesondere HIRZEL, R., *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*. Hildesheim, 1966.

[19] MACDOWELL, *The Law in classical Athens*, S. 11-23.

[20] ALLEN, D., *Greek Tragedy and Law*. in: (GAGARIN, M. / COHEN, D., *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*). Cambridge, 2005, S. 374-393.

griechischen Göttersagen,[21] wie die Werke der großen Philosophen (*Platon*, *Aristoteles, Epikur*).[22] All dies erklärt hinreichend, dass die „juristischen Institutionen" zunächst Gegenstand der Arbeiten in erster Linie von Hellenisten waren, und das griechische Recht der Altertumswissenschaft eingegliedert wurde.[23] Das Interesse der juristischen Forschung erweckten früher eher die Gesetze von *Drakon* und *Solon*,[24] sowie der politische und staatsrechtliche Aufbau der Poleisgemeinschaft (vor allem in Athen), aus denen das Demokratieprinzip des Staatslebens, sowie die Grundsätze der Staatslehre und der Politikwissenschaft für die spätere Entwicklung hergeleitet wurden. Dem griechischen Privatrecht und dessen Forschung wurde insoweit lange eine geringere Bedeutung beigemessen. Diese Annäherung zum altgriechischen Recht hatte sich allerdings wesentlich geändert. Anhand der bahnbrechenden Forschungsergebnisse von *Gradenwitz*, *Lipsius, Maschke*, *Mitteis*, *Pringsheim*, *Swoboda*, *Weiss* und *Wolff* sind die charakteristischen Merkmale des altgriechischen Privatrechts sowie der Inhalt der einzelnen Rechtsinstitute[25] erkennbar, aus denen sich das Bild eines entwickelten Privatrechtssystems herauskristallisiert.[26]

2.2 Erscheinungen der Unwirksamkeitsproblematik

Einvernehmen fanden zwei allgemeine Kennzeichen der altgriechischen Unwirksamkeitsproblematik in der wissenschaftlichen Literatur.

Einigkeit herrscht darüber, dass die Vereinbarungen (wie andere rechtlich relevante Verfügungen) auf Grund einer breit verstandenen Privatautonomie im weiten Sinne formlos abgeschlossen werden konnten.[27] Sowohl die Zeugen als auch der Eid verloren ihren im altägyptischen Recht bestandenen Wirksamkeitsvoraussetzungscharakter, sie dienten als bloßes Beweismittel und konnten freiwillig in Gebrauch genommen werden. Gleichwohl ist die Versiegelung als Formvorschrift in dem Sinne, dass eine Urkunde nur dann und so lange gültig bleibt, als sie die unverletzten Siegel aufweist, im griechischen Recht im Gegensatz zum römischen Recht nicht nachweisbar. Das griechische Testament war genauso nicht an bestimmte Formen gebunden.[28]

Mit dem breiten Privatautonomieverständnis und der Formlosigkeit von Rechtsgeschäften hängt der zweite wissenschaftliche Konsens über die griechische Unwirksamkeitslehre zusammen. Nach den Erkenntnissen der rechtsbezogenen Altertumsforschung war die Unwirksamkeit in Altgriechenland überwiegend wegen Willensmängel aufgetreten,[29] wobei die anderen möglichen Unwirksamkeitsgründe eher in den Hintergrund gerückt blieben. Im Gegensatz zum römischen Recht ist das griechische zeitlich sehr bald und auch auf einer verhältnismäßig frühen Entwicklungsstufe dazu übergegangen, nicht an der Erklärung zu haften, sondern einem im rechtsgeschäftlichen Willen[30] mangelhaften Tatbestand die Wirksamkeit zu entziehen und das Geschäft als nichtig anzusehen.[31] Diese Feststellung untermauern nicht nur die in dieser Frage reichlich vorhandenen altgriechischen Rechtsquellen, sondern auch philosophische Werke von *Platon* und *Aristoteles*, auf Grund deren die Grundrisse und wesentlichen Elemente einer „altgriechischen Willenslehre" im Schrifttum rekonstruiert werden konnten.[32] In erster Linie hatte sie die Entdeckung einer hochentwickelten (außervertraglichen) Verschuldenshaftung ermöglicht, dadurch sich auch die Spuren einer willensmängelbezogenen Unwirksamkeit erkennen lässt. Bereits *Solon* hatte „eine letztwillige Verfügung für hinfällig erklärt, wenn deren Inhalt auf Alter, Krankheit oder Wahnsinn und die dadurch hervorgerufene Störung der geistigen Tätigkeit zurückzuführen ist, oder wenn der Erblasser sich von einem Weibe bereden ließ, oder wenn er

---

[21] HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes*; WEISS, *Griechisches Privatrecht*, S. 17-25.

[22] HAMZA, *Comparative Law and Antiquity*, S. 8-13; HATTENHAUER, H., *Europäische Rechtsgeschichte*. 4. Auflage, Heidelberg, 2004, S. 25; HIRZEL, Themis, Dike und Verwandtes, 387-411; JAKAB, É., *Freiheit und Sicherheit in Platons Nomoi*. in: (Hg. KARSAI, K / NAGY, F. / SZOMORA, ZS., *Freiheit – Sicherheit – Strafrecht: Beiträge eines Humboldt Kollegs*, Szeged, 25. 11. 2011), Osnabrück, 2011, 127-240; OBER, J., *Law and Political Theory*. in: (GAGARIN, M. / COHEN, D., *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*). Cambridge, 2005, 394-411.

[23] GERNET, L., *Einführung in das Studium des alten griechischen Rechts*. in: (Hg. BERNEKER, E., *Zur griechischen Rechtsgeschichte*). Darmstadt, 1968, S. 9.

[24] MACDOWELL, *The Law in classical Athens*, S. 41-43; SEYBOLD/UNGERN-STERNBERG, *Josia und Solon.* S. 128-140; SWOBODA, H., *Beiträge zur griechischen Rechtsgeschichte*. SZ 26 (1905), 149-280.

[25] Aus dem gegenwärtigen Schrifttum siehe z. B. JAKAB, É., *The Greek sale of real property*. in: (Ed. KEENAN, J. G. / MANNING, J. G. / YIFTACH-FIRANKO, U, *Law and Legal Practice in Egyp from Alexander to the Arab Conquest: A Selection of Papyrological Sources in Translation, with Introductions and Commentary*.) Cambridge, 2014, 284-304.

[26] GRADENWITZ, *Einführung in die Papyrusurkunde*; LIPSIUS, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren*, 1905-1915; MASCHKE, R., *Die Willenslehre im griechischen Recht*, Darmstadt, 1926; MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*. 1891; PRINGSHEIM, F., *The Greek Law of Sales.* Weimar, 1950; SWOBODA, SZ 26 (1905), S. 149-280; WEISS, *Griechisches Privatrecht*, 1923; WOLFF, H. J., *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten*. Weimar, 1961; WOLFF, H. J., *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*. in: (Hg. BERNEKER, E., *Zur griechischen Rechtsgeschichte*.) Darmstadt, 1968, S. 483-533. Über diese Werke hinaus muss noch auf die Arbeit von SIMONETOS hingewiesen werden, der zur Entdeckung der griechischen Willenslehre beigetragen hat. Siehe SIMONETOS G., *Die Willensmängel in den Rechtsgeschäften nach altgriechischem Recht*. in: (Hg. BERNEKER, E., *Zur griechischen Rechtsgeschichte*.) Darmstadt, 1968, S. 455-482.

[27] LIPSIUS, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren.* S. 685; SIMONETOS, *Die Willensmängel in den Rechtsgeschäften nach altgriechischem Recht.* S. 456; WOLFF, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*. S. 485.

[28] WEISS, *Griechisches Privatrecht*. S. 231-232, 235, 240.

[29] MASCHKE, *Die Willenslehre im griechischen Recht*. 159-171; SIMONETOS, *Die Willensmängel in den Rechtsgeschäften nach altgriechischem Recht.* S. 455-482.

[30] Siehe aber dazu unten Ziffer 2.3 über die Teilnichtigkeit geschriebene Präzisierung dieser Aussage.

[31] WEISS, *Griechisches Privatrecht.* S. 235.

[32] Bezüglich der Entdeckung der altgriechischen Willenslehre ist vor allem das leider seines Todes nicht vollständigen Werkes von MASCHKE, *Die Willenslehre im griechischen Recht,* zu erwähnen. Seine Forschungsergebnisse wurden von SIMONETOS, *Die Willensmängel in den Rechtsgeschäften nach altgriechischem Recht.* S. 455-482, wesentlich erweitert.

durch Fesselung oder einen anderen Zwang genötigt wurde".[33] Im altgriechischen Recht war die physische oder psychische Gewalt zweifellos als Willensfehler angesehen, der zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes führte.[34] Im Schrifttum wird außerdem behauptet, dass die arglistige Täuschung oder der Betrug trotz Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes entzogen habe, während der Irrtum im altgriechischen Recht nicht berücksichtigt wurde.[35] Im altgriechischen Recht war außerdem das Phänomen der „nachgeformten" Rechtsgeschäfte (Schein- oder Fiktivgeschäfte) offenbar bekannt.[36] Sie lagen dann vor, wenn der rechtsgeschäftliche Wille in einen Geschäftstypus eingekleidet wurde, dessen eigentlicher Zweck zwar mit dem beabsichtigten seiner Anlage nach nicht übereinstimmte, dessen Rechtswirkung aber hätte entlehnt werden sollen. Es ist allerdings fraglich, ob und wann sie verboten waren. Im Allgemeinen hatten sie wahrscheinlich im antiken Griechenland nicht zu Unwirksamkeit (oder zum Verbot) geführt, sie waren aber auf den durch das römische Recht beeinflussten Gebieten sicherlich als nichtig zu betrachten.[37]

Über die willensmängelbezogene Unwirksamkeit hinaus sind eher die mangelnden Kenntnisse über die anderen möglichen Nichtigkeitsgründe zu betonen, und nicht deren angebliches Fehlen zu behaupten. Eine allgemeine Unwirksamkeitslehre sowie die begriffliche Unterscheidung zwischen „Nichtigkeit" und „Unwirksamkeit", wie auch eine gesetzliche Prägung dieser Rechtsinstitute waren dem altgriechischen Privatrecht sicherlich unbekannt. Jedoch lassen sich die Spuren eines breiten Bestehens der Nichtigkeitsproblematik anhand der vorhandenen Quellen gut erkennen. Eine allgemeine Aussage, wonach die Rechtsgültigkeit von Verträgen dadurch bedingt gewesen sei, dass ihr Inhalt weder gegen die Gesetze noch gegen die guten Sitten verstieße,[38] scheint gar nicht überzeugend und glaubhaft zu sein. Die gesetzlichen Verbote konnten aber in geringerem Umfang bestimmt zur Nichtigkeit führen. Das Recht von Gortyn verbietet Rechtsgeschäfte über fremdes Vermögen, über streitverfangene und verpfändete Sklaven, sowie im Erbpachtvertrag, wobei die Nichtigkeit der verbotenen Verfügung ausdrücklich bestimmt wurde.[39] Testamentarische Verfügungsverbote konnten auch die Nichtigkeit als Rechtsfolge haben.[40] Direkt wurde die Ungültigkeit bei der Schenkung zum Nachteil der Gläubiger ausgedrückt,[41] obwohl es uns fraglich ist, ob der inhaltliche Unterschied zwischen Ungültigkeit und Nichtigkeit damals bekannt und gebräuchlich war. Die Nichtigkeit galt aber freilich und höchstwahrscheinlich nicht für alle Verfügungsverbote. Vielmals waren diese Verfügungsbeschränkungen und ihre Rechtsfolgen nicht ausdrücklich, sondern umschreibend ausgedrückt. In diesen Fällen gibt es keine eindeutigen Anhaltspunkte für die Nichtigkeit. Die möglichen rechtlichen Konsequenzen der Nichtbeachtung von Verfügungsbeschränkungen waren im altgriechischen Recht nämlich viel variabler, als die bloße Unwirksamkeit.[42] Neben der Nichtigkeit konnte der Verstoß gegen die Verfügungsbeschränkungen dingliche wie auch schuldrechtliche Effekte, persönliche Haftung auf Ersatz, Buße oder Ehrenstrafe auslösen. Die nähere Bestimmung, wie weit ein Recht an einer Sache die Macht zu verfügen einschließt oder nicht, wurde von den Griechen sehr viel und mit größter Freiheit gehandhabt.[43] Diesbezüglich ist die sarkastische Bemerkung *Rabels* zum Nachdenken anregend. „Allein, es ist sogar die Frage, ob nicht auch Rom von einer viel größeren Vertragsfreiheit wusste, als die moderne in diesem Punkt unerbittlich absprechende Pandektenwissenschaft".[44]

2.3 Ausschließliche Geltung einer Art von „Teilnichtigkeit"

Als Ergebnis der Untersuchung altgriechischer Rechtsquelle und einschlägiger juristischer Sekundärliteratur kann die folgende These bezüglich der Gesamt- und Teilnichtigkeitsproblematik nach altgriechischem Recht formuliert werden. Es ist gewiss zu befürworten, dass das altgriechische Recht keine Gesamtnichtigkeit von Rechtsgeschäften, sondern die ausschließliche Geltung einer Art von „Teilnichtigkeit" kannte. Obwohl weder der Begriffsbildung von „Gesamt- bzw. Teilnichtigkeit" noch eine juristische Behandlung dieser Problematik im griechischen Recht oder in der späteren Rechtswissenschaft aufgegriffen wurde, kann die behauptete Ausschließlichkeit der Teilnichtigkeit mit vielen Beweisen untermauert werden. Das Vorliegen einer „Gesamtnichtigkeit" hätte nämlich vorausgesetzt, dass die Griechen ein (einheitliches, ganzes) Rechtsgeschäft gekannt hatten, das zwischen den Parteien bindend und rechtlich (vorm Gericht) durchsetzbar war, und dessen Wirkung das ganze Rechtsgeschäft betreffend entzogen wurde. Diese Voraus-

[33] WEISS, *Griechisches Privatrecht*. S. 235-236. Allerdings bleibt die Frage offen, wie man in diesem Zusammenhang die Beeinflussung durch eine Frau begrifflich erfassen soll. Hinweise dazu in Fn. 50 der zitierten Quelle von WEISS.

[34] LIPSIUS, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren*. S. 684; MASCHKE, *Die Willenslehre im griechischen Recht*. S. 168.

[35] Zu diesem Ergebnis kommt SIMONETOS, *Die Willensmängel in den Rechtsgeschäften nach altgriechischem Recht.* S. 482.

[36] MITTEIS/WILCKEN: *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde.* 116-117; WEISS, *Griechisches Privatrecht.* S. 241.

[37] Dies gilt sicherlich im Falle eines Verstoßes gegen die Soldatenehe. Da die Mitgift eine Ehe voraussetzte, wurde die an und für sich unzulässige Mitgift der Soldatenfrau häufig als Depositum verkleidet. Dieses Rechtsgeschäft wurde vom römischen Richter wegen Gesetzesverstoßes der darin liegenden Handlung für nichtig erklärt. Vgl. WEISS, *Griechisches Privatrecht.* S. 242, sowie weitere Hinweise dort in Fn. 72.

[38] Diese Auffassung ist im Schrifttum von LIPSIUS und etwas vorsichtiger von MASCHE vertreten. Vgl. LIPSIUS, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren.* S. 687; MASCHKE, *Die Willenslehre im griechischen Recht.* S. 131.

[39] RABEL, E., *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders besonders in den Papyri*. Leipzig, 1909, S. 54; WEISS, *Griechisches Privatrecht.* S. 220.

[40] MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*. S. 255; RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders.* S. 54.

[41] WEISS, Griechisches Privatrecht, S. 220.

[42] Siehe die ausführliche Analyse von RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders.*

[43] RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders*. S. 49.

[44] RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders.* S. 54. Im ursprünglichen Text RABELS ist (wie oben in dem Zitat) Rom erwähnt worden, wurde aber offensichtlich (auch) Athen gemeint.

setzungen galten aber (wenn überhaupt) nur teilweise und immer nur für Teile eines „Rechtsgeschäftes", nicht für das Ganze. Daraus folgt, dass die Unwirksamkeit immer nur beschränkt zu wirken geeignet war, und damit nicht die ganze Verfügung erfassen konnte.

Im Schrifttum ist es allgemein anerkannt, dass das altgriechische Recht weder einen einheitlichen Begriff oder das Phänomen des Rechtsgeschäftes noch diejenigen des Vertrages in dem Sinne kannte, dass das Rechtsgeschäft auf die Herbeiführung einer von der Rechtsordnung gebilligte Rechtsänderung gerichtete und bindende Willenserklärung zu verstehen ist.[45] Trotzdem musste ein rechtlich anerkanntes Rechtsinstitut existieren, sonst hätten die erkannten Vorschriften des griechischen Rechts nicht gleichmäßig auf ganz verschiedene Verfügungen Anwendung finden können. Dieses Institut war aber nicht das Rechtsgeschäft (oder der Vertrag), sondern die *„Homologie"*: ein freies Versprechen, etwas zu tun, eine Verpflichtung frei zu übernehmen, also freiwillig zu „homologieren".[46] Die Homologie hatte aber keinen allgemeinen bindenden Charakter zwischen den „Homologierenden", und war vorm Gericht nicht allgemein durchsetzbar. Die griechische Homologie hatte mit dem uns verstandenen Konsensualvertrag im Sinne eines Zusammenklangs mehrerer auf Herstellung obligatorischer Bindungen gerichteter Willenserklärungen nichts zu tun.[47] Ihre wesentlichen Eigenschaften lagen viel mehr in den Folgenden.[48]

Es ist in hohem Maße wahrscheinlich, dass das griechische Privatrecht sich weitgehend als ein System von Aktionen, von tatbestandlich individualisierten Klageformen und Prozessarten dargestellt hat, somit eine Reihe spezifischer Tatbestände sowohl deliktischer als auch nichtdeliktischer Art durch Gesetz mit Klagen ausgestattet waren.[49] Dies bedeutete, dass das Rechtsgeschäft als solche nicht klagbar und gerichtlich durchsetzbar war, sondern nur dessen bestimmte „Teile", die durch die Klagemöglichkeiten erfasst waren. Aus dem Vertrag selbst entstanden also keine allgemeinen gegenseitigen Verpflichtungen, das Rechtsgeschäft zu erfüllen. Wie *Wolff* gezeigt hat, war das griechische Recht z. B. niemals zur Anerkennung direkter Ansprüche des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises und des Käufers auf Lieferung der Sache gelangt. Ebenso kannte das griechische Recht weder eine Klage des Verpfächters oder des Vermieters noch eine solche des Pächters oder des Mieters aus dem Vertrag.[50] Sollte ein Nichtigkeitsgrund (wie z. B. Willensmängel) vorgelegen haben, konnte er sich deshalb nur auf den klagbaren Teil des Rechtsgeschäftes erstrecken, und eine „Teilnichtigkeit" des gesamten Geschäftes zur Folge haben.

Der eingeschränkte Bindungscharakter des Rechtsgeschäftes kann nicht nur mit den gesetzlichen Klagemöglichkeiten, sondern auch mit dem Parteiwillen und der Klagefunktion im Zusammenhang gebracht werden. Die bindende Kraft eines Vertrages lag in der Unterwerfung des Schuldners unter den Zugriff des Gläubigers und nicht bereits in einem bloßen Leistungsversprechen.[51] Der Vertrag als solche war also nicht bindend, er konnte durch die Parteien frei (teils oder gänzlich) erfüllt werden, ohne dass sie eine rechtliche Durchsetzungsunterstützung in Anspruch hätten nehmen können. Zur rechtlichen Verpflichtung war eine gesonderte „Unterwerfung" erforderlich. In den Rechtsgeschäftsteilen, in denen keine Unterwerfung erfolgte, war weder die Leistung erforderlich, noch eine Klage möglich gewesen. Erfolgte die Unterwerfung nur eingeschränkt auf Teile des Rechtsgeschäftes, war die eventuelle Nichtigkeit laut Parteiwillen nur auf den unterworfenen Teil vorgesehen. Die erwähnte Unterwerfung hing übrigens mit der griechischen Klagefunktion zusammen. Im griechischen Gerichtsprozess wurde nämlich der Beklagte nie zu einer Leistung verurteilt, sondern die Klage hatte den Kläger zu einem Zugriff auf dem Vermögen des Beklagten berechtigt.[52] Diese, aus der Sicht des heutigen Rechts ungewöhnliche, „vollstreckungsbezogene" Bindung[53] des Vertrages entstand aus dem freien Willen der Vertragspartei, und konnte entweder den ganzen Vertrag oder dessen Teil erfassen. Die Nichtigkeit war aber auf jeden Fall nur auf den „unterworfenen" Teil des Rechtsgeschäftes anwendbar.

Mit den obigen Ausführungen war gar nicht zu suggerieren beabsichtigt, dass das altgriechische Recht methodisch, dogmatisch oder gar bewusst zu der Entdeckung der Teilnichtigkeitsproblematik gekommen war. Es war weder im Gedanklichen noch anhand der Entwicklung der Privatrechtsnormen dafür geeignet, eine Abstraktion der Teil- bzw. Gesamtnichtigkeit auszuarbeiten. Man darf aber nicht vergessen, dass die sehr breite Privatautonomie- und Vertragsfreiheitsauffassung, sowie die Bindungs- und Durchsetzungscharakter der Rechtsgeschäfte dazu geführt hatte, dass die Nichtigkeit im altgriechischen Recht praktisch nie als Gesamtnichtigkeit, sondern nur als auf Teile eines Rechtsgeschäftes anwendbare Teilnichtigkeit erscheinen konnte.

---

[45] WEISS, *Griechisches Privatrecht*. S. 219.

[46] MASCHKE, *Die Willenslehre im griechischen Recht*. S. 163-165; WOLFF, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*. S. 484. Originelle Quellenhinweise dazu bei PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sales.* S. 35.

[47] WOLFF, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts.* S. 522.

[48] Um die Wortbenutzung und Formulierung zu vereinfachen, wird im Folgenden das Wort *„Vertrag"* oder *„Rechtsgeschäft"* angewendet. Unter diesen Ausdrücken wird aber immer die griechische *„Homologie"* verstanden.

[49] PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sales.* S. 47-48; WOLFF, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts.* S. 490-491. Nach den Aufführungen von WOLFF kann man außerdem behaupten, dass eine generelle Klagemöglichkeit im griechischen Recht nicht gekannt war, sondern die Klagen hatten sich immer nur auf Teilaspekte des Vertrages erstreckt. Siehe WOLFF, a. a. O. S. 493.

[50] WOLFF, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*. S. 490, 497.

[51] WOLFF, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*. S. 495.

[52] WOLFF, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*. S. 490-495.

[53] Damit hängt zusammen, dass WEISS in seiner Monographie über das griechische Privatrecht die Zwangsvollstreckungsfrage als materiellrechtliches Problem abhandelt. Siehe WEISS, *Griechisches Privatrecht*. S. 449-543.

3. Teilnichtigkeit im römischen Recht

3.1 Ausgewählte Charakteristiken aus der Sicht der Teilnichtigkeit

3.1.1 Autonome Rechtsentwicklung

Im Vergleich zu den übrigen antiken Rechtsordnungen hatte die Behandlung von Gesamt- bzw. Teilnichtigkeitsproblematik im römischen Recht eine andere Qualität erreicht. Während in anderen Rechten nur die (eventuellen) Spuren der Teilnichtigkeit mit mittelbaren Folgerungen konstatiert werden können, erschien das Phänomen der teilweisen Unwirksamkeit zweifellos im römischen Recht, und wurde es sowohl in der Praxis als auch in der hochentwickelten römischen Rechtswissenschaft[54] bewusst behandelt. Es handelte sich allerdings immer noch nicht um eine juristische (gesetzgeberische) Prägung oder Begriffsbildung der Teilnichtigkeit, sondern um eine eindeutige Erkennung dieser Problematik und deren praktische Handhabung.

Bei der Untersuchung des römischen Rechts stellt sich sofort die Ausgangsfrage, ob die erwähnte ausdrückliche Erkennung der Teilnichtigkeit auf den Einfluss und die organische Fortentwicklung anderer antiken Rechtsordnungen zurückzuführen sei oder eher eine autonome Rechtsentwicklung des römischen Rechts diese bewusste Behandlung der teilweisen Unwirksamkeit ermöglichte. Die Fragestellung bezieht sich freilich vor allem auf zwei antike Rechte: auf den Codex Hammurapi aus Mesopotamien und auf das altgriechische Recht. In beiden Rechtsordnungen sollte nämlich das Phänomen der teilweisen Unwirksamkeit mindestens sporadisch bekannt gewesen sein. Da der angebliche Einfluss der antiken Rechte auf die Entstehung und Entwicklung des römischen Rechts sowieso häufig Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzungen war,[55] bedarf diese Frage keiner Sonderprüfung bezüglich der Teilunwirksamkeit, sondern die Ergebnisse der allgemeinen Untersuchungen können auch auf die Behandlung des Unwirksamkeitsumfangs als maßgebend betrachtet werden.

Ob der Codex Hammurapi die römische Rechtsentwicklung tatsächlich beeinflusst gehabt hätte, wird im Schrifttum überwiegend verneint.[56] Nicht einmal bei der Entstehung der einzelnen Rechtsinstitute, sondern auch bei der Entstehung des Zwölftafelgesetzes sowie bei dessen Praktizieren lassen sich die Wirkungen des Codex Hammurapi nicht beweisen oder erkennen. Etwas greifbarer sind griechische Einflüsse, wird eine unmittelbare oder gezielte Übernahme griechischer Rechtsinstitute aber ebenso sehr skeptisch beurteilt und eher verzweifelt.[57] Wissenschaftlicher Konsens besteht nur in zwei Aspekten. Zum einen wird die kulturelle Einbettung von Rom im 6. und 5. Jahrhundert v. Ch. in den Mittelmeerraum und die Nähe zu den griechischen Kolonien in Unteritalien als für die Kenntnis griechischen Rechts entscheidender Faktor betont.[58] Dies mag zum anderen dazu beitragen, dass Form und Stil des Zwölftafelgesetzes, sogar vielleicht die Idee selbst, durch ein gemeinsames Gesetz eine Art von Rechtseinheit zu sichern, auf griechische Vorbilder zurückzuführen vermögen.[59] Ob aber das altgriechische Recht der Entstehung und Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitute des Privatrechts beigetragen hätte, kann mit Beweisen nicht belegt werden. Hier wird eher eine autonome Parallelentwicklung römischen Rechts behauptet.[60]

Von dem angeblich fehlenden Einfluss griechischen Rechts auf das römische Privatrecht ist eine viel wahrscheinlichere „geistliche" Wirkung der griechischen Kultur und Philosophen zu unterscheiden. *Hattenhauer* bemerkt es ganz allgemein, „wo es um den Nachweis ihrer vollkommenen Bildung und um rhetorisch-politische Glanzleistungen ging, zeigten auch die römischen Juristen, dass sie bei Griechen in die Schule gegangen waren".[61] Dies betrifft ebenso die Wirkung von griechischen Philosophien in Rom, und dadurch, wie *Schulz* gezeigt hat, die Denkweise von römischen Juristen.[62] Der Einfluss griechischer Philosophien auf die römische Rechtsentwicklung ist übrigens nicht zu unterschätzen. Dies kann gerade für die Behandlung der Teilnichtigkeit im römischen Recht von Bedeutung sein. Bei der Darstellung der „Prinzipien des römischen Rechts" hatte *Schulz* als eines der bedeutendsten Prinzipien des römischen Rechts die „Freiheit" bezeichnet.[63] Obwohl der „Freiheit" eine eigenständige Bedeutung im römischen Recht zukam,[64] wurde sie durch griechische Freiheitsgedanken und Philosophen deut-

---

[54] Ausführliche Darstellung der römischen Rechtswissenschaft siehe bei SCHULZ, F., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar, 1961.

[55] Aus dem reichen Schrifttum siehe z. B. BURCKHARDT, L. / SEYBOLD, K. / UNGERN-STERNBERG, J. (HG.), *Gesetzgebung in antiken Gesellschaften.* Berlin, 2007; GIRARD, P. F., *Geschichte und System des römischen Rechts.* Berlin, 1908, S. 12-52; HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte.* S. 23-34; KASER, M., *Das römische Privatrecht (I). Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. 2. Auflage. München, 1971, S. 19-31; MITTEIS, L., *Das syrisch-römische Rechtsbruch und Hammurabi*. In: SZ 25 (1904), S. 284-297; MÜLLER, D. H., *Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*. Wien, 1903.

[56] Diese herrschende Auffassung wird z. B. von DÜLL, R., *Das Zwölftafelgesetz*. Zürich, 1995, S. 71; MITTEIS, SZ 25 (1904), S. 284-297, und BURCKHARDT, L., *Elemente der Vergleichbarkeit von Gesetzgebung, Elemente der Vergleichbarkeit von Gesetzgebung. Deuteronom – Gortyn – XII Tafelgesetze. Eine Skizze*. in: *Gesetzgebung in antiken Gesellschaften* (BURCKHARDT, L. / SEYBOLD, K / UNGERN-STERNBERG, J. (Hg.), Berlin New York 2007, S. 5, 21, vertreten, während MÜLLER, *Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln,* einen solchen Einfluss, jedoch ohne überzeugende Beweise, für möglich hält.

[57] BURCKHARDT, *Elemente der Vergleichbarkeit von Gesetzgebung*. S. 22, HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte.* S. 26; KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 21.

[58] BURCKHARDT, *Elemente der Vergleichbarkeit von Gesetzgebung*. S. 23; HONSEL, H. / MAYER-MALY, TH. / SELB, W., *Römisches Recht.* Berlin, 1987, S. 6-7.

[59] KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 21 mit Nachweisen.

[60] KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 21. Im Ergebnis auch HONSEL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht*. S. 7.

[61] HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*. S. 26.

[62] SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. S. 69, 73-84.

[63] SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts*. München, S. 95-111.

[64] Ausführlich BALDUS, CH., *Römische Privatautonomie*. AcP 210 (2010), S. 2-31; SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts.* S. 95-111.

lich beeinflusst. *Zimmermann* weist darauf hin, dass die „Freiheit" als charakteristisches Prinzip des römischen Rechts auch bei der Behandlung von Teilnichtigkeitsproblematik eine Rolle spielen durfte.[65] Obwohl diese Feststellung für das gesamte römische Recht zutreffend ist, muss man vor Augen halten, dass das römische Recht in verschiedene Perioden aufzuteilen ist,[66] in denen das Privatrecht unterschiedliche Entwicklungsstufen aufweist, und auch die Teilnichtigkeit unterschiedlich behandelt wurde. Deshalb bedarf die Teilnichtigkeitsproblematik im Folgenden selbständiger Analyse in der archaischen, klassischen und nachklassischen Periode des römischen Privatrechts.

3.1.2 Determinierende Kasuistik

Bevor der Teilnichtigkeitsproblematik in den einzelnen Perioden nachzugehen, sind noch weitere, für die Untersuchung relevante Charakteristiken des römischen Rechts zu erwähnen, die kurz mit einer vielfältigen „Kasuistik" bezeichnet werden können.

Während das (vor allem klassische) römische Recht eine glänzende, für die gesamteuropäische Rechtsentwicklung bis heute prägende Qualität erreicht hatte, darf seine gezielte Einfachheit und Praxisorientiertheit nicht vergessen werden.[67] Dies hatte im Ergebnis zu einer häufig fehlenden (institutionellen) Begriffsbildung und ebenso fehlender dogmatischer Betrachtungsweise der rechtlich zu lösenden Lebensverhältnisse geführt. Gleiches gilt selbst für die Rechtsgeschäfte und ihre Unwirksamkeit. Der Begriff des „Rechtsgeschäftes" oder des „Vertrages" waren den Römern noch unbekannt, sie haben für sie weder eine technische Bezeichnung noch eine Theorie entwickelt.[68] Doch waren diese „Begriffe" vorhanden, wurden zutreffend benutzt und äußerten sich auch sprachlich oft.[69] Dadurch wurden jedenfalls die Entstehung und Entdeckung der Problematik ihrer „Unwirksamkeit" ermöglicht, allerdings immer noch im Rahmen dieser Methodologie. Es wurde nämlich im römischen Recht ebenso keine Dogmatik der Unwirksamkeit ausgebildet, es fehlte sogar für ihre mannigfachen Erscheinungen jede feste Terminologie.[70] Das Vorhandensein des Phänomens und der rechtlichen Wurzeln der Unwirksamkeit zeigt aber allein die Tatsache, dass in der Rechtspraxis mehr als 100 Begriffe zur Beschreibung der Unwirksamkeit gebräuchlich waren.[71] Obwohl diese Vielfalt von unwirksamkeitsbezogenen Begriffen in ein System zu bringen, als aussichtslos erscheint,[72] ordnen sie sich jedoch in ein, auch heute verständliches, kohärentes System der Unwirksamkeitsproblematik ein, in dem auch das Erscheinen der teilweisen Unwirksamkeit konstatiert werden kann.

Die erwähnte Begriffszersplitterung und fehlenden dogmatischen Grundlagen sind auf ein wiederholt zu betonendes Wesensmerkmal des römischen Rechts zurückzuführen, namentlich auf die Eigenart des Aktionensystems und der Prozessbezogenheit römischen Rechts. Der römische Staat tritt zum Schutze der privaten Interessen nur in bestimmten Fällen auf. Die Anzahl der Konstellationen, in denen siegreiches Urteil und Zwangsvollstreckung, ja sogar der Prozess als Rechtsschutzmittel überhaupt zur Verfügung stehen, ist beschränkt. Ein allmählich verwickeltes, aber immer notwendig lückenhaftes System von Prozessbegründungsmitteln zwingt die Praxis zu einer mühsamen Kasuistik.[73] Die aktionenrechtliche Denkweise fuhr verständlicherweise dazu, dass man das Augenmerk vornehmlich auf die Klagemöglichkeit richtete, die Gründe der Unklagbarkeit aber nicht näher analysierte.[74] Daraus folgt, dass es im römischen Recht viel wichtiger war, eine Prozessmöglichkeit zu begründen, die Rechtsgeschäfte zur Erfüllung zu zwingen, als die zur Unklagbarkeit führende Unwirksamkeit dogmatisch und begrifflich auszuarbeiten. Deswegen erschien in der Praxis eine Vielfalt von Umschreibungen der Unwirksamkeit, und musste von Fall zu Fall die Klagbarkeit oder die Unklagbarkeit eines „Rechtsgeschäftes" begründet werden. Dieselben Ausführungen gelten auch für die Teilnichtigkeit, die als solche im römischen Recht nicht problematisiert und thematisiert war. Vielmehr hatte man ganz undogmatisch versucht, von Fall zu Fall Lösungen zu finden, die Interessen der Beteiligten gerecht zu werden, und das Rechtsgeschäft aufrechtzuerhalten.[75]

Schließlich ist auf eine, auch für die Teilnichtigkeit bedeutende Besonderheit des römischen Rechts hinzuweisen. Vor allem während der klassischen Periode besaß die Parallelität

---

[65] ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?* S. 122.

[66] Zu den wohl bekannten Perioden des römischen Rechts siehe z.B. GIRARD, *Geschichte und System des römischen Rechts.* 12-89; HONSEL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht.* S. 2-48; KASER, *Das römische Privatrecht I. und II*.; STEIN, *Roman Law in European History*. 3-37.

[67] Dazu z. B. BALDUS, AcP 210 (2010), S. 2-31; SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*. S. 45-56.

[68] KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 227, 229.

[69] RABEL, E., *Grundzüge des römischen Privatrechts.* 2. Auflage. Darmstadt, 1955, S. 12-13. Zu den erwähnten Ausdrücken siehe etwa: *stipulatio, testamentum, emptio, mancipatio, gerere, contrahere, agere* usw.

[70] FÖLDI, A., *Zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit im modernen Zivilrecht*, in: Hundert Jahre Bürgerliches Gesetzbuch. Entwicklung des Privatrechts im deutschen und mittel-osteuropäischen Sprachraum seit dem Inkrafttreten des BGB (Hg. HAMZA, G.). Budapest, 2006, S. 20 ff.; HONSEL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht.* S. 114; KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 246, ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?* S. 121.

[71] Zunächst hatte HELLMANN laut seiner Untersuchung mehr als 80 Begriffe für die Unwirksamkeit identifiziert. Siehe HELLMANN, F., *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen*. SZ 23 (1902), S. 380-428; HELLMANN, F., *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen* SZ 24 (1903), S. 50-121; HELLMANN, F., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht.* München, 1914. Später hatte STAFFHORST noch etwa 21 Begriffe hingefügt. Vgl. STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 17-18.

[72] Ein Versuch wurde allerdings von HELLMANN (siehe vorige Fn.) unternommen, im Ergebnis eindeutig erfolglos. Die Aussichtslosigkeit einer Systematisierung der römischen unwirksamkeitsrelevanten Begriffe hatte später eindeutig KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 247, bekräftigt.

[73] RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*. S. 3.

[74] KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 246.

[75] ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?* S. 133.

von zwei Rechtsquellenkomplexen, des „Gesetzesrechts“ und des „praetorischen Rechts“ eine erhebliche Bedeutung. Neben dem Recht des „Gesetzgebers“ (*ius civile*) war nämlich das Magistratrecht (*ius honorarium* oder *ius praetorium*) anzuwenden.[76] Beide Rechtsmassen ergänzten und bedingten sich gegenseitig, und bildeten einzeln kein geschlossenes Ganzes.[77] Der Praetor erkannte manche Geschäfte an, die das Zivilrecht nicht gelten ließ, und verweigerte anderen seinen Schutz, die nach Zivilrecht einwandfrei zustande gekommen waren.[78] Ohne diese Dualität der römischen Rechtswirklichkeit können die verschiedenen Erscheinungsformen der Unwirksamkeit inhaltlich nicht verstanden werden. Auch für die genaue Untersuchung der Unwirksamkeit muss daher zwischen der Unwirksamkeit nach *ius civile* und jener nach *ius praetoritum* (*ius honorarium*) unterschieden werden.[79]

3.2 Mangelnde eindeutige Quellen aus der archaischen und frühklassischen Zeit

Die genaue Entstehung und die Anfänge der Erkennung der Teilnichtigkeitsproblematik im römischen Recht sind sehr schwierig festzustellen. Bereits während der archaischen (vorklassischen) Zeit war von den Römern die Vorstellung gewiss anerkannt, dass die Geltung von Rechtsgeschäften von ihrer Anerkennung durch die Rechtsordnung abhängt.[80] Dies zeigen zwei wichtige Regeln des Zwölftafelgesetzes.[81] Wann und mit welchen Überlegungen aber der Gedanke entstand, eine Verfügung der Personen rechtlich (staatlich) nur teilweise durchsetzen zu lassen oder die Rechtsgeschäfte nur teilweise aufrechtzuerhalten, bleibt ungewiss. Diese Unsicherheit gerechtfertigt aber nicht, dass das Phänomen der teilweisen Unwirksamkeit vor dem klassischen Recht völlig unbekannt gewesen wäre. Sie hängt wahrscheinlich eher damit zusammen, dass die unwirksamkeitsrelevanten Quellen aus der archaischen Periode sehr mangelhaft vorhanden sind, und in ihnen die Problematik der teilweisen Unwirksamkeit nicht zum Vorschein gekommen ist.

In seiner wichtigen Monographie über die Teilnichtigkeit im klassischen römischen Recht weist *Staffhorst* darauf hin,[82] dass wir aus der Vor- und Frühklassik vor allem Zitate von Juristen besitzen,[83] die für die Vollnichtigkeit eintreten, obwohl Teilnichtigkeit nicht undenkbar wäre. Das mag aber auf Zufall beruhen, zumal es sich nicht um Fälle handelt, in denen spätere Zeiten für Teilnichtigkeit eingetreten sind. Hinzufügen ist, dass die überlieferten Quellen aus der vorklassischen Periode die Teilnichtigkeit ausdrücklich nie ausschließen, und eine generelle Gesamtnichtigkeit nicht zu Grunde liegen. Insofern kann es mit Sicherheit nicht behauptet werden, dass das Phänomen der Teilnichtigkeit vor dem klassischen römischen Recht unbekannt war. Im Bereich der Mitgift (*dos*) und der vertraglichen Nebenabreden (*pactum adiectum*) dürfte die Anerkennung von Teilnichtigkeit bereits bei beginnender Klassik erfolgt haben. Sobald die *bona fides* den Maßstab bildete,[84] nach dem das Geschäft zu beurteilen war und Nebenabreden auf dieser Grundlage ihrer Geltung erhielten oder verloren, konnten Verträge bei Unwirksamkeit einer Nebenabrede aufrechterhalten werden.[85] Vieles spricht dafür, dass die Teilnichtigkeit im frühklassischen Erbrecht bereits bekannt gewesen sein sollte.[86]

Die hinter den einzelnen Zitaten durchziehenden genauen Überlegungen römischer Juristen können nachträglich sehr schwierig und nur mangelhaft ergriffen werden.[87] Obwohl es ein sehr spekulativer Ansatz ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung der vorklassischen Juristen für die Gesamtnichtigkeit in manchen Fällen als Ergebnis einer präzisen Interessenabwägung mit Einbeziehung einer möglichen teilweisen Nichtigkeit zustande gekommen war. Hier ist kurz zu der obigen richtigen Bemerkung von *Staffhorst* zurückzukehren, nachdem die vorklassischen Juristen der Gesamtnichtigkeit eingetreten seien, obwohl eine Entscheidung zugunsten der Teilnichtigkeit denkbar gewesen wäre. Eklatantes Beispiel kann dafür ein im Schrifttum[88] vielzitiertes Fragment[89] sein, nach dem ein Kaufvertrag wegen anfänglicher objektiver Unmöglich-

---

[76] Ausführlich dazu siehe vor allem KASER, M., *„Ius honorarium“ und „ius civile“*. SZ 101 (1984), S. 1-114.

[77] KASER, SZ 101 (1984), S. 71-72.

[78] HONSEL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht.* S. 115.

[79] Diese gegenseitige Bedingtheit beider Rechtsmaterien und deren Wirkung auf die Unwirksamkeit betont in der jüngsten Literatur KLEIN, J-Ph., *Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht*. Tübingen, 2010, S. 15. In der vorliegenden Arbeit wird die Unwirksamkeit oder Teilunwirksamkeit nach *ius civile* und *ius honorarium* gesondert nicht dargestellt. Für diese Untersuchung hat die Trennung von beiden Rechtsquellen nur insoweit eine Bedeutung, dass die zu der Vielfalt von Erscheinungsformen der Unwirksamkeit wesentlich beigetragen.

[80] HONSEL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht.* S. 114.

[81] Im Bereich des Erbrechts siehe Tabula V.3, auf dem Gebiet des Vertragsrechts Tabula 6. 1. Zu den erwähnten Tabula und dem Zwölftafelgesetz selbst siehe DÜLL, Das Zwölftafelgesetz, S. 37, 39; FLACH, D., *Das Zwölftafelgesetz. Leges XII Tabularum*. S. 96, 199.

[82] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 286.

[83] *Nerva*, *Sabinus* und *Cassius* in Paul. D. 18, 1, 57; *Qiuntus Mucius* und *Servius* in Paul. D. 17, 2, 30, auch in Gai. 3, 149; *Cassius* in Ulp. D. 17, 2, 29, 2. (Hinweise bei STAFFHORTS a.a.O.).

[84] KASER, *Das römische Privatrecht I.* S. 487. Zur geschichtlichen Entwicklung siehe FÖLDI, A., *A jóhiszeműség és tisztesség elve*. Budapest, 2001.

[85] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 286.

[86] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 246 ff.

[87] Zum allgemeinen Problem siehe SCHULZ, F., *Einführung in das Studium der Digesten.* Tübingen, 1916.

[88] Z. B. APATHY, P., *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht*. SZ 111 (1994), S. 95-154; SIKLÓSI, I., *Észrevételek a szerződés részleges érvénytelenségének problémájához*, Acta Facultatis Politico-iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae XLIV (2007), S. 50-52; STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht.* S. 94 mit Hinweisen (in Fn. 325).

[89] Paul. D. 18, 1, 57.

keit im römischen Recht nichtig war. Da eine Teilunmöglichkeit wegen der teilweisen Abbrennung des Kaufobjektes (eines Hauses) in Betracht kommen konnte, ist es fraglich, wie und warum hatten sich die römischen Juristen in der Frage der Gesamt- oder Teilnichtigkeit entschieden. Vorklassische Juristen, wie *Nerva*, *Sabinus* und *Cassius* sprechen schlicht von (Voll-) Nichtigkeit des Vertrages, während der klassische Jurist *Neraz* im Falle einer Teilunmöglichkeit die Teilnichtigkeit für möglich hält.[90] Die Lösung der vorklassischen Juristen ist aus heutiger Sicht als plausibler zu betrachten, denn sie haben die richtige Entscheidung getroffen. Mit der (vollständigen oder teilweisen) Verbrennung existiert kein Haus mehr, unabhängig davon, dass strenggenommen trotz Zerstörung des Hauses eventuell nur Teilunmöglichkeit des Kaufvertrages gegeben ist. Das zerstörte Haus als solche kann nicht mehr verkauft werden und ein solches Geschäft hätten die Parteien sicherlich nicht geschlossen.[91] Die Wirksamkeit des Vertrages davon abhängig zu machen, wie es von *Neraz* vorgeschlagen wurde, ob mehr oder weniger als die Hälfte des Hauses abgebrannt ist, scheint nicht praktikabel und interessengerecht zu sein.[92] Auf Grund dieses Falls kann nicht behauptet werden, dass die Vorklassiker eine Teilnichtigkeit generell abgelehnt hatten. Nur in dem konkreten Fall haben sie zu einem (übrigens richtigen) Ergebnis gekommen, die Gesamtnichtigkeit des Vertrages auch bei angeblicher Teilunmöglichkeit auszusprechen. War der Klassiker *Neraz* weniger ausgebildet als seine Vorgänger, und hatte er Fehlentscheidung getroffen? Nach dem kurz besprochenen Fall wäre diese Folgerung ebenso irreführend. *Zimmermann* weist darauf hin, dass das klassische römische Recht bei der Anwendung der Nichtigkeit im Falle der Unmöglichkeit nicht einheitlich war.[93] In manchen Fällen haben die Römer die Wirksamkeit von Verträgen anerkannt, in denen eine Unmöglichkeit aufgetreten ist, in anderen Fällen ließen sie das Prinzip *„impossibilium nulla obligatio est"*[94] und damit die Nichtigkeit gelten. Dessen Grund mag darin liegen, dass das klassische Recht die Rechtsposition des gutgläubigern Käufers mit Gewährung von Klagemöglichkeit zu verstärken beabsichtigte, was im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages nicht gewährt worden wäre.[95] Diese Überlegungen gelten offensichtlich verstärkt für die Frage der Teilnichtigkeit. Die Aufrechterhaltung von Verträgen im Falle einer Teilunmöglichkeit konnte vielleicht die breite Anwendung der Teilnichtigkeit im klassischen Recht mit sich bringen. Das erwähnte Fragment gibt aber keinen Anhaltspunkt zur Entstehung der Teilnichtigkeit. Sie konnte dennoch bereits für die Vorklassiker bekannt gewesen sein, als sie sich im konkreten Fall für Gesamtnichtigkeit ausgesprochen haben.

3.3 Behandlung der Teilnichtigkeit im klassischen Recht

3.3.1 Reichhaltige Quellen

Seine Blütezeit und zeitlose Größe erreichte das römische Privatrecht während der ersten zweieinhalb Jahrhunderte n. Ch, etwa von *Augustus* bis *Diokletian*. Diesen Zeitabschnitt römischer Jurisprudenz und Rechtspraxis bezeichnet man als „klassisches" Recht.[96] Die bewundernswerte juristische Qualität dieser Periode des römischen Rechts hat weder der Rechtssetzung (Gesetzgebung) noch einer theoretischen Rechtswissenschaft zu verdanken. Die gestaltende und schöpferische Kraft, die das römische Recht zu seiner Größe geführt hat, liegt vor allem bei den einzelnen Juristen.[97] Ihre Wirkung und Bedeutung für die Rechtsentwicklung beschreibt *Kaser* wie folgt.[98] Die klassischen Juristen trieben keine Theorie, sondern gingen von den Einzelfällen aus, in denen sie den Parteien und den Organen der Rechtspflege gutachtlich berieten. Ihre schöpferische Leistung ist in diesen Fallgutachten enthalten, damit das römische Recht den Charakter eines entwickelten Fallrechts empfängt. Die Verallgemeinerungen der Juristen erschöpfen sich darin, zweckmäßige Formulare für die Rechtsgeschäfte und Prozesse aufzustellen und praktische Regelsätze zu entwickeln. Sie denken in den konkreten Rechtsfiguren, aus denen sich das Recht aufbaut, und fügen diese Glieder durch Assoziationen aneinander, ohne zu allgemeinen Begriffen und ihrer systematischen Ordnung vorzudringen. Die theoretische Methode hält nach der Auffassung der Klassiker an der praktischen Aufgabe der Rechtsfindung fest, die konkreten Fälle richtig zu entscheiden, und begnügt sich mit bloßen Ansätzen zu einer theoretischen Begriffsbildung im Dienst dieser Kasuistik.[99] Diese grundlegenden Beobachtungen *Kasers* können mit einem reichhaltigen Quellenkomplex bestätigt und untermauert werden. Die Schriften der römischen Juristen, die als Hauptquelle der klassischen Zeit gelten, sind uns zu einem kleinen Teil aus vorjustinianischer Zeit, stark überwiegend aber in den Digesten Justinians bruchstückweise überliefert worden. Neben ihnen stehen die Konstitutionen der Principes, die wir, abgesehen von wenigen Stücken in justinianischen Sammlungen, vornehmlich im Codex Iustinianus besitzen.[100] Die erwähnten zahlreichen Überlieferungen von Juristentexten haben für die Nachwelt ermöglicht, Detaillösungen des römischen Privatrechts zu entdecken

[90] SIKLÓSI, Acta Facultatis. S. 50-52; STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht.* S. 94-95.
[91] APATHY, SZ 111 (1994), S. 107-108; STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht.* S. 95.
[92] Ebenso STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht.* S. 95.
[93] ZIMMERMANN, *The Law of Obligations.* S. 242.
[94] Celsus, D. 50, 17, 185.
[95] ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*. S. 242.
[96] Zur Begriffsbildung „klassisch" siehe SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. S. 117-119. Ausführliche Darstellung des klassischen Rechts z. B. bei HONSEL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht*. KASER, *Das römische Privatrecht I*.
[97] Eine einführende Analyse römischer Rechtswissenschaft mit der Bewertung der römischen Juristen und Jurisprudenz hatte SCHULZ vorgelegt. Zur klassischen Periode siehe SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. S. 119-130.
[98] KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 2-3, 177-188.
[99] KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 3.
[100] KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 189.

und bewertend aufzuarbeiten. Aus diesem reichhaltigen Quellenkomplex juristischer Schriften ernähren sich immer noch die späteren Forschungen des klassischen römischen Rechts.

Als einen Teil im Ganzen betreffen die bisherigen Ausführungen die Behandlung von Teilnichtigkeitsproblematik während der klassischen Periode. Unter den überlieferten Juristenquellen befinden sich unzählige Fälle, in denen Rechtsgeschäfte nicht insgesamt, sondern nur zu einem Teil von einem Nichtigkeitsgrund erfasst wurden. Das Phänomen der Teilnichtigkeit war im klassischen Recht beweisbar wohl bekannt und bewusst behandelt gewesen, ohne aber entweder eine allgemeine Theorie der Teilnichtigkeit oder seine begriffliche bzw. gesetzgeberische Prägung entwickelt zu haben. Das Sachproblem der Beurteilung solcher teilnichtigen Geschäfte stellte sich den Juristen häufig und in unterschiedlichen Zusammenhängen, wie dies die Überlieferungen von Juristentexten beweisen. Die reichhaltig überlieferten Quellen über die Behandlung der Teilnichtigkeitsproblematik im klassischen Recht sind im späteren Schrifttum im Gegensatz zu früheren Zeiten oder zur nachklassischen Periode römischen Rechts sehr ausführlich und erschöpfend aufgearbeitet und bewertet worden.[101] Dies kann auf etwas wissenschaftsgeschichtlich betrachtend Merkwürdiges zurückgeführt werden. In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts war noch die wissenschaftliche Ansicht verbreitet, dass die Teilnichtigkeit im klassischen Recht unbekannt war und erst in der nachklassischen (byzantinischen) Periode entdeckt wurde.[102] Zwar betrachtete *Kaser* in seiner grundlegenden Arbeit diese These kritisch, beschäftigte er sich noch am Rande mit der Teilnichtigkeit und bemerkte nur lakonisch in einer Fußnote, dass die Teilunwirksamkeit neuer Untersuchung bedarf.[103] Dieses Angebot an die wissenschaftliche Öffentlichkeit hat *Seiler* angenommen. Er hatte sich in seinem Beitrag mit der Teilnichtigkeit im klassischen Recht auseinandersetzt, und hatte durch die Widerlegung der früheren Ansicht bewiesen, dass die Teilnichtigkeit bereits in der klassischen Periode sehr ausführlich und bewusst behandelt gewesen war.[104] Aus der neuesten Literatur ist die Monographie von *Staffhorst* hervorzuheben, in der die mannigfache Erscheinung und Behandlung der Teilnichtigkeitsproblematik im klassischen Recht erschöpfend und detailliert dargestellt wurde.[105]

Die vorliegende Untersuchung betrachtet nicht als ihre Aufgabe, die reiche Kasuistik des klassischen Rechts mit der Analyse der teilnichtigkeitsbezogenen Juristentexte darzustellen. Sie beschränkt sich auf die Festlegung der wesentlichen Ergebnisse der Teilnichtigkeitsforschung der klassischen Periode auf den Gebieten des Vertragsrechts und Erbrechts.

3.3.2 Vertragsrecht

In der klassischen Jurisprudenz waren bereits alle drei Arten von Teilnichtigkeit, so wie die objektive, subjektive und quantitative bekannt, wobei keine Beschränkungen einzelner Arten auf bestimmte Geschäftstypen ersichtlich sind.[106] Die bewusste Behandlung von Teilnichtigkeit ist bei fast allen Unwirksamkeitsgründen nachzuweisen. Meistens ging es um Fälle physischer oder juristischer Unmöglichkeit, teilweise auch um Formfehler oder Verbotswidrigkeit. Auch der Verstoß gegen die *bona fides* konnte die teilweise Unwirksamkeit von Vereinbarungen bewirken. In diesen letzten Bereich gehören unbillige Haftungsbeschränkungen.[107] Dass bei irgendeinem Unwirksamkeitsgrund Teilnichtigkeit nicht möglich gewesen wäre, ist in den überlieferten Quellen nicht zu bemerken.[108]

Die Teilnichtigkeitsproblematik wurde sowohl bei Hauptabreden als auch bei Nebenabreden angewendet. Wenn es um Hauptabrede (wie z.B. Kaufgegenstand, Gegenleistung) ging, konnten Stipulationen, *dotis dictiones*[109] und Kaufverträge nach *ius civile*, Schenkungen nach *ius honorarium* teilnichtig sein. Eine *emptio venditio* (Kauf) und eine *locatio conductio* (Miete, Pacht, Werk- oder Dienstvertrag), bei denen die Gegenleistung verbotenerweise aus Schenkungsabsicht herabgesetzt worden ist, sind nur nach einer in der Minderheit gebliebenen Ansicht unter Abspaltung des Schenkungsteils aufrechtzuerhalten.[110] Obwohl Vollnichtigkeit im klassischen „Gesellschaftsrecht" (*societas*) als Hauptregel galt, konnte die Unwirksamkeit einer Klausel nicht immer die Nichtigkeit des gesamten Gesellschaftsvertrages, sondern nur der Klausel allein bewirken.[111] Nach allgemeiner Auffassung der Klassiker tangierte die Unwirksamkeit der Nebenabreden die Wirksamkeit nicht des ganzen Geschäftes.[112] Dieser Grundsatz wurde beweisbar bei Kaufverträgen, *dos*-Bestellungen (Mitgift), *depositum* und *commodatum* (Leihe) geltend gemacht. Ebenso konnten *pacta* selbst teilnichtig sein.[113]

---

[101] Siehe vor allem BALDUS, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft. Zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens, Teil 2, Frankfurt am Main, 1998, S. 715 ff.; LAMP, *Entwicklung und Auslegung des § 139 BGB.* S. 10 ff.; LANG, *Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte § 139 BGB.* S. 1 ff.; LAPPE, *Die Teilnichtigkeit des gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäftes.* S. 5 ff.; SEILER, in FS für Kaser, S. 127 ff.; SIKLÓSI, Acta Facultatis. S. 45 ff.; STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht.* ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?* S. 121 ff.

[102] BETTI, E., *Diritto Romano.* Band 1. Padua, 1935, 333-334; PARTSCH, J., *Die Lehre von Scheingeschäfte im römischen Rechte*. in: SZ 42 (1921), S. 264-267.

[103] KASER, *Das römische Privatrecht I.* S. 247. Die erwähnte Fußnote ist die Fußnote 10.

[104] SEILER, in: FS Kaser, S. 127-147.

[105] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht.*

[106] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 285.

[107] SEILER, in FS für Kaser, S. 140.

[108] SEILER, in FS für Kaser, S. 128-141; STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht.* S. 285 mit vielen Quellenhinweisen.

[109] Zum Begriff siehe HONSEL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht*. S. 405.

[110] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 285.

[111] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 114-124.

[112] Viele Hinweise bei STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 32.

[113] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 104 ff., 286.

3.3.3 Erbrecht

Im Gegensatz zum Vertragsrecht ergibt sich aus den Überlieferungen des klassischen Rechts auf dem Gebiet des Erbrechts ein viel eindeutigeres und homogeneres Bild zugunsten der Teilnichtigkeit. Es kann festgehalten werden, dass die Teilnichtigkeit des Testaments bei Unwirksamkeit einer Verfügung oder mehrerer Verfügungen die Regel darstellt, während Ausnahmen nur zugelassen werden, wenn es sich um eine unverzichtbare Verfügung handelt oder Besonderheiten des Einzelfalls eine andere Behandlung erfordern.[114] Eine nachvollziehbare Entwicklung hat sich vor allem bei der Unwirksamkeit der *heredis institutio* [115] vollzogen, die anfangs Vollnichtigkeit des Testaments mit sich brachte. Hier haben Honorar- und Kaiserrecht im Laufe der Zeit zugunsten von Teilnichtigkeit eingegriffen.[116] Diese allgemeine erbrechtliche Praxis von der Teilnichtigkeit selbst kann aber weder für noch gegen die Teilnichtigkeit bewertet werden. *Staffhorst* weist darauf hin, dass man in den Quellen weder abweichende Meinungen von der allgemein benutzten Teilnichtigkeit, noch eine Diskussion über die Teilnichtigkeit, noch ein Bewusstsein der Juristen davon, dass sie Testamente teil- oder vollnichtig halten, finden kann, obwohl unzählige Fälle im Sinne der Teilnichtigkeit entschieden werden. Die Juristen gehen fast durchweg auf die Restwirksamkeit des Testaments gar nicht näher ein. Meist wird sie überhaupt stillschweigend übergangen, manchmal nur der Klarstellung halber erwähnt. Diese Situation kann gewiss dadurch erklärt werden, dass die Klassiker die Teilnichtigkeit im Erbrecht durchaus für selbstverständlich hielten und die Teilnichtigkeit als Hauptregel des Testamentsrechts angewendet haben.[117]

3.4 Nachklassische Periode

Die letzte Periode der römischen Jurisprudenz und Rechtswissenschaft begann Mitte des 3. Jahrhunderts n. Ch. mit dem Zerfall des westlichen Römischen Reiches vor dem Machtergreifen *Diokletians*, und endete mit dem Abschluss der Justinianischen Kodifikation im Jahre 534.[118] Diese Periode bezeichnet man überwiegend als „nachklassisches" oder vereinzelt „bürokratisches" [119] römisches Recht. Im Verhältnis zum klassischen Recht gilt aber dieser Zeitraum als ein trauriger Abgang römischen Rechtslebens, der überwiegend mit dem Vulgarismus und für die spätere Zeit, beschränkt auf Osten, dem Klassizismus gekennzeichnet werden kann. Die fortschreitende Vulgarisierung bedeutet die Abkehr vom zunftgerechten Denk- und Ausdruckstil der klassischen Jurisprudenz und den Übergang zu einer im Volk, d. h. in juristischen Laienkreisen verbreiteten Betrachtungsweise mit Vereinfachungen und Vergröberungen juristischer Institutionen.[120] Im Osten dagegen wird später (etwa im 5. Jahrhundert) dieser Niveauverlust und Niedergang der Rechtskultur von klassizistischen Bemühungen teils aufgehalten. Der oströmische Klassizismus bemühte sich um die Wiedergewinnung der klassischen Rechtsliteratur und erstrebte eine Erneuerung der Rechtswissenschaft. Diese wiederbelebte Rechtswissenschaft hatte aber das Niveau des klassischen Rechts nie erreicht, und hatte sogar einen grundlegend anderen Charakter. Sie suchte nicht die wechselseitige Verbindung mit der Praxis, sondern wollte die literarische Hinterlandschaft der Klassiker nur mit theoretisch-spekulativen Mitteln durchdringen und didaktisch verwerten.[121] Für die vorliegende Untersuchung stellt sich freilich die zentrale Frage, ob die kurz gekennzeichneten Entwicklungen des Vulgarismus und östlichen Klassizismus die Unwirksamkeitsproblematik, insbesondere die im klassischen Recht reichhaltig betrachtete Teilnichtigkeitsproblematik, vorwärts gebracht oder gar beeinflusst hatten.

Zwar blieb die vielfältige und vieldeutige Terminologie bestehen, und wurden die Begriffe der Unwirksamkeit nicht durchgebildet,[122] doch hatte sich während der nachklassischen Periode die Unwirksamkeit betreffend vieles geändert. Diese Änderungen vollzogen sich in zwei Bereichen. Einerseits ist eine deutliche Vereinfachung des unwirksamkeitsrelevanten Prozessrechtes zu beobachten.[123] Zum anderen erfolgte eine Verallgemeinerung und Verschärfung der Nichtigkeitsgründe.[124] Hinter beiden Geschehen stecken über die allgemeinen Vulgarisierungstendenzen hinaus die Steigerung der staatlichen Autorität gegenüber privaten Rechtsgeschäften,[125] sowie vor allem bei der Behandlung der Nichtigkeitsgründe die Unterstützung einer zunehmenden Ethisierung des Privatrechts.[126] Prozessrechtlich ist es hervorzuheben, dass der Gegensatz und die Parallelität von *ius civile* und *ius honorarium* verschwunden sind, sowie einzelne Begriffe (wie *actio*, *exceptio*, *in integrum restitutio*) ihren alten Sinn verlieren und in einfacher und ziel-

[114] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 237.
[115] Näheres dazu KASER, *Das römische Privatrecht I*. S. 686.
[116] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 237.
[117] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 236-237.
[118] Zum geschichtlichen Hintergrund dieses Zeitraumes siehe GIRARD, *Geschichte und System des römischen Rechts*. S. 77-80; HONSEL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht*. S. 36-41; KASER, M., *Das römische Privatrecht (II), Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975, S. 3-5; STEIN, *Roman Law in European History*. 22-24.
[119] SCHULZ nennt den Zeitraum von *Diokletian* bis *Justinian* „bürokratische Periode" der römischen Rechtswissenschaft. Ihm ist die Bezeichnung „nachklassisch" nichtssagend und irreführend, da sie die Jurisprudenz dieser Zeit nur als Epilog zur klassischen Jurisprudenz auffasst. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft.* S. 336.
[120] KASER, *Das römische Privatrecht II*. S. 5. Zu seiner vernichtenden ausführlichen Darstellung der Vulgarisierung römischen Rechts siehe noch S. 5-6, 17-31.
[121] KASER, *Das römische Privatrecht II*. S. 6, ausführlicher S. 32-40; siehe noch SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. S. 353-362.
[122] KASER, *Das römische Privatrecht II.* 1975, S. 92.
[123] KLEIN, *Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht*. S. 27.
[124] Vor allem bezieht es sich auf die Nichtigkeit wegen Verbots- und Sittenwidrigkeit.
[125] KLEIN, *Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht*. S. 31.
[126] KASER, *Das römische Privatrecht II.* S. 60-63, 93.

strebiger gestalteten Rechtsmitteln aufgingen.[127] Die Klageansprüche wegen Unwirksamkeit sind wesentlich darauf gerichtet, die bereits bewirkten Geschäftsfolgen rückgängig zu machen. Die *exceptio* gilt weiter eher als Verteidigungsmittel, sobald sie auch das Recht einschließt, sich auf die Unwirksamkeit des Geschäftes zu berufen.[128] Was die Verschärfung und Verallgemeinerung der Nichtigkeitsgründe anbelangt, sind die Verbots- und Sittenwidrigkeit zu erörtern. Während das klassische Recht zwischen *leges perfectae*, *minus quam perfectae* und *imperfectae* unterscheidet,[129] werden seit dem 5. Jahrhundert alle Geschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, stets als nichtig angesehen. Verallgemeinert wird in dieser Zeit auch der Satz, dass die *in fraudem legis*, also zur Gesetzesumgehung geschlossene Geschäfte nichtig sein sollen.[130] Als Zeichnen der Ethisierung des Rechts wurde das Verbot der unsittlichen Geschäfte in allgemeine Regeln gefasst, und generell mit der Nichtigkeit sanktioniert.[131]

All diese Entwicklungen umrissen eine Verstärkung und Verallgemeinerung der Nichtigkeit im nachklassischen Recht, daraus sich eine Annäherung an die Totalnichtigkeit von Rechtsgeschäften resultieren konnte. Jedoch befinden sich in den Überlieferungen aus der nachklassischen Periode keine Anhaltspunke dafür, dass die Generalisierung der Nichtigkeit selbst eine verstärkte Gesamtnichtigkeitsbetrachtung mit sich gebracht hätte. Man kann sogar eine gegenseitige Entwicklung und eine Verbreitung der Teilnichtigkeit beobachten. Die bewusste Behandlung der Teilnichtigkeit war im byzantinischen Recht so verbreitet, dass *Partsch* und *Betti* behaupten,[132] dass die Teilnichtigkeit erst im byzantinischen Recht entdeckt wurde. Zwar wurde diese Meinung wegen ihres Interpolationscharakters[133] und anhand der reich vorhandenen Beweisen des Bestehens der Teilnichtigkeit aus der klassischen Periode später zu Recht widerlegt,[134] zeigt sie jedoch, dass die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften auch im nachklassischen Recht mindestens auf den folgenden Gebieten bekannt und verbreitet war.

Der Unterschied zwischen der Nichtigkeit des ganzen Geschäfts und der eines Teiles je nach Höhe des Kaufpreises ist in einer byzantinischen Stelle bekannt.[135] Den Byzantinern mag der Gedanke im Allgemein nahegelegen haben, dass bei bestehenden Höchstpreisen das Geschäft, welches den Höchstpreis überschritt, insofern gilt, als es dem Höchstpreis entsprechen würde.[136] Die Teilnichtigkeit erschien zweifellos bei der Beurteilung von Scheingeschäften, wobei eine Willenstheorie entwickelt wurde, die unterscheidet, ob bei dem ganzen Geschäft der Wille zur Simulation da ist oder nur bei einem Teil des Geschäftes.[137] Besonders deutlich ging dieser Gedanke bei der Umgehung des Schenkungsverbots im Falle eines Kaufverhältnisses zwischen Ehegatten hervor. An einer Stelle wurde Unterschied zwischen zwei Kaufmodalitäten gemacht. Zum einen zwischen dem Verkauf, der zu Schenkungszwecken gemacht war, zum anderen dem Verkauf mit Nachlass eines Teiles des Kaufpreises. Im ersten Fall, wenn der Geschäftswille dem ganzen Geschäft fremd war, soll das gesamte Geschäft nichtig sein. Im zweiten Fall soll nur der Preisnachlass unwirksam sein.[138]

3.5 Auswertung der Behandlung von Teilnichtigkeitsproblematik

3.5.1 Fehlende eindeutige Orientierung auf die Total- oder Teilnichtigkeit

Im römischen Recht ist weder eine Theorie, noch eine allgemeine Regel, noch selbst das Rechtsinstitut der Teilnichtigkeit entwickelt worden. Es fehlte ganz an einer Abstraktion der Teilnichtigkeit. Die Überlieferungen zeigen jedoch eindeutig, dass das Phänomen der teilweisen Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nicht nur bekannt, sondern sowohl im Vertragsrecht als auch im Erbrecht sehr breit angewendet war. In der Praxis und Jurisprudenz wurde die teilweise Aufrechterhaltung des durch einen Nichtigkeitsgrund betroffenen Rechtsgeschäftes sehr pragmatisch, von Fall zu Fall entschieden. Die zur Teilnichtigkeit führenden Entscheidungen und ihre Begründungen sind aber so unterschiedlich, dass sie kaum auf gemeinsame Nenner zurückzuführen sind.[139] Diese Tatsachen erlauben nur eine sehr vorsichtige Verallgemeinerung und Auswertung der römischrechtlichen Teilnichtigkeitsproblematik zu formulieren. Aus der reichen Kasuistik lassen sich nämlich Tendenzen oder Orientierungen ohne eine unerwünschte Interpolation schwierig herauskristallisieren. Diese Vorsichtigkeit kann im Schrifttum sehr gut beobachtet werden.

Aus den Ergebnissen derjenigen Entscheidungen, in denen der Nichtigkeitsgrund nur einen Teil des Geschäfts erfasst hatte, stellte *Seiler* fest, dass eine Tendenz zur Aufrechterhaltung des Geschäftsteils, der von der Nichtigkeit nicht berührt wird, im klassischen Recht zu beobachten ist. Die Grenzen dieser Aufrechterhaltungsbestrebungen liegen da, wo die Aufrechter-

[127] KASER, *Das römische Privatrecht II.* S. 92.
[128] KASER, *Das römische Privatrecht II*. S. 93, KLEIN, *Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht*. S. 28-29.
[129] FLUME, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*. 4. Auflage, Heidelberg, 1992, S. 340-341; HONSEL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht*. S. 117; KRAMER, R., *Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 134 BGB)*. Mainz, 1976, S. 12-13.
[130] KASER, *Das römische Privatrecht II*. S. 93-94, mit weiteren Hinweisen in Fn. 14.
[131] KASER, *Das römische Privatrecht II*. S. 94.
[132] BETTI, *Diritto Romano*. S. 333-334; PARTSCH, J., *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*. in: SZ 42 (1921), S. 264-267.
[133] Zum allgemeinen Problem der Interpolation siehe ausführlich GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten.*
[134] SEILER, in: FS Kaser, S. 127-147.
[135] D. 18, 1, 57. Hinweis bei PARTSCH, in: SZ 42 (1921), S. 265.
[136] PARTSCH, in: SZ 42 (1921), S. 265-266. Siehe noch dort Fn. 1.
[137] PARTSCH, in: SZ 42 (1921), S. 265.
[138] D. 24, 1, 5, 5. Siehe dazu PARTSCH, in: SZ 42 (1921), S. 266-267.
[139] SEILER, in: FS Kaser, S. 141.

haltung eines Teils zu willkürlichen Eingriffen in das Rechtsgeschäfts führen würde.[140] Die von *Seiler* festgestellte Tendenz bezieht sich aber nur auf die allgemeine Geltungserhaltung des Geschäfts, und nicht auf eine Teilnichtigkeitsorientierung. Die allgemeine Aufrechterhaltungstendenz von Geschäftsteilen konnte aber freilich eine praktische, häufige und undogmatische Anwendung der Teilnichtigkeit im römischen Recht untermauern. In zeitlicher Hinsicht ist eine allgemeine Tendenz zu Teilnichtigkeit laut *Staffhorst* schwierig festzustellen.[141] Der Grund dafür liegt darin, dass keine Fallgruppe bekannt ist, in der unterschiedliche Meinungen von Juristen über einen längeren Zeitraum verglichen werden könnten. Dies erlaubt nur, statt Orientierung von eigenen Entwicklungslinien einzelner Fälle (Rechtsgeschäfte und Nichtigkeitsgründe) zu sprechen. *Zimmermann* stellte dar, dass die römischen Juristen die Teilnichtigkeit als solche nicht problematisiert hatten, sondern ganz undogmatisch kasuistisch Lösungen zu finden versuchten, die den Interessen der Beteiligten gerecht werden sollten. Dies führte häufig zur teilweisen Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes, ohne aber eine allgemeine Tendenz beobachten zu können. Er betont sogar, dass es eine quantitative Teilnichtigkeit im römischen Recht nicht gegeben hat. Trotzdem kommen die römischen Juristen in einzelnen Fällen im Ergebnis zur Aufrechterhaltung auch in quantitativ herabgesetzten Umfang. Dies hängt damit zusammen, dass eine allgemeine Tendenz eher darin zu finden ist, dass die römischen Juristen willkürliche und in ihrem Umfang nicht genau begrenzbare Eingriffe in das Rechtsgeschäft nicht zugelassen, und einmal abgeschlossene Rechtsgeschäfte soweit wie möglich aufrechtzuerhalten versucht haben.[142] *Baldus* untersucht die Teilnichtigkeitsproblematik als Spezialfall geltungserhaltender Auslegung. Er kommt zum Ergebnis, dass die Quellen zur Aufrechterhaltung teilnichtiger Geschäfte keine Tendenz zur Auslegung nach Parteirollen, sondern nur zu am Einzelfall orientierten Erwägungen erkennen lassen.[143] Die bewusste Tendenz zu Teilnichtigkeit ist laut *Baldus* auch deswegen zu bezweifeln, weil die Teilnichtigkeit gegenüber Vollnichtigkeit grundsätzlich eine Bevorzugung des Gläubigers bedeutet, da dieser wenigstens einen Teil des vermeintlich Geschuldeten erhält. Einen prinzipiellen *favor creditoris* kennt das römische Recht ebenso wenig wie einen prinzipiellen *favor debitoris*.[144]

3.5.2 Fehlender allgemeiner Grundsatz von „utile per inutile non vitiatur"

Die Frage, ob die römischen Juristen die Fälle von Teilnichtigkeit nach einer bestimmten Regel (*regula iuris*), oder einem Grundsatz entschieden haben, ist zu verneinen. Die später häufig gebrauchte, und irrtümlicherweise dem römischen Recht zugeschriebene Maxime *„utile per inutile non vitiatur"* [145] ist keine Regel des römischen Rechts.[146] Sie ist zwar auf eine Äußerung *Ulpians* [147] zurückzuführen, wurde aber erst im gemeinen Recht allgemein formuliert und als römische Regel behauptet. Diese Formulierung ist aber im römischen Recht nur in einem konkreten Fall zum Vorschein gekommen, und blieb singulär. Es gab sie in dieser oder ähnlicher Fassung sonst nirgends. *Ulpian* hat lediglich eine „handliche Formulierung" verwandt, die aber im römischen Recht weder als ein Prinzip noch eine Regel verankert wurde.[148]

3.5.3 Begründung der Teilnichtigkeitsentscheidungen

Die Begründung von Teilnichtigkeitsentscheidungen im römischen Recht zeigt ein uneinheitliches Bild. Häufig fehlt sogar die Begründung, warum die Unwirksamkeit sich auf einen Teil des Geschäftes beschränkt. In manchen Fällen kann die Teilnichtigkeitsentscheidung nur mit dem Gebot elementarer Vertragsgerechtigkeit untermauert werden.[149] In anderen Fällen ist das Hilfsmittel der Fiktion in mehrfachen Varianten wesentlicher Bestandteil der Begründungen.[150] Dabei handelt es sich um Begründungsformulierungen, wie „unwichtiges Element" des Vertrages, *„pro non scripta"* geltende Vertragsbedingungen oder um die Fiktion der Teilung des Geschäftes in mehrere selbständige Einzelvereinbarungen. Eine Teilnichtigkeitsentscheidung beruht manchmal auf einfacher Auslegung der Stipulation.[151] Die Teilnichtigkeit wird häufig aus anerkannten allgemeinen Sätzen oder Regeln hergeleitet, wie in *maiore minus est* oder *quot res tot stipulationes*.[152] Auffällig ist, dass diese Begründungen weniger auf dogmatische Überlegungen zurückzuführen sind, sondern sie dienen eher einer praktischen Lösung des gegeben Falles.

---

[140] SEILER, in: FS Kaser, S. 141-142., zustimmend ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit*? S. 133.
[141] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht.* S. 287.
[142] ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit*? S. 133, 201.
[143] BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*. S. 725.
[144] BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*. S. 505 ff., 725., zustimmend STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 288.
[145] „Das Gültige wird durch Ungültiges nicht in Mitleidenschaft gezogen". Die Übersetzung stammt von LIEBS, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*. München, 1998, S. 235.
[146] SEILER, in: FS Kaser, S. 144; STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht.* S. 27.
[147] Ulp. D. 45, 1, 1, 5, (…) *duae sunt quadammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem*". Die Teilnichtigkeit wird von *Ulpian* mit *„neque vitiatur per hanc inutilem"* beschrieben, also mit der fehlenden Einwirkung des unwirksamen rechtlichen Tatbestandes auf den wirksamen. Siehe dazu STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 28.
[148] SEILER, in: FS Kaser, S. 144.
[149] Dazu gehört z. B. die Unwirksamkeit von Haftungs- und Zinsvereinbarungen. SEILER, in: FS Kaser, S. 143.
[150] SEILER, in: FS Kaser, S. 143; STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht.* S. 79, 288; ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?* S. 133.
[151] ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?* S. 133.
[152] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 79, 288.

Als Richtschnur für Teilnichtigkeitsfälle könnte es ein generelles Prinzip geben, Rechtsgeschäfte so weit wie möglich aufrechtzuerhalten. Dieses Prinzip würde man allgemein als *favor negotii* bezeichnen oder es in seine Einzelerscheinungen auftrennen und diese etwa als *favor contractus* für Verträge und *favor testamenti* für Testamente benennen.[153] Ein großer Teil des Schrifttums geht von seiner Existenz aus, obwohl er in den Quellen nicht ausdrücklich erscheint.[154] Die Existenz eines *favor negotii* im römischen Recht hätte sicherlich die Teilnichtigkeitsentscheidungen wesentlich erleichtern können. Er taucht aber leider weder in den Entscheidungsbegründungen, noch in den Juristentexten, noch als allgemeine Regel oder geltendes Prinzip auf. Die Teilnichtigkeitsentscheidungen wurden nicht mit dem *favor negotii* begründet, obwohl im Ergebnis die Teilnichtigkeit zu einer teilweisen Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäftes führte. Deswegen kann der vermutete (ungeschriebene) *favor negotii* eher Ergebnis, als Begründung und Ursache der Teilnichtigkeitsentscheidungen betrachtet werden.

Wesentliches Merkmal der Begründungen von römischen Teilnichtigkeitsentscheidungen ist aus heutiger Sicht, dass die Überlegung, ob die Vereinbarung auch ohne die unwirksame Abrede dem Parteiwillen entspricht, offensichtlich keine Rolle spielte. Keine Begründung lässt sich finden, die sich auf den in der späteren Privatrechtsentwicklung wesentlichen Gesichtspunkt der Parteiabsicht stützt, und zwar selbst dann nicht, wenn in Texten sonst subjektive Merkmale eine Bedeutung besitzen.[155]

4. Exkurs: Verallgemeinerung der Teilnichtigkeit im nachantiken Mittelalter auf römischrechtlicher Basis

Die Entstehung der Teilnichtigkeit als juristische Abstraktion sowie generalisierte Regeln unter den Rechtsnormen ist auf die nachantike mittelalterliche Rechtsentwicklung[156] zurückzuführen.[157] Erst in der durch das alte römische Recht geprägten mittelalterlichen Jurisprudenz wurde die Teilnichtigkeit als Regel aufgefasst. Ausgangspunkt bildete dafür die Diktion von *Ulpian*,[158] die im römischen Recht noch als separate Formulierung galt, in nachantiker Zeit aber als allgemeiner Grundsatz und Regel betrachtet wurde. Die Maxime von *„utile per inutile non vitiatur"* ist zum ersten Mal bei *Accursius*, und später bei *Bonifaz VIII* im Jahre 1298 als Regel erschienen.[159] *Bartolus* stellte die Quelle schon unter die Überschrift *„utile per inutile non vitiatur"*.[160] In dieser Fassung ist die Regel die Jahrhunderte überdauert. Sie ist Bestandteil des Gemeinen und des Pandektenrechts geworden und erscheint bis heute in der Privatrechtsliteratur als der historische Leitgedanke der Teilnichtigkeit.[161] Zwar gilt die Teilnichtigkeit in der Form der Maxime *„utile per inutile non vitiatur"* seit der nachantiken mittelalterlichen Zeit im Gemeinen Recht als allgemeine Regeln, wurde ihr Inhalt weder in der Praxis noch in der Jurisprudenz weiterentwickelt. Erst in dem späteren Gemeinen Recht und durch die Pandektenwissenschaft ist die Teilnichtigkeit als dogmatisches Problem des Privatrechts behandelt, und ihre Existenz und Anwendung wissenschaftlich begründet worden.[162]

[153] STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 32.

[154] Hinweise bei BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, S. 695; STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 32.

[155] SEILER, in: FS Kaser, S. 143.

[156] HAMZA, *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*, S. 57 ff.; HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, S. 291 ff.; KECSKÉS, L., *A polgári jog fejlődése a kontinentális Európa nagy jogrendszereiben*. Budapest, 2009, S. 79 ff.; KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht.* S. 55 ff.; STEIN, *Roman Law in European History.* S. 38 ff.

[157] HONSEL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht*. S. 116; *Lappe*, Die Teilnichtigkeit des gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäftes, S. 6; SEILER, in: FS Kaser, S. 144; SIKLÓSI, Acta Facultatis. S. 68.

[158] Siehe oben § 4 A. II. 5. b). Ulp. D. 45, 1, 1, 5, (…) *duae sunt quadammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem"*. Die Teilnichtigkeit wird von *Ulpian* mit *„neque vitiatur per hanc inutilem"* beschrieben, also mit der fehlenden Einwirkung des unwirksamen rechtlichen Tatbestandes auf den wirksamen. Siehe dazu STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*. S. 28.

[159] Hinweise bei LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln*. 1998, S. 235; SIKLÓSI, Acta Facultatis. S. 68.

[160] ACCURSIUS, *Glossa ordinaria, Digestum novum (ed. Lugduni).* 1569, zu D. 45, 1, 1, 5. Hinweis bei SEILER, in: FS Kaser, S. 145.

[161] SEILER, in: FS Kaser, S. 145.

[162] DARÁZS, L., *Teilnichtigkeit in der deutschen Privatrechtsgesetzgebung der Neuzeit vor dem BGB*. JEHL Vol. 12/2021, No 1, S. 98-104; LAPPE, *Die Teilnichtigkeit des gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäftes.* S. 6; SEILER, in: FS Kaser, S. 144.

Some Issues of Gift Contracts (Donations) in Hungarian Private Law – from a Historical and Comparative Point of View

*Adam Boóc**

Abstract

The author attempts to give an overview of the contract of gift in Hungarian private law. The study applies a very strong historical approach, since it summarizes the most important features of the development of this legal institute. The most important aim of the study is to identify those features of the contract of donation in the history of Hungarian private law, which are also applied by the current Hungarian legislation (Act No. V. of 2013 on the Civil Code of Hungary). The study also contains a couple of proposals for the eventual reform of the regulation of the contract of gift, as well.

Keywords: *donation; contract; historical-comparative; civil law; Roman law; Hungary.*

1. Introduction

In the present paper the author intends to review some of the key issues of the contract of gift in Hungarian private law from a basically historical aspect, also applying a system of comparative criteria. The basic aim of this paper is to refer to some of the problematic issues of the contract of gift (donation) by presenting both the former and presently applicable stipulations of Hungarian private law, which should be taken into account in connection with the relevant jurisprudence resulting from the stipulations of the Civil Code (Act V of 2013, hereinafter referred to as the "Ptk."), which has been in force since the 15th of March, 2014.), and also during any possible future review of the regulation.

In view of the above, the author of these lines intends to review the rules of the contract of gift based on the legislative proposal of the general Civil Code of 1900 (hereinafter referred to as: the "Áptkj."), the legislative proposal of the Civil Code of 1913 (hereinafter referred to as: the "Ptkj."), the legislative proposal of Private Law of 1928 (hereinafter referred to as: the "Mtj."), the old Civil Code of 1959 (hereinafter referred to as: the "rPtk.") and those of the new Civil Code (hereinafter referred to as: the "Ptk.") and furthermore on the basis of the relevant case law, while shedding light on some comparative aspects of the law.[1]

2. Historical roots of gift contract

In the case of the contract of gift, given its specific features, which will be detailed below, the systematic placement thereof is a fundamental issue. There is no doubt that, like many continental legal systems today, the contract of gift is also regulated by Hungarian law in the special part of contract law, amongst the individual contracts. Historically, however, when contemplating Roman law, it should be emphasised that the bilateral or unilateral nature of gift transactions is beyond doubt.[2] Ancient rules of Roman law, such as *lex Cincia* prohibiting of giving gifts above a certain extent adopted in the third century B.C. casts considerable doubt on the contractual nature of donation in early Roman law.

According to Rezső Dell'Adami, even the most thorough scholars of Roman legal sources, such as Friedrich Carl von Savigny did not come to a reassuring conclusion as to the extent

* Prof. Dr. Adam Boóc, PhD., Department of Civil Law and Roman Law, Faculty of Law, Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary, Budapest, Hungary, email: booc.adam@kre.hu

1 In Hungary, the codification of the new Civil Code was in progress on the basis of Government Decree 1050/1998. (IV. 24.). The Civil Code currently in force was adopted by the Hungarian Parliament on the 11th of February, 2013 and, as mentioned above, it entered into force on the 15th of March, 2014, after a preparation period of more than one year. With regard to the gift contract and the codification of the Civil Code see in particular: SZALMA, J., Az ajándékozási szerződés – különös tekintettel a magyar Ptk. rekodifikációjára. In: *Jogtudományi Közlöny* 59 (2004), p. 169-181. For the history of the gift contract in Hungarian private law from the recently available literature, see in particular: GÁL, A., Az ajándékozási szerződés jogtörténeti vonatkozásai, kitekintéssel a hatályos polgári jog szerinti szabályozásra. In: *FORVM Publicationes Doctorandorum Juridicorum. V.* Szeged, 2015, p. 31-46. http://publicatio.bibl.u-szeged.hu/15615/6/forum_doctorandorum_2015_gal_andor.pdf (Time of download: 07/06/2021)

2 For the concept of *donation* in Roman Law, see in particular: FÖLDI, A. - HAMZA, G., *A római jog története és institúciói.* Budapest, 2012[17]., p. 544-546. See also: HAMZA, G., A házastársak közötti ajándékozási tilalom eredetének kérdései a római jogban. In: *AUB (Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensi de Rolando Eötvös nominatae*)19/20 (1977). p. 137-162.

to which early Roman law regarded donation as a bilateral legal transaction.[3] In my view, the fact that Roman law at the time of Justinian clearly stated that the validity of donation clearly requires the intention to give it (*animus donandi*) does not necessarily provide sufficient evidence supporting the bilateral nature of the legal transaction.[4] Nevertheless, the source from Ulpian that considers the issue of acceptance to be crucial among the *pactum donationis*, already reinforces the bilateral nature of the gift transaction.[5]

Rezső Dell'Adami refers to Article 894 of the French *Code Civil*, which considers donation not as a contract (*contrat*) but a transaction (*acte*).[6] Rezső Dell'Adami notes that this wording is due to the fact that Bonaparte Napoleon himself noted at a meeting of the Council of State dealing with the editing of the French *Code Civil* that donation cannot be a contract because it presupposes a reciprocal encumbrance of the contracting parties.[7]

In any case, the use of the word *acte* in the Code is seen by him as evidence that a gift cannot necessarily be interpreted only as a mere contract. It is true, however, as he himself acknowledges, that the additional rules of the French *Code Civil* on the giving of gifts clearly strengthen the contractual nature thereof. József Szalma — who emphasises the peculiarity of French law that therein giving a gift is irrevocable in principle – considers donation in French law to be a legal transaction of a contractual nature.[8]

Bálint Kolosváry, who is considered a devotee of the historical school, is also of the opinion that donation could in principle be included in the category of general legal transactions.[9] He justifies this on the grounds that the donation element, liberality being an essential element of gift giving, would make it permissible for donation not to be included in the category of contracts. At the same time, he himself considers it more appropriate if donation is not regulated within the scope of contracts.

The Hungarian private law proposals and, as already mentioned above, the Ptk. also discusses donation as a certain kind of contract. Nowadays giving gifts in Hungary is considered to be a consensual contract, i.e. one that is entered into by the agreement of the contracting parties. Gáspár Menyhárth – in his essential manual on private law edited by Károly Szladits – clearly states that donation can only be regarded as a kind of contract.[10]

The German BGB, which had and has a historical impact on Hungarian private law, does not mention the word contract in the rules on giving gifts, but instead the term "measure" is used. However, Paragraph 516 (2) of the BGB, which governs donation - concerning the recipient's declaration of acceptance – clearly indicates the contractual nature of donation.[11]

In our view, even if the relevant parties - that is, the donor and the donee - often do not perceive so at all in everyday life, the contractual nature of the giving a gift is indisputable, regardless of whether the gift is given free of charge or by stipulating a related condition.

At the same time, there is no doubt that, especially in the case of immediate gifts (giving actual gifts), the parties often do not even realise that they have actually entered into a contract with each other.

The Ptk. - in an explicitly justified manner - also regulates giving gifts in the Special Part of the Law of Obligations as a type of transfer of ownership contracts, in addition to the contract of sale (the specific types and subtypes thereof) and exchange.[12]

3. The notion of gift contract

Hungarian private law regulation - both the former draft private law codes and the Ptk. - is uniform in that a gift is, *per definitionem*, a contract by which the donor grants an advantage free of charge to another person at his own expense without obligation and the donee accepts it as a gift free of charge.[13]

In this context, it is worth emphasising that the prevailing relevant definition of the Ptk. does not state about the deed of gift that it has to be accepted by the donee.[14] However, both the legal interpretation and practice developed under the scope

[3] DELL'ADAMI, R., Az ajándékozás In: *Jogtudományi Közlöny* 15 (1880 - old series). p. 273.

[4] In connection with *animus donandi* see: Ulp. D. 17, 1, 6, 2. Nikolaus Benke and Franz-Stefan Meissel draws attention to the essential role of the *animus donandi* in Roman case law. See: BENKE, N. - MEISSEL, F. S., *Übungsbuch zum römischen Schuldrecht*. Wien, 1996. p. 30.

[5] *„ Non potest liberalitas nolenti adquiri."* (D. 39, 5, 19, 2.)

[6] See Article 894 of the French *Code civil*: *„ La donation entre vifs est une acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur di donataire qui l'accepte."* See : https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf (Time of download : 27. 06. 2021.)

[7] DELL'ADAMI, R., *op. cit.* p. 273. On codification the French *Code Civil*, see in particular: HAMZA, G., *Az európai magánjog fejlődése. A modern magánjogi rendszerek kialakulása a római jogi hagyományok alapján.* Budapest, 2002, p. 142-144.

[8] SZALMA, *op. cit.* p. 172.

[9] KOLOSVÁRY, B., *A magyar magánjog tankönyve.II. k.* Budapest, 1911[3], p. 197.

[10] SZLADITS, K., *A magyar magánjog IV. k.* Budapest, 1942, p. 422.

[11] See Article 516 of the BGB 516 (*Begriff der Schenkung*): *„(1) Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. (2) Ist die Zuwendung ohne den Willen des anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablauf der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der andere sie vorher abgelehnt hat. Im Falle der Ablehnung kann die Herausgabe des Zugewendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden."* See: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf (Time of download: 27. 06. 2021.)

[12] See: Sections 6: 235 – 237 of the Ptk.

[13] Giving gifts is regulated by the Áptkj. In Sections 1498 – 1518 thereof, by the Ptkj. in Sections 1200 – 1219 thereof, by the Mtj. In Sections 1448 – 1468. §-ban, while the Ptk. regulates it in Sections 6: 235 – 237 thereof.

[14] Cf.: Ptk. Section 6:235 § (1): *„A contract of gift means any contract under which the donor undertakes to transfer the ownership of a thing without any consideration, and the donee undertakes to take possession of the thing."* See: https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1300005.tv (Time of download: 27. 06. 2021.)

of the rPtk are consistent in that a declaration of acceptance by the donee is required for the contract to become valid.[15]

As long as the donee does not make the aforementioned statement of acceptance, the intended act remains nothing more than a mere promise of a gift. According to the author of these present lines, this situation is practically equivalent to a contractual offer and the acceptance thereof with the same content, since in general a contract can only be concluded if the recipient of the offer makes a statement of acceptance to the offeror with its contents identical with the original offer. It should be emphasized that, among other things, the French Code Civil expresses in a very plastically that the explicit acceptance of the promise of a gift is essential for the implementation of giving a gift.[16]

Our existing legal framework does not stipulate the time interval within which the person intended to be given a gift shall react to the promise of a gift, leaving it to the parties to settle it. This in fact meets the requirements of everyday life, especially the scope of giving realia as gifts to be discussed later on. At the same time, the author of these present lines considers it expedient to draw attention to Section 1498 (2) of the Áptkj. Following the example of Paragraph 516 (2) of the German BGB, this particular provision [17] allows the donor, if the grant of a pecuniary advantage has actually taken place (that is to say the actual gift has already been handed over by the donor), to call on the donee to make a statement about accepting the gift.[18] In the opinion of the writer of these lines the possible adoption of this regulation should be considered in the event of a possible revision of certain rules of the gift contracts, as it protects the donor's position and at the same time helps to resolve an uncertain legal situation - the legal fate of the transferred thing.

All of this is also significant because, if the donor's pledge of giving a gift is accepted, then the donee may submit a claim against the donor for the performance of the gift contract. Our older legislation - unlike the current Civil Code – required a written form for the validity of promising a gift.[19] The written form prescribes a private, while the model German BGB (Section 518) prescribes a public document format.[20] The obvious purpose of this rule is to protect the interests of the donor, and in the event of a legal dispute, the taking of evidence is aided by the stipulatory written recording thereof. (As it is well known, current civil law requires written form only in the context of a contract for the gift of immovable property, and therefore not in the context of a promise of a gift.[21])

It should be emphasised that according to the Swiss Law of Obligations Act (OR), the promise of a gift shall be made in writing. If the gift is immovable property or a right relating to immovable property, such promise shall be recorded in an authentic instrument (*acte authentique*).[22] Under our older law, which preceded legislative proposals of private law, if the gift statement was actually accepted by the donee, it is irrelevant to put the promise in writing, as the donor shall provide the gift in question.[23] It is also unnecessary to put a promise of a gift in writing, according to legislative proposals of private law, in the event that the donor immediately hands over the gift to the donee.

However, this latter case leads to another and very common form of giving, that is giving real gifts. In the case of an immediate gift contract, known as *don manuel* in the French legal literature on the subject, no formalities are required.[24] In this case, the contract is fulfilled immediately. In the opinion of the writer of these lines, from a dogmatic point of view, it can

[15] Cf. GELLÉRT, Gy., *A Polgári Törvénykönyv magyarázata.* Budapest, 1998, p. 1690. It is worth mentioning the decision published under number BH1995.33, according to which the document containing the gift contract does not necessarily have to contain the expressions "I give", "I accept"; it is sufficient that the intention to give a gift is recognisable throughout the contents of the document. For the conclusion of the gift contract, the former Hungarian legal practice also required acceptance. In accordance with the stipulations Decision No. 8930/904, the acceptance of a gift requires the express acceptance, which, in accordance with the stipulations of Decision No. 328/905 shall be prepared by the legal representative instead of minors and persons placed under guardianship. The aforementioned decisions are cited by VADÁSZ, L., *Magánjogi törvénykönyvünk és élő tételes jogunk. II. k.* Budapest, 1930, p. 233.

[16] See: *Code civil*, Art. 932: *„ La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprčs."* See: https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf (Time of download: 27. 06. 2021.)

[17] See: Section 516 (2) of the BGB: *„Ist die Zuwendung ohne den Willen des anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablaufe der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der andere sie vorher abgelehnt hat. Im Falle der Ablehnung kann die Herausgabe des Zuwendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden."* See: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf (Time of download: 27. 06. 2021.)

[18] See: *Indokolás a Magyar Általános Polgári Törvénykönyv Tervezetéhez. IV. k.* Budapest, 1902, p. 193. It should be noted that the Ápktj. was significantly influenced by the German BGB, although according to Gábor Hamza the influence of the German BGB can be felt more strongly on the provisions of the Ptkj. See: HAMZA, G., *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*. Budapest, 2002, p. 138.

[19] Cf. Section 1499 of the Áptkj. Section 1201 of the Ptkj., Section 1499 of the Mtj.

[20] It is worth mentioning that the first sentence of Section 1201 of the Ptkj. requires a notarial form in the event that the donor undertakes to provide real estate or building rights.

[21] Cf. Section 6:235 (2) the Ptk.

[22] See Section 243 of the OR: *„La promesse de donner n'est valable que si elle est faite par écrit. La promesse de donner un immeuble ou un droit réel immobilier n'est valable que si elle est faite par acte authentique."* See: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr (Time of download: 27. 06. 2021.)

[23] According to decision No. A C. 3285/1882, the respondent acknowledged that he had promised the claimant that in case the latter was to win a particular lawsuit, then the respondent would purchase a gold watch to the claimant, and that promise was accepted by the claimant. According to the decision, a conditional gift contract was thus concluded between the parties, the validity of which cannot be challenged on the ground that it was not recorded in writing. The decision is cited by: SZLADITS, K. - FÜRST, L. - UJLAKI, M., *Magyar magánjog mai érvényében. Törvények, rendeletek, joggyakorlat. III. rész. Kötelmi jog. II. k.* Budapest, 1934, p. 162.

[24] Concerning the issue of *don manuel* see: TENDLER, R., *Le don manuel: une institution anachronique?* Recueil Dalloz, 1989.

be shown very plastically that acceptance typically manifests itself as implicit behaviour, while in other cases, where no real gift is made, acceptance can even take place in a written statement.

It should be emphasised that this type of donation is very common within the scope of so-called social donation or giving gifts of the ordinary value, which shall be discussed in detail below.

4. Some basic features of gift contract

When defining a gift contract, one way to approach the issue can be the subject of the gift contract. An immanent element of giving a gift is that the donor is obliged to provide financial advantage to the recipient. Thus, a gift is a contract relating to alienation, which distinguishes it from, for example, a contract of sale is that it is free of charge. The financial advantage property, by definition, provides advantage to the donee, and shall reduce the assets of the donor. It follows that the object given and received as a gift shall actually have a value that can be expressed by appropriate means.[25] In the absence of an objective value, the magnitude of which is a secondary in this respect, according to the opinion of the writer of these lines it is not possible to talk about donation.

From the above, it can be concluded that the scope of the gift contract is very wide indeed. It can mean both the actual transfer of things or the provision of services. With regard to the very wide scope of transferring things, it should be emphasised that according to the former Hungarian private law case law, the transfer of shares can also be considered as a gift contract, and the free transfer of ownership is provable even if the donor retains the usufruct of the shares and the securities for himself in such a way that he continues to own them in the name of the donee. In this case, the property right of the thing given as a gift passes to the donee even without an actual delivery thereof.[26] The gift does not necessarily have to be in the possession of the donor at the time of making the gift promise; it can also be acquired later on. (For this case, older private draft laws have developed specific liability mechanisms.[27])

The value-based characteristics of gifts are underlined by the view accepted in the private law literature and in practice that a service that can be provided or obtained for free cannot be considered a gift. The criterion of financial advantage is missing, for example, if someone is allowed to attend a free home concert. In the event that the organisers of the concert charge some entry fee, it is already possible to talk about donation due to the existence of a pecuniary advantage.[28] Free legal aid or free medical care - to the extent that the attorney-at-law or the physician would otherwise charge money for such services - shall be obviously considered as gifts.

A special case of donation is when the donation manifests itself in an omission. A gift can be, for example, leaving a claim time-barred, or if someone does not intentionally appeal against a wrong court decision. According to Bálint Kolosváry it is not possible to speak of a real gift in these cases because important elements of the gift contract – such as the rules on revocation or the donor's warranty – are not applicable at all in these cases.[29] According to Kolosváry, by the way, due to the nature of the gift, it is also not a real gift contract if someone does not accept a favourable contract offer so that the contract can be concluded by someone else.[30] The explanation for this is that although the donor's wealth does not increase, as the donor actually causes a financial disadvantage to him- or herself, but the donee's acceptance as a factual element does not take place, therefore there is no donation in this case, either.

By definition, a gift of immovable property shall not be considered as a gift if the donor retains the right to dispose of the property freely, because this is only a free transfer of use, i.e. in this case only the right of use can be donated.[31]

The legal practice of Hungarian private law also recognises cases according to which the donor has the option to allow the donated property to be transferred to a third party under certain conditions.[32] According to the opinion of the writer of these lines, in a sense, a gift declaration of this kind bears a resemblance in many respects to the possibility of designating substitute heirs.[33]

Furthermore, if someone releases a debt to another person, in which case he or she actually gives a gift to the debtor for the duration of the debt, can also be considered as a case of giving a gift. József Szalma emphasises that the Roman law also distinguished the notion of *solutio indebiti*, that is, the case where the donor did not actually owe, but rather fulfilled a debt owed by the donee.[34]

---

[25] Decision No. K.1915 / 929 can be cited as an argument against it, which, although in the context of a gift offer, states that a parent's statement that, as he or she is not going to marry off the daughter, he or she will assist the son cannot be regarded as a gift offer. This gift offer lacks an indication of a pecuniary advantage, so no gift contract can be prepared from such an offer. The decision is cited by: SZLADITS, *op. cit.,* p. 428.

[26] See: decision No. 7487/1904. Cited by: VADÁSZ, *op. cit.,* p. 234. The author rightly points out that the present case is in fact a case of *constitutum possutorium* determined by the Roman law. It should be noted that constitutum possessorium, probably named after medieval deeds, also occurs very frequently in contracts for pecuniary interest, such as when the seller of the property remains in possession of the property as a tenant for certain economic reasons.

[27] Cf. Sections 1204 – 1205 of the Ptkj.

[28] See: SZLADITS, *op. cit.,* p. 423.

[29] KOLOSVÁRY, *op. cit.,* p. 200.

[30] KOLOSVÁRY, *op. cit.,* p. 198.

[31] It is worth noting that the Roman law has already recognised of giving a right – e.g. that of servitude – as a gift. Cf.: THOMAS, J.A.C., *Textbook of Roman law.* Amsterdam - New York - Oxford, 1976, p. 191.

[32] See: VADÁSZ, *op. cit.,* p. 235.

[33] Cf. BOÓC, Á., Megjegyzések az utóöröklés szabályozására a német és az osztrák magánjogban In: GARAI, B. – TAKÁCS, P. (ed.), *Scire aliquid laus est. Tudományos Diákköri Dolgozatok, 2002. Az ELTE Állam- és Jogtudományi Kar hallgatóinak tudományos diákköri dolgozatai*. Budapest, 2003, p. 61-74.

[34] SZALMA, *op. cit.,* p. 170.

The literature and practice of Hungarian private law can be considered to be uniform in the sense that if someone, as a debtor, fulfils a *naturalis obligatio*, such as a card debt to his creditor, it shall by no means be regarded as giving a gift.[35] The significance of this, in the opinion of the author of the present lines, is that this position also highlights the specific nature of *naturalis obligatio*, according to which the claim cannot be enforced in court, but it still exists, as there is no way to recover voluntary performance.[36] However, it is advisable to pay attention to the reverse version, i.e. if somebody gives something to someone else for free for moral reasons or obligations, it does not in itself exclude that the nature of the transaction is that of a gift contract.

5. Gift contract as a mixed contract

According to several opinions legal literature, an essential element of a gift contract is the donor's intention to donate (*animus donandi*). The existence thereof, as already mentioned, was to some extent required by the Roman law, as well.[37] Gáspár Menyhárth represents an opposing view. According to him, *animus donandi* is nothing more than a subjective moment, a moral reason, and cannot be considered an essential element of a gift contract, and therefore cannot be considered as an essential element thereof, so he deemed the separate requirement and examination of it as being unnecessary.[38]

In the opinion of the writer of these lines, however, it is imperative to examine the intent of the donor when giving a gift, since his or her transactional will — that is, whether he or she really intended to enter into a gift contract — can even be a decisive factor in a particular case. Reviewing the relevant case-law decisions of today's Hungarian legal practice, there is a tendency that the examination of the donor's intention is essential in practice.[39]

All this leads to the problem that certain mixed obligations can often be encountered within the scope of gift contracts.[40] In many cases, the financial advantage is only partially transferred free of charge by the donor, but another part is already dependent on reciprocal services (*negotium mixtum cum donatione*).

Regarding mixed contracts, it is worth noting some of Károly Szladits's observations, which also deal with the issue of *negotium mixtum cum donatione*: *„ Mixed contracts are typical themselves, but they are multi-type contracts in which the types are mixed together to different degrees and according to different efficiencies. It is possible that only one of the contracting parties has two different types of services against a single amount of consideration: e.g. contracts concerning board and lodgings, accommodation at hotels, sanatoriums, boarding schools, emigration contracts. At other times, a single type of contract also includes another contract, such as donation mixed with purchasing (negotium mixtum cum donatione).”*[41]

When negotiating mixed or atypical obligations, the issue of contract classification is not always an easy task. According to the practice of the older Hungarian private law, especially customary law, it was considered giving a gift if the parents gave the gift to their child in such a way that in exchange for that they were obliged to support, heal and bury them in return. An additional condition was that the donated property had to be able to cover these expenses.[42] However, the current Hungarian legal practice appears to be stricter than this, and only considers giving benefits for free as donation.[43]

Gift giving as a mixed legal transaction most often occurs as a sales contract mixed with giving a gift. In the case of real estate business, for example, a contract of sale mixed with giving a gift is very common, especially among relatives. There is usually no assumption in favour of the gift, precisely because it is given free of charge, and in case of doubt, the transaction is classified as a contract for pecuniary interest by the older Hungarian private law practice. However, older case law presumed gratuitousness among family members within the scope of transfers.[44] The burden of proof was therefore reversed in this case and it had to be proved that a contract for pecuniary interest had nevertheless been concluded between the relatives.[45]

---

[35] See e.g.: *Indokolás a Magyar Általános Polgári Törvénykönyv Tervezetéhez,* p. 192.

[36] Cf.: Section 6:121 of the Ptk.

[37] Max Kaser points out that *animus donandi* is required as a separate, subjective element of fact by the Iustinian law. In Kaser's opinion, *animus donandi* is not yet conceptually independent in classical law, it only has a legal effect if the donee appears ready to accept the gift. See: KASER, M., *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*. München, 1968[6], p. 181.

[38] See: SZLADITS, *op. cit.,* p. 423.

[39] In this context, the writer of these lines refers to in particular ad hoc decisions published under No. BH2002.230 and BH2000.490.

[40] It is important to that the term „mixed obligation“ is not to be understood at this point as a Roman legal *terminus technicus*, i.e. not as an obligation that cannot be classified into the categories of Roman legal obligations (*contractus*, *delictum*, *quasi-contractus*, *quasi-delictum*). Cf.: FÖLDI - HAMZA, *op. cit.,* p. 580-581.

[41] SZLADITS, K., *A magyar magánjog vázlata. II. rész.* Budapest, 1933[4] (repr.: Pécs, 1999.), p. 175.

[42] Cf.: KOLOSVÁRY, *op. cit.,* p. 200-201. In that regard Decision No. C 169/1896 is also referred to: *“In accordance with legal practice, a contract for the transfer of property between parents and children, the sole consideration for which is the supporting of the transferring parent, shall not be regarded as a contract for pecuniary interest.”* The decision is cited by: SZLADITS - FÜRST - UJLAKI, *op. cit.,* p. 166.

[43] See: In this regard the writer of these lines refers to Decision No. BH.1995.23, According to which only free benefits can be given against which no commitment of asset value can be opposed, so if the agreement of the contracting parties included the donor's in-kind care, nursing, care, then it shall not be considered as a gift contract.

[44] Cf.: VADÁSZ, *op. cit.,* p. 233-234.

[45] In this regard the writer of these line refers to Decision No. 5823/1930, according to which a contract concerning parental benefit entered into by and between a parent and a child shall be made into a contract effected for consideration in case the son, even for a longer period of time, had been carrying out his activities within the economic environment of his parents before the contract was concluded. The decision is cited by: SZLADITS - FÜRST - UJLAKI, *op. cit.,* p. 168.

With regard to gift contracts concluded between relatives, the following shall be taken into consideration within the scope of the old private law. Article VII of 1886 on Notaries always requires a notarial deed in the case of giving of immovable property as a gift to spouses and engaged partners, and only in the case of movable property only if the movable property has not yet been transferred. Donation between spouses is a separate issue in the light of family law and matrimonial property law issues, which the writer of these lines does not intend to address in this present study. At the same time, the author of this study would like to mention that donation between spouses was also specifically regulated by Roman law, as it was prohibited, with some exceptions.

On the issue of the demarcation between gift contracts and other legal transactions, however, it is worth highlighting a court case that deals with the value of assets transferred from the groom to his bride. According to the Curia (the highest judicial authority in Hungary), the assets which the groom actually handed over to his bride, not for the purpose of fulfilling his marital obligation and acknowledging his fidelity, and whose repatriation was only stipulated if the woman died childless during the existence of the marital cohabitation, shall not be considered as a written penalty, but a gift. The fact that the parties used the term "*Morgengabe*" in the instrument is not relevant to the assessment of the legal relationship.[46] As is well known, *Morgengabe* is a concept known by medieval Germanic marriage law, which according to some sources is similar to the concept of *donatio propter nuptias*, and its emphatic element is that the subject of *Morgengabe* is freely available to the woman.[47]

For other contracts mixed with donation, in most cases the rules of both contracts - e.g. donation and sales - shall be applied appropriately. At the same time, it is conceivable to interpret the contract according to the contract the elements of which are dominant in the given mixed contract. According to the opinion of the writer of these lines, in the case of a gift contract, the interpretation of a gift contract mixed with a sales contract can be very important. As evidence of this a 1925 court decision is hereby referred, according to which that if the value of the transferred property exceeds the purchase price stipulated in return, then such a transfer (in part as donation) can be revoked in case of gross ingratitude.[48]

As can be seen, the *Curia* in this case classified a part of a contract of sale as a donation, and ordered the application of one of the special rules governing gift contracts, namely the right of recourse based on gross ingratitude shown by the donee towards the donor.

In the opinion of the author of these lines, it is also appropriate to mention at this point the issue of donation in the following sense. Our older Hungarian legislative proposals of private law included this possibility in the case of a gift contract.[49] According to the rules of the Roman legal order (modus), the donor expects the donee to behave in a specific way, or to perform an act or task, taking into account the fact of the donation.[50] It should be emphasised that the donor cannot require the donee to perform the devise simultaneously with the gift contract, as gift contracts are free and non-remunerative legal transactions. Therefore, legislative proposals of private law unanimously state that under donation performed together with a devise, the donor (or possibly his or her heir) can only demand performance of the devise from the donee if the donor him- or herself has already performed the related contractual obligations.

The legislative proposals also protect the interests of the donees, as they state that if the value of the gift does not cover the cost of fulfilling the devise for some reason (e.g. the gift is incomplete or a third party has a right to the subject of the gift), the recipient shall be entitled to refuse to comply until the missing amount is appropriately substituted. According to the opinion of the writer of these lines, this is also a very important rule from a dogmatic point of view, because if the recipient is obliged to fulfil the devise on the basis of the donation in all circumstances, if the value of the gift does not cover the cost of fulfilling the devise, then the contract becomes *nolente-volente* bilateral, in fact, unequally bilateral. If the devise is in the public interest, then the performance thereof can also be requested by the competent authority after the death of the donor. In connection with devises of public interest, borderline cases have often arisen between donation and foundation devise. A foundation-like donation containing a public interest order is usually special purpose donation, the use of which is purposeful and, where appropriate, is legally enforceable.[51] It should be noted that in these cases, often all the circumstances of the case allowed for a proper classification.

It is common knowledge that our current civil law regulates devise in the field of the law of succession, among the rules of wills, stating, among other things, that in case of doubt, the disposition of the testator which constitutes of bequeathing property share to a specific person shall be considered as legacy.[52] In the opinion of the author of the present lines, by taking

[46] Decision No. C. 23/1907. The decision is cited by: SZLADITS - FÜRST - UJLAKI, *op. cit.,* p. 163. The decision also applies the principle of private law, according to which individual documents and declarations shall be assessed according to their content and not their title.

[47] See in particular: BRAUNEDER, W., *Neue Privatrechtsgeschichte Europas*. *Am Beispiel Österreichs (bis 1900)*. Wien, 1988[5]. p. 16 and p. 35. Brauneder emphasises that the 13th century *Wiener Neustädter Stadtrecht* contains the following definition: „*Donatio propter nuptias, id est morgengab*."

[48] Decision No. C.2902/1925. The decision is cited by: SZLADITS - FÜRST - UJLAKI, *op. cit.,* p. 167.

[49] Cf.: Sections 1508-1510 of the Áptkj., Sections 1210-1212 of the Ptkj., Sections 1457-1459 of the Mtj.

[50] Regarding the notion of *modus* in Roman law see especially: FÖLDI - HAMZA, *op. cit.,* p. 399.

[51] In a specific legal case, the donor prohibited the use of land donated for the construction of the National Theatre for other purposes. However, due to the fire hazard of the built theatre, the donee suspended performances therein and had houses built on the vacant plot and used the proceeds for the theatre. The heirs of the donor filed a lawsuit against the donee, claiming that the gift was not used for the proper purpose. The *Curia* dismissed the motion. (Md. X. 175. - Rp. I. 8771/1915.) The decision is cited by: VADÁSZ, *op. cit.,* p. 236.

[52] Cf. Section 7:33 of the Ptk. To compare the gift contract and the disposition of property upon death, see in particular: MOLNÁR, H., *Az ajándékozási szerződés és a végintézkedésen alapuló öröklés. https://ptk2013.hu/wp-content/uploads/2020/01/Studia_Molnar224-231o.pdf* (Time of download: 24. 06. 2021.)

dogmatic aspects into account as well, devise could also play an important role in the case of gift contracts, equipped mutatis mutandis with all the safeguards that are also included in the older Hungarian legislative proposals of private law.

6. Performance of gift contracts and the issue of reclaiming a gift

From what has been said so far, it is clear that the gift contract shows most of the similarities with the contract of sale among contracts for pecuniary interest, while the relevant difference is gratuity. The previous proposals of the Hungarian Civil Code stipulated gift contracts after sales and exchange contracts. The rPtk. did not choose this solution, the gift contract was regulated in a separate chapter after business associations. The Ptk. however, regulates donation in Part Three (Express Contracts) of Book Six (Law of Obligations), Chapter XIV (Title-Transfer Contracts).

Some of the rules for donation are similar to the rules for buying and selling, with a number of differences. The most important difference – in which both the older and the current Hungarian private law can be considered uniform – is the responsibility of the donor. The donor is only liable for intent and gross negligence in concluding and performing the contract, including the issue of warranty and warranty of title.

In addition, the rPtk - correctly according to the view of the author of this paper - also concluded that the donor is liable under the general liability rules for any damage caused to the donee's other property in connection with the donation.[53] In that case, the benefit in respect of liability that has been granted to the donor in respect of the benefit being free of charge is actually lost.[54]

The older Hungarian legislative proposals regulated the aggravation of the donor's liability in a dispositive way. In accordance with the stipulations of the Mtj., in the case of intent and gross negligence, the donor is shall be strictly liable if he expressly agrees to it in writing. The Ptkj. also considers the verbal agreement thereto be valid if the donor fulfils the undertaken obligation.[55]

It follows from the above - and subject to the related amended regulation of the current Civil Code now disregarding the responsibility of the donor to be discussed below - that another important issue is how the other rules of contracts for pecuniary interest can be applied within the scope of gift contracts. At this point, however, the issue of default interest is going to be discussed. Based on the above, it is obvious that in the case of concluding a gift contract - to the extent it is not fulfilled immediately, i.e. it is not about giving actual gifts - a contractual performance claim becomes available to the donee concerning the object of the gift as a contractual service. The question arises as to whether the donor shall also be obliged to pay default interest in case he is delayed in fulfilling his contractual obligation, i.e. the provision of the gift.

No such provision can be inferred from the stipulations of the current Civil Code. The older Hungarian legal literature was dealing with this issue. Béni Grosschmid (Benő Zsögöd) – while interpreting the provisions of the Austrian ABGB – states that the older customary domestic law does not allow the payment of default interest in the case of donation.[56] However, the explanatory memorandum prepared for the draft Áptkj. does not rule out the possibility of claiming default interest in the case of donation.[57] This option is available to the contracting parties in a dispositive manner in accordance with the applicable legal provisions.

With regard to the Civil Code currently being in force and with regard to liability for donation, it is worth referring to the findings of Andor Gál: *„ The biggest innovation, however, is the omission of regulation concerning the donor's liability from the text of the law. Given that the legal and proprietary liability provisions set out in the general part of the Law of Obligations apply only to legal and warranty transactions for consideration, this innovation means that the form of liability of the donor has been abolished by the legislator."* [58] It could be interesting how case law can provide answers to this new structure, which does not regulate liability, in the case of a specific legal case.

In the case of a gift contract, the refusal of the donor to perform and the reclaiming of the object of the gift play a very important role. The legislative proposals of Hungarian private law, the current Civil Code and the available literature of private law uniformly emphasise the aspect that if certain conditions are met, the donor should be entitled to refuse to perform the donation (the provision of the gift) and to reclaim the gift, given that the gift is given free of charge.

According to former Hungarian legislative proposals on private law the donor shall be entitled to refuse to give a gift if, in view of his other obligations, it would endanger his own livelihood or supporting the persons he is obliged to support by virtue of the law. As opposed to that the current Civil Code applies the principle of *clausula rebus sic stantibus* to a certain extent, which is, by the way, regulated amongst the general provisions of the Law of Obligations (Section 6: 192 of the Ptk.).[59]

---

[53] Cf. Section 581. (2) of the Ptk.

[54] Cf. PETRIK, B., Az ajándékozási szerződés. In: SÁRINÉ SIMKÓ, É. (ed.), *Szerződéstár. Kommentár a gyakorlat számára.* Budapest, 2003., p. 97. Gáspár Menyhárth deduces from Section 1451 of the Mtj. that the donor shall compensate the damage caused to the donee, which e.g. arises from failure to communicate the inadequacy of the thing. Such, according to Menyhárth, is when someone knowingly gives a sick animal as a gift and the gifted animal infects the donee's other animals. See: SZLADITS, *op. cit.,* p. 431.

[55] Cf. Section 1454 of the Mtj.; Section 1206 of the Ptkj.

[56] ZSÖGÖD, B., *Fejezetek kötelmi jogunk köréből. II. k. (Chapters from our law of obligations. II. vol.)* Budapest, 1900., p. 44. As it is well-known, from 1853, the ABGB also came into force in Hungary, and until 1861 it was a valid source of law. For this see in particular: HAMZA, *Az európai magánjog…* p. 176. It should be noted that not even the current Austrian law does make the donor liable for the delay.

[57] See: *Indokolás.,* p. 198.

[58] See: GÁL, *op. cit.,* p. 45-46.

[59] For the notion of *clausula rebus sic stantibus* see in particular: FÖLDI - HAMZA, *op. cit.,* p. 585[3].

According to the normative text of the Ptk., refusing performance shall be possible if the donor proves that there has been such a material change in his own circumstances or in his relationship with the donee after the offer has been made or the gift contract has been concluded that the performance thereof can no longer be expected of him. In order to refuse performance, in accordance with the stipulations of the Civil Code, the examination of subjective moments – e.g. a change in the personal relationship between the donor and the donee – shall also be necessary.[60] All of this provides for a wider range of judicial discretion than the relevant provisions of the legislative proposals on private law.

The possibility of reclaiming a gift should be clearly distinguished from a refusal to give a gift. The Áptkj., the Ptkj., and the Mtj. gave the opportunity to do so in the following basic cases. The donor may reclaim the gift in the event of a specific emergency or gross ingratitude on the part of the donee. It is also possible that if the donor is placed under custody (under guardianship according to the wording of the Mtj.) due to extravagance, then the custodian (guardian) shall be entitled to reclaim the gifts given within one year prior to the commencement of the custody (guardianship) that have the character of extravagance. It is worth mentioning that this rule was taken over by the Hungarian legislative proposals on private law from the Zurich Civil Code.[61]

An emergency in the donor's life is very similar to a situation where the donor is entitled to refuse performance. According to these, the donor shall be entitled to reclaim the gift if, after the gift has been given, the donor finds himself in an emergency situation which makes it impossible for him to make a living or to fulfil his legal obligations to support certain persons. It is worth mentioning the first sentence of Section 528 (1) of the German BGB, which, unlike the Hungarian drafts, provides an itemised list of the persons supporting whom entitles the donor to whom recover the gift.[62] In these cases, the donee shall only be always liable only to the extent of his enrichment at the time of reclaiming the gift, i.e. it is a kind of *cum viribus* liability.

It is important to mention the rule that the donor shall not reclaim his gift if the donee is in similar need or if the donor has caused his own financial ruin intentionally or through gross negligence. The latter is closely related to the non-Roman regulation that *nemo auditur suam turpitudinem allegans*. According to a principle indirectly recognised by Roman law, often referred to in private law and also found in the Hungarian Civil Code, if someone is attributable to any conduct, they shall rely on it in order to gain an advantage.[63] In summary, if someone deliberately place themselves amongst poor financial circumstances — that is, they intentionally go bankrupt — they do not have the opportunity to reclaim the gifts they have already given.

It is worth noting that Pont IV of the current PK No. 76 is based on the same principle. (Although Resolution No. 76 of the PK was created under the scope of the rPtk., according to Resolution 1/2014 of the Curia adopted to safeguard the uniformity of the civil law, it is also applicable under the scope of the current Civil Code.)

It is common knowledge that Section 6: 237 (3) of the Civil Code clearly states that the donor may reclaim the gift or claim the value replaced by the gift even if there was an assumption known to the contracting parties at the time of concluding the contract, in view of which the donor decided on giving the gift, which assumption has subsequently failed definitively, and without which the donation would not have taken place.

In accordance with the stipulations of Point V of PK No. 76, the donor shall not be entitled to reclaim the gift or the value replaced by the gift if the failure of the presumption serving as the basis of the donation was caused by the donor's attributable conduct.[64] Here, therefore, the attributable conduct of the donor shall be examined in the same way as in the above case, where the subject-matter of the investigation was whether the deterioration in the financial situation was caused by the intentional or grossly negligent conduct of the donor.

Under our former private law, one of the grounds for reclaiming the gift could be the gross ingratitude shown by the donee towards the donor. According to an older ad hoc decision, the unity of a gift contract is represented by the fact that that the gross ingratitude of one of the donees living together with the donor also means a reason for terminating the gift contract.[65] It is very difficult to describe the concept of gross ingratitude; the older Hungarian private law practice has many case studies to judge this particular conduct.[66] By implication, there are behaviours that – such as refusing to assist the donor, expressing grievance against the donor, and, where appropriate, committing a crime - can unquestionably lead to the reclaiming the gift.

In many cases the case law of the *Curia*, when judging gross ingratitude, took the view that the behaviour towards the donor (for example, treating the donor with certain swear words)

---

[60] See: WELLMANN, GY. (ed.), *Polgári Jog. Kötelmi Jog. Harmadik, Negyedik, Ötödik és Hatodik Rész.* Budapest. 2013, p. 66.

[61] See: *Indokolás,* p. 212. It is worth mentioning that the Zurich Civil Code *(Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*) entered into force gradually in 1854-1856 and – as one of the outstanding codification achievements of the 19th century – it also had a significant influence on the Swiss OR and ZGB. In this regard see in particular: HAMZA, *Az európai magánjog…* p. 125.

[62] See: Section 528 (1) of the BGB: „ *Soweit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm, seinen Verwandten, seinem Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen, kann er von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern."* See: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf (Time of download : 27. 06. 2021.)

[63] See Section 1:4 (2) of the Ptk.: *„A person may not rely, in support of his claim, on an unlawful act he has committed."* This principle is not known *expressis verbis* in Roman law; it can be inferred from a case study at a source of Ulpianus (D. 12, 5, 4, 3) that the content of the principle was recognised and accepted by Roman law. In that regard see in particular: FÖLDI - HAMZA, *op. cit.,* p. 551.

[64] To examine the related aspects, see in particular legal case No. BH1999.211.

[65] See: 411/922. Md. XVI. 43. Cited by: VADÁSZ, *op. cit.* p. 239.

[66] In this regard see in particular: SZLÁDITS - FÜRST - UJLAKI, *op. cit.,* p. 168-176.

is a serious disrespect towards the parents as far as the level of social literacy of the contracting parties is concerned, but it is not such a serious insult that would classify as gross ingratitude. In its ad-hoc decision the *Curia* also stated that in a quarrel between the donor's wife and the donee's mother, the insulting term used by the donee does not establish gross ingratitude considering the social status, education of the parties and all the other circumstances of the particular case.[67] Gáspár Menyhárth strongly criticizes the position of the *Curia*, which also takes into account the social status in connection with the issue of gross ingratitude.[68]

To that extent the current Ptk. requires the donee (or his / her cohabiting relative) to commit a serious violation against the donor (or his close relative) in order to be entitled to reclaim the gift.[69] According to the prevailing practice, a serious infringement of the relationship between the parties, disrespect towards the donor shall not, but, for example, criminal conduct (bodily harm, defamation, property crime) or the violation of other legal obligations shall provide a reasonable basis for reclaiming the gift.[70]

According to the opinion of the writer of these lines, in the event of a possible review of certain ground for reclaiming, consideration should be given to whether the gift should also be reclaimable in the event of serious or gross ingratitude of the donee (or his relative) towards the donor (or relative). By definition, it is clearly contrary to today's conception of law to differentiate on the basis of social or educational deficits concerning the issue of judging gross ingratitude, so in this respect the writer of these lines agrees with Gáspár Menyhárth, since the level of social or educational literacy cannot be the considered as a determining factor in legal interpretation. At the same time, in addition to establishing a legal relationship between the parties, the gift contract shall also presuppose a kind of moral relationship, from which it follows that it is rather unfortunate - if, as opposed to the fundamental gratuitousness of the contract - the law leaves the concept of gross ingratitude without the possibility of sanctioning.[71] It is also natural that gross ingratitude should not be misinterpreted, should not result in a vulnerable situation for the donee as opposed to the donor, i.e. the framework within which the donor can reclaim the gift shall not be too extensive. Thus, only in the case of a serious, morally reprehensible ungrateful act or conduct could the gift be reclaimed under the pretext of ingratitude. The elaboration of thereof should basically be the task of the legislator, and later on that of judicial practice.

Our current law also allows for reclaiming the gift - or the value that replaces it - if the presumption on the basis of which the gift was given later on permanently failed and without which the donation did not take place. According to the already referred Resolution No. 76 of the PK, the gift or the value replacing it can only be reclaimed due to the failure of the aforementioned presumption, if an examination of all the circumstances of the donation finds that a presumption concerning a material circumstance triggered the donor to give the gift to the donee, and without this presumption the gist-giving would not have taken place. The burden of proof in this regard lies with the donor. According to the opinion of the writer of these lines it is expressly justified that such an erroneous assumption shall be interpreted relatively strictly, otherwise it would give the donor an overly wide range of possibilities, which could also lead to abuse the related rights. This is exemplified e.g. by court decision published under No. BH 2000.490, according to which the moral expectation of the donor shall not in itself provide reasonable grounds for reclaiming the gift on the basis of a false assumption.

The assumption on which the donation is based may be, for example, the assumption of lasting coexistence. In this regard, court-decision No. BH 1995.406 declares that in the case of elderly people, the intention to live together also includes the expectation that if one of them is in need, the other is going to take care of him or her.

It is worth highlighting that Resolution no. 76. of the PK. addresses important issues of statutory limitation in the event of the final failure of the presumption on which giving the gift was based, as well as the issue of recovery of the gift by the heir of the donor.

The current Civil Code also stipulated that there is no place for recovery if the gift or the value replaced by it no longer exists at the time the infringement is committed or if the donor has forgiven the damage. In our view, the clause that it is forgivable if the donor does not reclaim the gift for an extended period of time without due cause is debatable and raises legal interpretation issues.[72]

Neither our older Hungarian private law, nor the current Ptk., nor the German BGB extend the possibility of reclaiming gifts to ordinary or socially required gifts.[73] It is important to emphasise that the current Ptk. - as opposed to the other provisions already referred to - uses the term "gift of ordinary value". It is clear that the concept of standard rate shall be defined by law enforcement practice, in line with the perception

[67] See: C. 4766/1905., 5138/1909.
[68] See: SZLADITS, *op. cit.,* p. 434[35].
[69] Cf. Section 6:237. § (2) of the Ptk.
[70] See: WELLMANN (ed.), *op. cit.,* p. 68.
[71] It makes sense that if the gift contract itself is invalid, because e.g. it is in violation of good morals, there is no place for reclaiming the gift under the title of gross ingratitude. In such a case, the gift can be reclaimed on the basis of unjust enrichment. See: SZLADITS, *op. cit.,* p. 435.
[72] Cf. Section 6:237 (4) of the Ptk.
[73] Section 1218 of the Ptkj. declares: *„There shall be no place for recovery or withdrawal in respect of a gift by which the donor has fulfilled his moral duty or the requirements of social decency."* Section 534 of the BGB contains the following provision: *„Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung und dem Widerruf."* See: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf (Time of download: 27. 06. 2021.) In accordance with the stipulations of Section.6:237 (5) of the Ptk.: *„Gifts of ordinary value shall not be reclaimed."* See: https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1300005.tv (Time of download: 27. 06. 2021.)

of the public.[74] A gift defined by social decency and a gift of ordinary value are basically concepts with moral content, in the definition of which the relevant era also plays a significant role. It is indisputable that in 1959, at the time of adopting the current Ptk., the standard rate had a different meaning than it has nowadays.

With regard to the concept of the gift of ordinary value, Court Decision No. BH 1994.135 declares the following: "In determining the standard rate, not only the value of the gift but also the object of the gift, the financial situation of the donor, the purpose to be achieved by giving the gift and, in the case of donation between relatives, the prevailing perception thereof in the family play a significant role. A gift not exceeding the standard rate can usually be considered if the gift does not enrich the recipient to such an extent that it would be materially and morally justified to reclaim the gift."

According to the opinion of the writer of these lines, in a society based on market economy, the financial situation and income relations of the actors of the legal relationship shall also be taken into account when examining the concept of the standard rate gift. In a society where there are very significant differences between citizens' wealth and earning potentials, it is very difficult to give an exact line measure to the concept of standard rate gift. While in accordance with the opinion of the writer of these lines the degree of gross ingratitude cannot be differentiated according to property-economic distinctions for ethical and moral reasons, it is precisely for these reasons that differentiating according to income-property situation when determining the notion of giving gifts of ordinary value becomes necessary. Furthermore, according to the opinion of the writer of these lines the codification of civil law, as well as the application and judicial practice shall also pay special attention to this issue.

7. Concluding remarks

To summarise the above, it should be emphasised that the author of these lines referred to some moments in relation to the legal institution of giving gift, which are considered to be appropriate in connection with the case law under the current Civil Code and when reviewing the related rules of gift contracts.

Examples include *(i)* the time limit available for declaring a gift promise, *(ii)* the systematic placement of the devise in the gift contract, *(iii)* the possibility of interest for late payment being enforceable in the gift relationship, *(iv)* the itemised definition of the persons in the case of supporting whom the donor shall be entitled to reclaim the gift in case supporting these persons is endangered, *(v)* re-incorporation of gross ingratitude as a right of recourse into our private law, *(vi)* determination of the gift of ordinary value among current social and other circumstances. The writer of these lines trusts that these comments, albeit modestly, can contribute to the proper future regulation and practice of the gift contract in our legal system.

[74] See: WELLMANN (ed.), *op. cit.* Budapest, 2013, p. 69.

Lawsuits on Cartel Presentation Omission After the 20th Act of 1931 Came into Effect*

*Norbert Varga***

Abstract

In 20th century Hungary, the presentation and registration of cartel contracts were among the most vital factors in the legal operation of cartels. The Hungarian cartel act (the 20th Act of 1931) ordained the presentation of cartel contracts to the minister of trade. The operations of Hungarian cartel law can be reconstructed from judicial practices. However, the available memorials only contain the verdicts of courts of first and second instance, sources that contain the full memorials are rarities. Therefore the information found in the dispositional and reasoning segments of the verdicts shall provide assistance in the examination of the rules valid for material, but above all else, procedural law. My goal is not only to describe the rules of procedural law, but also legal practices based on archival sources in connection to presentation omission within the framework of this essay.

Keywords: *Hungarian cartel law history; cartel procedural law; fining procedures; presentational obligation; cartel supervision.*

1. Introduction

The purpose of the first Hungarian cartel law was to regulate the actions of the members of economic life between the world wars. The 20th Cartel Act of 1931 basically regulated cartel public law, meaning none other than the introduction of cartel supervisory authorities. The responsible minister had a prominent rule amongst cartel supervisory authorities, for cartel contracts were presented to him. In 20th century Hungary, the presentation and registration of cartel contracts were among the most vital factors in the legal operation of cartels. The cartel law ordered the presentation of cartel contracts to the Hungarian royal minister of trade within fifteen days after signing, its omission resulted in sanctions. Apart from presentation, another factor of validity was setting the contract down.[1]

"Hungarian law […] deemed presentation obligatory, and omission brought forward the legal ramification of disannulment, therefore with many agreements or edicts where the question arose whether it can be considered and agreement or edict with the power to "regulate economic competition" that had to be presented at the cartel office, its validity shall be questioned, as well."[2] The cartel office (ministry) strived to broaden its duties, but in the meantime, had to keep in mind "not to interfere unnecessarily with the development of private economy, bot to confine itself to – it there is even a need for the cartel office – only those matters which were referred to the office according to the specific laws"."[3]

Presentation obligation was not limited strictly to the cartel contracts, but also the revised and extended versions. According to the cartel law, two types of agreements fell under the edict of presentation obligation. The first was the agreements and edicts that established legal relations, and the other their modifications and their addenda. According to Nándor Ranschburg, edicts established during the operation of the cartels could only be deemed as the addenda of the cartel contract if it touched upon the contractual legal relationship of the participants. Cartel contracts were basically a private law partnership agreements, and any revision or amendment required the unanimous edict of the members.[4]

* Supported by the János Bolyai Research Scholarship (BO/00198/18/9).

** Dr. Varga Norbert, associate professor, Department of Hungarian Legal History, Faculty of Law, University of Szeged, Hungary, email: vargan@juris.u-szeged.hu

1 *Magyar karteljog. Karteljog Tára*. [Hungarian Cartel Law, Cartel Law Exhibit] vol. 3, Nr. 2, 1933, p. 7. See: P. VI. 3932/1934. In: *Magyar karteljog. Karteljog Tára*. [Hungarian Cartel Law, Cartel Law Exhibit] vol. 5, Nr. 1, 1935, p. 4-6. See also: P. VI. 1158/1934/15. In: *Magyar Karteljog Tára*. [Hungarian Cartel Law Exhibit] vol. 5, Nr. 2, 1935, p. 24.; SCHUSTER, R., A karteltörvény. (1931:XX. t.-c.). [The Cartel Act (20th Act of 1931)] In: *Karteljog Tára*, [Cartel Law Exhibit] vol. 1, Nr. 3, 1931, p. 42.; HARASZTOSI KIRÁLY, F., *A kartel*. [The Cartel] Budapest, 1936, p. 548-549.

2 RANSCHBURG, N., A karteltörvény a gyakorlatban. [The Cartel Act in Practice] In: *Karteljog Tára*, [Cartel Law Exhibit] vol. 3, Nr. 1, 1933, p. 7.; KIRÁLY, F., A karteltörvény gyakorlati alkalmazása. [The Practical Application of Cartel Law] In: *Karteljog Tára*, [Cartel Law Exhibit] vol. 2, Nr. 2, 1932, p. 10.

3 KIRÁLY, 1932, p. 10.

4 RANSCHBURG, 1933, p. 9.

Another vital question that arose was that whether or not belated presentation compensated the omission, and also if an agreement reported after the deadline was valid or not? The cartel act gave an opportunity to report belatedly. "The law itself states that in cases where presentation was omitted or incomplete, the minister of trade had the authority to order the participant obligated to present to fulfil the presentation obligation or completion, and the member is obliged to obey this order."[5] In the sense of legal effect, belated presentation had the same effect on validity as presentation on time. Verification did not affect the validity of the contract, only meting out or shelving fines. According to Paragraph No. 14 of the Cartel Act, the courthouse adjudicating on the matter of verification could only decide on meting out a fine. It could not examine whether a contract was valid or invalid.[6] Regulation 5.381/1931. M. E. elaborated upon the rules of presentation.[7]

Within cartel law, cartel policing law and the cartel supervisory powers of the state were connected by powerful ties. This procedure included orderly fining procedures.[8] According to the cartel act, orderly fine should be meted out on those who omitted the presentation of cartel agreements or edicts, and did not validate the reason of this omission, disobeyed data reporting obligations or hampered taking dispositions into action.[9]

In the first two cases, the responsible courthouse had to attend the case. Responsible courthouse was the institution where the public company or co-operation was originally registered at its launch, and if the registration happened at a foreign courthouse, at the registry court of the base of operation or the domestic representative of the foreign company. If the business was no longer registered at the beginning of the procedure, then the courthouse where it was last registered. The procedure began after the royal legal director filed a request according to the motion of the minister. In specific cases, the special court established within the Curia called the Cartel Court could proceed, if meting out the fine was repeatedly unsuccessful, or if the topic of the procedure was a permanently ban on practicing trade and industry.[10] I do not wish to elaborate upon the practices of the Cartel Court within the framework of this essay, the focus of my discussion shall be the practices of courthouses and high courts of justices according to archival sources.

According to Ferenc Harasztosi Király, among the cases of orderly fines, only those lawsuits of orderly fines had any practical merit that were referred to the jurisdiction of the courthouse, mainly on presentation omission or belated presentation; either these, or lawsuits on the omission of data reporting obligation. With lawsuits on presentation omission, only the responsible minister could propose a fine. Verifications handed in to the minister did not validate business processes, the only hope it gave to the interested parties was that they might be exempted from paying an orderly fine.[11]

Rules of procedure for trade misdemeanours were valid during lawsuits of orderly fines initiated at courthouses. This was established in Regulation 68,400/1914. I. M.[12]

As a principle, imprisonment could not be issued in cases of orderly fines, for the fine meted out due to presentation omission could not be converted to custodial sentences. In specific cases where the fine proved to be irrecoverable, the change could happen if the legal edict specifically allowed it.

2. The Beginning of the Procedure

The process was initiated by the legal director, according to which he presented that in 1933, Mihály Schwarz, Mihály Menzer and Ignácz Ádler timber merchants established an agreement that fell under the effect of Paragraph No. 1 of the Cartel Act on timber, bricks and potteries- They presented the cartel contract to the minister of trade on 12th April, 1933, however, the appendix of the contract that contained the list of set sales prices and was an integral part of the document was only presented to the minister on 4th May, 1933. Therefore the participants committed a presentation failure, not to mention without adequate reasoning. Therefore due to presentation omission, the minister ordered the legal director to initiate the proceeding of orderly fine. The legal director requested the Royal Courthouse of Kalocsa to initiate a proceeding of orderly fine according to Regulation 68,400/1914. I. M.[13]

Among the documents of the legal action held at the Royal Courthouse of Pécs, the request of the deputy attorney general of the treasury, according to which he initiated a proceeding of orderly fine against the First Lime and Steam-Cured Brick Factory of Pécs D-Deutsch, Hochstädter and Co. Steam-Cured

[5] RANSCHBURG, 193, p. 10.
[6] RANSCHBURG, 1933, p. 11.; SCHUSTER, 1931, p. 44.
[7] DOBROVICS, K., *Kartelismeretek*. [Cartel Knowledge.] Budapest, 1937, p. 70-73.
[8] HARASZTOSI, 1936, p. 546-547.
[9] LŐW, T., A gazdasági versenyt szabályozó megállapodások bemutatásáról. [On the Description of the Agreements Regulating Economic Competition] In: *Magyar Jogi Szemle*, [Legal Survey of Hungary] vol. 16. 1935, p. 350.
[10] LŐW, 1935, p. 351; DOBROVICS, K., A karteljogi rendbüntetés gyakorlata. [The Practice of Cartel Orderly Fine] In: *Közgazdasági Értesítő*, [Economic Bulletin] 1934. vol. 24, Nr. 33, 1934, p. 10; DOBROVICS, K., A karteltörvény három évi gyakorlata. – A kartelszerződés érvényességi kellékei. [The Three-Year Practice of Cartel Law – The Accessories for the Validity of Cartel Contract] In: *Közgazdasági Értesítő*, [Economic Bulletin] vol. 30, Nr. 4, 1935, p. 9.; DOBROVICS, K., *A kartelek helyzete és működése Magyarországon*. [The Situation and Operation of Cartels in Hungary] Budapest, 1934, p. 208. On the operation of cartel supervisory authorities, see: SZABÓ, I., A kartellfelügyelet szervezete és hatásköre az 1931. évi XX. törvénycikk nyomán. [The Organisation and Authority of Cartel Supervision According to the 20th Act of 1931] In: *Versenytükör*, [Competition Mirror] vol. 12, special Nr. 2, 2016. p. 68-75.
[11] HARASZTOSI, 1936, p. 548., LŐW, 1935, p. 352., RANSCHBURG, N., *Karteljog kartelszervezet. A gazdasági versenyt szabályzó megállapodásokról szóló 1931. évi XX-ik törvénycikk (karteltörvény) magyarázatával és végrehajtási rendeletekkel*. [Cartel Law, Cartel Organisation. Contains the Explanation and Execution Decrees of the 20th Act of 1931 on the Agreements Regulating Economic Competition] Budapest, 1931, p. 124-125.; DOBROVICS, 1937, p. 133-134.
[12] DOBROVICS, 1934, p. 209; RANSCHBURG, 1931, p. 127.
[13] Cg. 187/1933. The Bács-Kiskun County Archives of the National Archives of Hungary (henceforth: BKML.) VII. 2. c.

Brick Factory of the Pécs-Rácváros General Area and Dóczi Eisner. The memorials also contained cartel contracts that were presented to the minister of trade belatedly, after the fifteen-day deadline. "The Royal Legal Directorate requests that due to the fact that since the respondents committed omission according to Subsection No. 1 of Paragraph No. 14 of the 20th Act of 1931, a proceeding of orderly fine should be initiated, a fine should be inflicted upon the respondents and the legal directorate should be informed of the orders."[14]

At the courthouse, an ordinary judge heard the proceeding of orderly fine who, as the presenter of the case, informed the respondent(s) that bypassing the examination and the hearing is available by stating a document of proof within fifteen days of receiving the appeal to do so. The courthouse always decided by a three-member council that nobody could be a member of who acted as an investigator in any given case. In courthouses where a separate council was established for trade matters, this council attended to orderly fine cases. Where no such council was established, then one of the civil action councils reached the decision.

After this, based on all the officially received information, the court decided whether to mete out a fine or dismiss the case. The interested parties and the royal legal directorate received the order made during a closed session. In this sense the aforementioned regulation reserved the role of public prosecutor to the legal director, however, due to the practice of the courts, the legal director acted this part in this case.[15]

The aforementioned lawsuit initiated at the Courthouse of Kalocsa ended up in an order according to which the participants were asked to state a document of proof.[16] In connection to this, the participants stated the document of proof with which they wished to prove that they did not omit their legally binding presentation obligation.[17] Their document of proof states that according to them, no omission happened because the price list appendix was not established at the same time as the contract, and after it was agreed, it was submitted to the minister for presentation within the allotted timeframe.[18]

Within eight days after delivery, the participants could appeal against the order at the responsible courthouse. The appeal had a postponing effect on the execution. Anybody who could not enforce his rights for any reason during both the first and second instance of the lawsuit, could file an application for restitutio. However, one could not file such an application because of omission. The application for restitutio could be filed with the courthouse within thirty days after the missed hearing deadline or the deadline of the missed legal redress.[19]

Functionally, Paragraphs 464-466 of the Code on Criminal Procedure ('CoCP') were valid for the application. It had to contain the reasoning behind the omission and the corroboratory information and data. The omitted memorial and the application for restitutio had to be filed together. If an action of appeal was omitted, then the application was submitted by the responsible court of the first instance to the assigned court of the higher instance. In cases where the court upheld the application for restitutio, then it also acted for the omission to be provided. The High Court of Justice had the final say in the case.[20]

In the lawsuit against the Nagykovácsi Lime Works Inc. and the Lime and Artificial Stone Mortar Sales Inc., the respondents stated in their application for restitutio that the agreement was not finished on 20th March, 1933, for only the draft agreement was signed on the aforementioned date. The court did not accept the written presentation, therefore meted out a fine, for it was considered a malfeasance of Paragraph No. 14 of the Cartel Act.[21]

In another case, the Royal Court of Budapest dismissed an orderly fining procedure already in progress. The court instituted legal action against prime defendant Hungaria Chemical Fertilizer, Sulphuric Acid and Chemical Factory Inc., second-party defendant Manfréd Weisz Stell and Ironworks Inc. and third-party defendant Orion Copper Smelting and Blue Vitriol Works Inc. due to an omission against Paragraph No. 14 of the 20th Act of 1931 standing for the treasury attorney and the legal directorate. The legal directorate wanted to sue the companies for their agreement on blue vitriol contained statutes on production, circulation and price formation that regulated economic competition, and it was forwarded to the minister of trade belatedly.

In their application for restitutio, the complained presented that the agreement's formation date was not 18th August, 1932, but 7th October, 1932 due to dragging negotiations. According to their point of view, "the date of 18th August, 1932 appeared mistakenly on the presented agreement.[22] After the actual signing, the agreement was presented within the deadline. The court established that the "date of the formation of the contract is the date when all contracting parties sign the document".[23] In such cases the contract had to be presented after the Chemical Fertilizer Sales Inc. signed it, therefore the commissioned accepted the commission. During the procedures, the factor that the contract dated October was the valid and final one was also proven. Therefore the date stated in the draft was a slip of the pen.[24]

[14] P. 4224/1934. The Baranya County Archives of the National Archives of Hungary (henceforth: BML.) VII. 2. d.
[15] HARASZTOSI, 1936, p. 549.
[16] Cg. 187/3/1933. BKML. VII. 2. c.
[17] Cg. 187/1933. BKML. VII. 2. c.
[18] Cg. 187/1933. BKML. VII. 2. c.
[19] HARASZTOSI, 1936, p. 549.
[20] HARASZTOSI. 1936, p. 549.
[21] Cg. 35537/3. In: 5812/1934. BFL.
[22] Cg. 34426/8. In: 5863/1933. BFL.
[23] Cg. 34426/8. In: 5863/1933. BFL.
[24] Cg. 34426/8. In: 5863/1933. BFL.

In the aforementioned cartel case of brick factories at the Courthouse of Pécs, one can fully reconstruct the lawsuit based on the remaining memorials, especially the statement of the application of restitutio. The respondents filed their application of restitutio because of the appeal of the courthouse. As the representative of the participants, the legal representative of the First Lime and Steam-Cured Brick Factory of Pécs submitted the application. To his letter, he attached two agreements which were cartel contracts. To sum up their contents, they established a sales office, and charged the Bank House of Gyula Tausz with its leadership, who shall serve as the director of the "Sales Office of the Brickmakers of Pécs"[25] The unified contract contained two sections regulating the legal relationship of the brickmakers and an external contract detailing the relationship of the brickmakers and Gyula Tausz. The contract only became valid when all participants signed it in written form. According to Regulation 5831/1931. M. E., contracts only had to be presented after they were finalized. In their application, they also drew the court's attention to the fact that none of the agreements contained the signature of Gyula Tausz. Gyula Tausz was unavailable at the signature times 10th and 15th June, because he was abroad due to an illness from 1st June to 17th June, therefore the agreement was signed after his return. In the application of restitutio, they admitted the defect of form. "The agreement addressed to Gyula Tausz – after he signed it – needed a proper date and the copy signed and dated by him would have been the one to present, therefore avoiding any misunderstanding."[26] They attached a signed copy of the agreement, and requested the annulment of the case without a fine meted out.

The statement of the court was as follows: the participants made an agreement on 10th June, 1934 with the definite purpose of selling bricks and potteries made by them at a unified, jointly agreed price. The purchase price and the gains shall be shared equally.

The agreement with Gyula Tausz sent to the court attached to the aforementioned application of restitutio did not contain any cartel-like regulations and it was signed on 15th June, 1934. However, only three of the respondents actually signed it. It was presented to the ministry of trade on 6th July, 1934 therefore the court stated that the respondents are guilty of omission as described in Subsection No. 1 of Paragraph No. 14 of the 20th Act of 1931, they committed trade misdemeanour as described in Paragraph No. 14 of the 20th Act of 1931 therefore a fine of 30 Pengős was meted out for every participant. The court stated that the validity of the agreement reached by the three participants did not need the signature of Gyula Tausz. Therefore the court did not deem the facts concerning Gyula Tausz relevant. The courthouse deemed that the agreement with Gyula Tausz is not identifiable as a cartel contract. However, with the fine's amount, the court took into account that the respondents' misdemeanour is a mild one, for they missed the presentational deadline only by 11 days.[27]

If deemed necessary, the court had the power to order an examination to find out the bearings of the case. In such cases, it sent out an investigator selected from its own judicial apparatus or its notaries. The investigator's task was to find out the bearings of the case, and using this as foundation, the courthouse determined whether to dismiss the case or institute a legal action. To do so, the investigator questioned the respondent and acquired all data and evidence necessary to determine the bearings of the case.[28]

During the questioning of witnesses and experts, the rules of the CoCP served as guidelines.[29] Any business employee summoned as witness could be exempted by the court or the investigator from the description of circumstances that were not linked or not important to the case and if it would lead to confidential business secrets coming to light. If the investigator deemed an audit necessary, he had to ask for the court's decree. The only reason why this action could be valid if it was necessary to establish the omission or action under scrutiny. If a petition was necessary to carry out the procedural step, one had to turn to the responsible county court. The courthouse that ordered the examination could order the investigator to either continue or cease the examination.[30]

In connection to the aforementioned blue vitriol cartel, the surviving court verdicts make it clear that the responsible courthouse questioned Pál Bernauer and Andor Klein as witnesses during the oral hearing.[31] During the legal action against the Zsolnai Porcelain and White Ware Inc., Coal Mining and Brick Factory Company and Loyd Ceramic Works Inc., Károly Havas and Illés Fillencz were questioned. After the court established the bearing of the case, they dropped the cased against the respondents.[32]

During another case, the court requested the expertise of the Cartel Court before reaching a verdict.

The legal director could oversee the examination to protect common interest, according to which he could examine the investigation documents; on the topic of whether to continue or dismiss the examination, he sent a proposal to the investigator who could file a plea for legal remedy. The respondent was also entitled to the latter two, and could hire an attorney, whose

[25] P. 4224/3/1934. BML. VII. 2. d.
[26] P. 4224/3/1934. BML. VII. 2. d.
[27] P. 4224/3/1934. BML. VII. 2. d. On the creation and contents of cartel contracts, see: HOMOKI-NAGY, M., Megjegyzések a kartellmagánjog történetéhez. [Comments on the History of Cartel Private Law] In: *Versenytükör*, [Competition Mirror] vol. 12, special Nr. 2, 2016, p. 45-52.
[28] HARASZTOSI, 1936, p. 550.
[29] The testimony of Ernő Schey: Cg. 35030/9. In: 1158/1934 BFL.; DOBROVICS, 1934, p. 15.
[30] HARASZTOSI, 1936, p. 550.
[31] Cg. 34426/8. In: 5863/1933. BFL.
[32] Cg. 35174/5. In: P. VI. 1152/9/1934. BFL.

rights were also established in the CoCP. The attorney could only be a practicing, Bar Association-member lawyer.[33]

The plaintiff did not have the right to intervene or suggest during neither the examination, nor the rest of the procedure, was not allowed to plead or receive legal remedy. However, the plaintiff was allowed to report any and all circumstances that aided the exploration of the omission or the prohibited action or advanced the verification to the investigator, the courthouse or the High Court of Justice. Not to mention the plaintiff could request to be questioned if he or she was not summoned to do so, and which the courthouse and the High Court of justice was obligated to ordain under the penalty of nullification.

After the examination was finished, the investigator forwarded the documents to the courthouse. Based on these documents, the courthouse either dismissed the case or ordered its continuation. Dismissal was stated by a court warrant. In any other case, the date of the oral hearing was set. In cases of actions or omissions which fell under the jurisdiction of the criminal code currently in effect, the case had to be transferred to a criminal court.[34]

The High Court of Justice objected to the appeal of the legal directorate on Warrant No. 35779/2 in the lawsuit against the Chionin Drug Company and Chemical Factory Inc. due to omission according to Paragraphs No. 2 and 14 of the Cartel Act instituted by the court of the second instance at the Courthouse of Budapest, and its warrant, referred to Paragraph No. 1 of the 5th Act of 1878, according to which the law specifically establishes which actions and misdemeanours are criminal activities.[35] In such cases, the case must be transferred to a criminal court.

If the bearings of the case were clear, the courthouse had the authority to begin the hearing. Before that, the respondent was ordered to make a statement within a 15-day deadline.[36] This summon could be omitted in cases if an international delivery proved to be difficult. If the respondent's location was unknown, the hearing would begin as planned.

The warrant that ordered the beginning of the hearing had to state the action or misdemeanour that initiated the legal action against the respondent, not to mention the location of the jurisdiction. The rules of the CoCP were valid on the topic of the publicity of the hearing. The court could order a closed session to protect confidential business secrets.[37] The rules of the CoCP were also valid on the direction and policing of the hearing.[38]

At the same time, the courthouse had to ensure that the participants, the witnesses and the experts are summoned. Individuals that were announced after the legal action was instituted could also be summoned. The respondent received a warning that his absence did not hinder the continuation and discussion of the case, he was free to hire an attorney and send said attorney to the hearing.[39] If the respondent's location was unknown, then the delivery was replaced with publishing the warrant to appear once in an official paper. At least 15 days had to separate the delivery of the warrant and the date of the hearing. During the legal action, if the respondent was a natural person, apprehension, putting in custody or remanding was not allowed, which is a significant difference compared to criminal actions.[40]

The beginning of the hearing was marked by reading the mandatory warrant out loud, after which the judge shortly described the case. The participants' absence did not affect the process of the hearing. Witnesses and experts were brought forward, and in order to do so, the hearing could be put on hold for several hours.

In the following, the present respondent was questioned by the president on the action or omission that resulted in the legal action, not to mention that the members of the judicial council, the legal director and the attorney could also ask their questions.[41] The taking of evidence took place afterwards.

After the evidence was taken, the legal director submitted his motion to the court, followed by the attorney and finally, the respondent taking the floor. In this section of the process, no other discussion was allowed. In cases where the participants were absent, the evidence was introduced and described by the judge.[42]

The minutes of 18th February, 1931 were taken into account as evidence during the fining process against Győr Textile Works Inc., Soroksár Textile Industry Inc., and Mózes Freudinger and Sons companies by the Royal Courthouse of Budapest, and this action allowed the courthouse to determine that the respondents were present at a general assembly on raw material treaty and reported that the aforementioned individuals "joined said treaty for up to that point, they were only members of the raw material treaty via gentlemen's agreement".[43] The court deemed that despite this so-called gentlemen's agreement is not a written contract, it still falls under the effect of Paragraph No. 1 of the Cartel Act.

The court gave the same opinion on the circular letter when it stated that it is such a decree in itself that should have been

[33] HARASZTOSI, 1936, p. 551. On the protection of public safety and public interests: STIPTA, I., A gazdasági versenyt szabályzó megállapodásokról szóló 1931. évi XX. tc. hazai előzményei. [Domestic Predecessors of the 20th Act of 1931 on the Agreements Regulating Fair Trade] In: *Versenytükör*, [Competition Mirror] vol. 12, special Nr. 2, 2016, p. 61-62.
[34] HARASZTOSI, 1936, p. 551.
[35] P. VI. 8146/4/1934. BFL.
[36] HARASZTOSI, 1936, p. 551.
[37] HARASZTOSI, 1936, p. 552.
[38] LŐW, 1935, p. 354.
[39] In this case, the archival sources contain the powers of attorney: Cg. 187/2/1933. BKML. VII. 2. c.
[40] HARASZTOSI, 1936, p. 551.
[41] HARASZTOSI, 1936, p. 552.
[42] HARASZTOSI, 1936, p. 552.
[43] Cg. 35504/6. In: 4681/1934 BFL.

presented to the minister of trade "for it obviously serves the purpose that the corporations that wrote out and signed it would sell their product at a greater price henceforth, therefore limit the price formation aspect of the economic competition."[44]

The court deemed the fact that in the case of the agreement of Dezső Vágó Inc. and the Hungarian Hardwood Inc. was not presented in time to the court because only according to Verdict No. 5261/1932 of the Cartel Court, they did not deem said contract as a cartel contract as an extenuating circumstance. The court stated that "the mandates of the cartel act are not limited strictly to cartel contracts, but order the presentation of every other agreement that establishes a commitment limiting or in any way regulating economic competition in connection to the circulation or price formation of goods, therefore even a purchase contract might fall under the mandates of the 20th Act of 1931.[45]

The court could postpone the hearing due to the recording of the verification process or the preparation of the defence. With an interlocutor warrant, the courthouse could appeal for the amendment of the procedure, if further investigation of the case was deemed necessary. If the suspicion of another misdemeanour arose during the hearing apart from the one that resulted in the hearing itself, and the courthouse did not deem the separation of the procedures necessary, then the hearing could be postponed for 15 days per request of the respondent.[46]

At the end of the trial, the courthouse either dismissed the case or adjudged the respondent guilty and meted out a fine via a warrant. The decision needed reasoning in both cases. The motion of the legal director did not bind the court in any way whatsoever. The fine had to be paid within a 15-day deadline.[47]

Due to cartel omission, the legal director initiated a fining procedure against Sándor Angyalfi Asphalt and Tar Works Inc., János Biehn, Grozit Asphalt and Tar Chemical Products Inc., Dr. Tivadar Helvey, Manó Kallós Ferenc Kollár and Co., Hungarian Asphalt Inc., Posnánszky and Strelitz and the Purchase and Sales Association of Hungarian Cover Plate Factories.[48] In its warrant, the Royal Courthouse of Budapest found the respondents guilty since they presented the agreement that extended the contract that expired 28th February, 1934 belatedly.[49] The court stated that "according to Paragraph No. 2 of the 20th Act of 1931, any agreement that limits or regulates economic competition and any agreements that modifies or amend the original agreement that must be put down in writing as per Paragraph No. 1 of the cartel act is to be presented within 15 days of its conclusion. According to this mandate, simply reporting the agreement is unsatisfactory, but the written agreement must be presented to the Hungarian royal minister of trade for registry."[50]

The Courthouse of Budapest dismissed another case due to the fact that it turned out that the respondents presented the agreement on time. The validity of cartel contracts begins after each and every participant signed said contract.[51]

Any expressly quantified law-expense had to be paid within 15 days.[52] If a case had multiple convicts, law-expenses were determined individually. In cases where multiple individuals were found guilty of the same misdemeanour or prohibited action, the rules of substantive law were valid in establishing the rules of collective defrayal.[53]

According to the memorials of the Royal Courthouse of Budapest's fining case, the Vértes & Dóra Rasp Factory and the Count László Csáky Steelworks Inc. were found guilty and due to the presentation omission, a fine of 200 Pengős was meted out according to Paragraph No. 14 of the 20th Act of 1931. The verdict clearly states that the fine was to be paid within 15 days to the Hungarian Royal Central Tax and Levy Imposition Office's checking out under the punishment of enforcement. The courthouse also obligated the respondents to the payment of the other expenses of the legal action.[54]

Even if the courthouse reached a verdict during a trial, it had to be announced, in other cases, the interested parties were informed via delivery. It goes without saying that the interested parties not present during the trial or the ones that specifically requested the delivery during the announcement also had to receive the decree made during the trial. The deadline of legal remedy started from the day of the delivery.[55]

3. Appeals Process

Against the verdict of the courthouse, the respondent, the attorney, the legal director, against the orders made during the hearing, the legal director could file an appeal to the High Court of Justice. In the appeal filed against the order that closed the case, one could request legal remedy in connection to the warrants regarding the preparation of the hearing concerning ordaining, complementing or finishing the examination; ordering the investigator; the proposals of the participants; ordering the respondent to make a statement; ordering or adjourning the audit and the trial.[56]

---

[44] Cg. 33989/6/1932 In: 920/1933 BFL.; DOBROVICS, 1934, p. 211.
[45] Cg. 34592/4 In: 4913/1933 BFL.; LŐW, 1935, p. 355., DOBROVICS, 1934, p. 213-214.
[46] HARASZTOSI, 1936, p. 552.
[47] HARASZTOSI, 1936, p. 552. See also: 13. P. 46341/3/1933. In: 2746/1934 BFL; LŐW, 1935, p. 353.
[48] Cg. 35891/3. BFL. 11543/1934.
[49] Cg. 35891/3. BFL. 11543/1934.
[50] Cg. 35891/3. BFL. 11543/1934.; DOBROVICS, K., Karteljogi kérdések. [Questions of Cartel Law] In: *Közgazdasági Értesítő*, [Economic Bulletin], vol. 29, Nr. 35, 1934, p. 14.
[51] Cg. 35547/12/1934 BFL
[52] Cg. 187/4/1933. BKML. VII. 2. c.; Cg. 35891/3. BFL. 11543/1934.; Cg. 35030/9. In: 1158/1934 BFL.
[53] HARASZTOSI, 1936, p. 553.
[54] Cg. 35131/4. In: BFL. 133379/1923.
[55] HARASZTOSI, 1936, p. 553.; Cg. 35891/3. BFL. 11543/1934.
[56] HARASZTOSI, 1936, p. 553.

Against any other orders in which the beginning of the procedure was omitted, the procedure was dismissed without a trial or those in connection to witnesses, experts or translators, one could file an appeal with the High Court of Justice.[57]

The legal directorate filed an appeal against Warrant No. Cg. 35147/4 concerning the case against the Union Starch Factories, Basch & Kohner Budapest Wheat Starch and Paste Plan and Fried and Starch Factory of Óbuda, all registered at Budapest due to omission according to Subsection No. 1 of Paragraph No. 14 of the 20th Act of 1931. The court of the first instance made the following order in connection to this topic: the courthouse files the appeal with the High Court of Justice of Budapest, and notified the appealing party and also the aforementioned participant's opponents.[58]

One copy of all types of appeals could be submitted to the courthouse within eight days after its announcement or delivery. Appeals filed that were late, excluded or filed by unentitled individuals were denied ex officio by the courthouse.[59]

The appellant could examine the opponents appeal before the court, and could file counter-observations with the courthouse before the documents were submitted, and after, to the High Court of Justice.[60]

The courthouse could suspend the execution of an attacked order until the appeal was dismissed. The appeal also stopped a verdict to become legally binding. In cases where the appeal disagreed with a part of the verdict, or if not every respondent appealed, the either the part of the verdict not appealed against, or for the respondent not participating in the appeal, the verdict became legally binding. It was different in cases where a verdict had to be reached in unison, because in such cases the appeal had to be examined in favour of the others during the process. The high Court of Justice's decision on the appeal was made by order during a closed door session, with no room for further legal remedies.

4. Summary

All in all, it can be stated that according to archival sources, most cartel cases were orderly fine procedures. It can be stated that the specific nature of the rules of procedure is unique in Hungarian procedural law, for civil courts essentially used the rules of Bp. according to Regulation No. 68400/1914. I. M. The examination of the legal documents shed some light on the definition of cartel malpractice, which had a strong connection to the cartel private law matter of the exact definition of cartels. The definition of the concept of cartels was essentially established by judicial practice, as well, for the law contained no unified definition in this regard. Another essential question for court was when can a cartel agreement considered valid.

One can see through the procedure of the legal action and the procedural actions, especially the stage of proof based upon not only the matters of substantive law, but also memorials. They are available to examine and find out which data and information served as the basis of the courts' orders. How modern policies of procedural law and rules prevailed during the legal action.

It is a valid statement that courts obeyed the edicts of the law to the letter in connection to presentation omission, mainly because the state paid close attention to the supervision of cartels. Cartel organisation, permitted in the first half of the 20th century, grew exponentially in Hungary, and courthouses played a vital role in keeping them within the law, pressuring and affecting the operation of companies that played the greatest role within economic life and the formation of said economic life.

[57] HARASZTOSI, 1936, p. 553. On filing appeals see also: Cg. 35147/5. In: 958/1934. BFL.; Cg. 35030/10-11. In: 1158/1934 BFL.; P. VI. 12329/5/1934. BFL.
[58] Cg. 35146/5. In. P. VI. 958/6/1934. BFL.
[59] On keeping the deadline, see the warrant of the Courthouse of Budapest, see: Cg. 35030/9. In: 1158/1934 BFL.
[60] HARASZTOSI, 1936, p. 553.

Die Jugendgerichtsbarkeit – als Eroberer der Rechtsgeschichte

(Juvenile court – the Conqueror of Legal History)

*Enikő Kovács-Szépvölgyi**

Abstract

The idea of the title that the juvenile court is the greatest conqueror of legal history comes from a work by renowned criminal lawyer Ferenc Finkey, who quoted Hastings H. Hart's thoughts about the juvenile court. The Juvenile Court first appeared in Illinois, USA, in 1899, followed by most federal states and several countries on the old continent. The state- and legal life of Hungary, in the broader context of the Central and Eastern European states, is usually interpreted in the framework of the centre-periphery model. Without going into the issue of regulatory delay, it is worth noting that Hungarian legislation caught up with pioneering states with special criminal law regulations introduced in the early 20th century to establish the foundations for other treatment of juvenile offenders. The different treatment in this context refers to different rules from those for adult offenders. The law regulating the juvenile court as a special court entered into force in 1914, supplementing the substantive criminal law provisions with procedural rules.

Keywords: *Hungarian criminal law regulations on juvenile offenders; juvenile court; criminal law; juvenile offenders; procedural reforms.*

1. Als Einleitung zur Themenwahl

Eine wichtige Errungenschaft der von der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts an einsetzenden strafrechtlichen Reformbestrebungen war die Einordnung der Straftäter in verschiedene Kategorien, als dessen Ergebnis eine Präferierung von individuellen Lösungen und die Anwendung von Sanktionen erfolgte.

Die Forderung des materiellen rechtlichen Hintergrundes bei den „besonderen Vorgehen" im Falle von minderjährigen Straftätern in Ungarn hatte seine Grundlage im ungarischen juristischen Fachjargon in dem als I. Strafnovelle bekannten Gesetzes,[1] in welchem gegenüber dem Strafgesetzbuch vom Jahre 1878 davon abweichende Regelungen festgestellt wurden.

In der I. Strafnovelle werden in einem strafrechtlichen Sinne die zwei Altersgruppen, das Kindesalter und das Jugendalter, getrennt betrachtet, des Weiteren reihte sich Ungarn mit dem in der Strafnovelle bestimmten Strafsystem, welches die Individualisierung und die spezielle Prävention verkörperte, in die Gruppe der Staaten ein, die eine Strafgesetzreform verwirklicht haben.[2]

Das „besondere Vorgehen" gegenüber Jugendlichen hätte jedoch ohne die Schaffung der diesbezüglichen verfahrensrechtlichen Vorschriften nicht vervollkommnet werden können. Die Verordnungen der I. Strafnovelle kamen erst durch die Verordnungen des Justizministers in Schwung, doch durch diese waren die Verordnungen der gültigen grundsätzlichen Strafprozessordnung nicht betroffen.[3]

2. Die Notwendigkeit von spezifischen Regelungen, fachliche Fragen in Zusammenhang mit der Jugendgerichtsbarkeit

Im Laufe der Parlamentsdiskussion über die Unterbreitung der Prozessordnung des Strafrechts ist bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts der Gedanke der Notwendigkeit von speziellen Regelungen bezüglich von Jugendlichen aufgetaucht.[4] Die gegenüber von jugendlichen Tätern anwendbaren speziellen Verfahrensweisen waren nur sehr sporadisch und in einer sehr geringen Zahl im Gesetz der Prozessordnung der Strafanzeige vorzufinden.[5] Zur Hauptverhandlung war es verpflichtend, neben den sein 16. Lebensjahr noch nicht vollzogenen jugend-

* Dr. jur. Enikő Kovács-Szépvölgyi, MTA-ELTE Rechtshistorische Forschungsgruppe (ELKH), wissenschaftliche Mitarbeiterin; Doktorandin, Lehrstuhl für Rechtsgesichte, Deák Ferenc Staats-, und Rechtswissenschaften Fakultät, Széchenyi István Universität Győr, Ungarn, E-Mail: szepvolgyieniko@gmail.com

1 Gesetzartikel Nr. 36 von 1908 über die Ergänzung und Modifizierung der Strafgesetzbücher und der Prozessordnung der Strafanzeige.

2 LENKOVICS, J., Adalékok az I. büntetőnovellához és a fiatalkorúak bíróságáról szóló törvényhez. In: *Rendészeti Szemle,* vol. 56, Nr. 7-8, 2008, S. 33.

3 Erklärung zur Gesetzsvorlage über die Jugendgerichtsbarkeit und die zu befolgenden Verfahren bei Straftaten von Jugendlichen. Die für den 21. Juni 1910 ausgerufenen Schriften des Abgeordnetenhauses des Parlaments B. 24, (im Weiteren OGY KI 24) S. 98-99., S. 145.

4 BAKONYI, K., Az egyesbírósági hatáskör kérdése fiatalkoruak bűnügyeiben. In: *Magyar Jogászegyleti értekezések új folyam*, Nr. 19, 1911, S. 4.

5 Gesetzartikel Nr. 33 von 1896 über die Prozessordnung der Strafanzeige. Im Weiteren: Bp.

lichen Angeklagten einen Verteidiger einzusetzen,[6] beim ersten Verhör musste das genaue Alter des Angeklagten befragt werden,[7] darüber hinaus musste in der Zeit während der Untersuchungshaft und im Laufe der vorherigen Festnahme streng vermieden werden, dass die minderjährigen Individuen nicht in ein- und demselben Raum mit vorbestraften Häftlingen untergebracht werden.[8] In Einklang mit den Verordnungen des Csemegi Kodex[9] wurde von der Prozessordnung vorgeschrieben, dass das angerufene Gericht/Ursprungsgericht im Interesse der Feststellung der notwendigen Einsichtsfähigkeit zur Anerkennung der Schuld eine gesonderte Frage an den Angeklagten stelle, bei dem das Vorhandensein der notwendigen Einsichtsfähigkeit noch zweifelhaft war.[10]

Die durchgeführte maßgebende Veränderung in der materiellen rechtlichen Regelung, beziehungsweise das Zustandekommen der Jugendgerichtsbarkeit, die vollständige Veränderung des diesbezüglichen Sanktionssystems sowie die Priorisierung, die Vorrangstellung von Erziehungsmaßnahmen machte ein gegenüber den erwachsenen Straftätern praktiziertes und davon abweichendes Strafverfahren, eine spezielle Regelung für diese Altersgruppe notwendig. Vorübergehend hatten zwei als provisorisch gedachte Verordnungen des Justizministers dieses Problem zu überbrücken, auf deren Analyse in vorliegender Schrift jedoch nicht eingegangen wird.[11]

Die Jugendgerichtsbarkeit erschien als erstes in dem Bundesstaat Illinois der Vereinigten Staaten von Amerika im Jahre 1899, diesem Beispiel folgten dann der Reihe nach die Mehrheit der Bundesstaaten und auch die Länder des alten Kontinents waren bestrebt, sich bald diesem Prozess anzuschließen.[12] Wie Ferenc Finkey schreibt, Hastings H. Hart zitierend, *„die Rechtsgeschichte kennt fast keine andere Institution, die sich so schnell verbreitet hat, die tatsächlich innerhalb eines Jahrzehnts die Kulturwelt erobert hatte."*[13]

Im Zusammenhang mit der Jugendgerichtsbarkeit standen zahlreiche ausländische Beispiele zur Verfügung, die angewandten Lösungsvorschläge zeigten jedoch in wesentlichen Fragen erhebliche Abweichungen. Aufgabe der Gesetzgebung war die Ausarbeitung eines Verfahrens, das die nachahmenswerten Beispiele, Muster in die heimische Regelung unter Berücksichtigung der nationalen Rechtstraditionen integrieren konnte. In Ungarn lag die Verwaltung der Vormundschaftsangelegenheiten, das Sorgerecht bzw. die Fürsorge von verlassenen Kindern bei der öffentlichen Verwaltung, ganz konkret gehörten diese Angelegenheiten in den Wirkungsbereich der Vormundschaftsbehörden, wohingegen die jeweiligen Vormundschaftsfragen in der deutschen Regelung einer juristischen Zuständigkeit obliegt.[14] Durch die Erweiterung der Befugnisse der Gerichte in juristischen Angelegenheiten von Jugendlichen durch den Staat konnte auch ein tatsächlicher, doch nicht unbedingt notwendiger Eingriff in das Leben der Familie gesichert werden. Die Anwendung von vorbeugend-erzieherischen Maßnahmen bei Jugendlichen und Kindern, die aus strafrechtlicher Sicht noch nicht zur Verantwortung gezogen werden können, bedeutete für die ungarischen Gerichte eine neue, fremde Aufgabe.[15]

Nach Meinung von Elemér Kármán – eine große Figur der Pädagogik für Kriminelle in Ungarn – ist es unangemessen, Jugendliche unter 15 Jahren vor Gericht zu laden, angesichts der Tatsache, dass die Waisenämter entsprechende Maßnahmen gegenüber den Mitgliedern dieser Altersgruppe in Aussicht stellen könnten, wobei diese Lösung den Respekt des Gerichts keinesfalls untergraben würde.[16] Bei der Erörterung dieser Regelung werden wir jedoch sehen, dass diese Anschauung keine Unterstützung fand.

In der Jugendgerichtsbarkeit schien das Prinzip Kollegialgericht in Frage gestellt zu werden. Dem nordamerikanischen Beispiel folgend argumentierten die Juristen Kálmán Bakonyi, Miklós Degré, Aurél Lengyel für das Verfahren der Einzelrichterbesetzung,[17] doch die ausländischen Beispiele überblickend kann festgestellt werden, dass die Vormundschaftsgerichtbarkeit typischerweise in die Zuständigkeit des Einzelgerichts-, wohingegen die Strafgerichtbarkeit in den Zuständigkeitsbereich des Kollegialgerichts gehörte. Nach Meinung von Rusztem Vámbéry war in der Diskussion die Frage von entscheidender Relevanz, ob das Einzelgericht oder das Kollegialgericht eine größere Garantie bezüglich des Kennenlernens der Persönlichkeit der jugendlichen Straftäter zusichern konnte.[18]

Die Vertreter des Faches argumentierten für eine schnellstmögliche Abwicklung der Verfahren, man warnte vor einer unnötigen Hinauszögerung des Verfahrens und es fand allgemeine Anerkennung, dass die Relevanz der Sicherung der Garantien vor allem an der Vorbereitungsphase, an der Ermittlungspha-

[6] § 56 Bp.
[7] § 133 Bp.
[8] § 152 Bp.
[9] Das erste Strafgesetzbuch heißt nach dem Kodifizierer Károly Csemegi Csemegi Kodex.
[10] § 360 Bp.
[11] Verordnungen Nr. 20.003/1908. I. M. und Nr. 27.100/1909. I. M.
[12] VÁMBÉRY, R., *A fiatalkorúak bűnvádi eljárására vonatkozó külföldi törvények, törvényjavaslatok és vélemények*. Budapest, 1911, S. 3-4.
[13] FINKEY, F., *A fiatalkorúak büntetőjoga Észak-Amerikában*, Budapest, 1913, S. 84.
[14] Gesetzesvorlage über die Richter von Jugendlichen und über die zu befolgenden Verfahrensweisen im Falle von Straftaten Jugendlicher. Diskussion an der Sitzung der strafrechtlichen Kommission des ungarischen Juristenvereins am 21. Dezember 1912 und am 1. Februar. Der Diskussionsbeitrag von Szilágyi Arthur. Die Abschrift der Diskussion wurde in der folgenden Zeitschrift veröffentlicht: Magyar Jogászegyleti értekezések új folyam, Nr. 50, 1913 (Im Weiteren: MJÉ, Nr. 50, 1913), S. 19-20.
[15] Der Diskussionsbeitrag von Vaikó Pál. MJÉ, Nr. 50, 1913, S. 5-6.
[16] Der Diskussionsbeitrag von Kármán Elemér. MJÉ, Nr. 50, 1913, S. 85.
[17] BAKONYI, K., Az egyesbírósági hatáskör kérdése fiatalkoruak bűnügyeiben. In: *Magyar Jogászegyleti értekezések új folyam*, Nr. 19, 1911, S. 11.
[18] BAKONYI, K., Az egyesbírósági hatáskör kérdése fiatalkoruak bűnügyeiben. In: *Magyar Jogászegyleti értekezések új folyam*, Nr. 19, 1911, S. 33-35.

se und selbst an der Untersuchungsphase liegen.[19] Sowohl die Fachgremien als auch die Gesetzgebung vertraten die Meinung, dass im Falle von Strafverfahren gegenüber Jugendlichen eine den höchsten fachlichen Bedingungen entsprechende staatliche Strafverfolgung unabdingbar ist.[20] Mit einer kritischen Anmerkung in Bezug auf die Frage des Staatsanwaltes bei Jugendlichen, die verlautbart wurde in der deutschen Gruppe des Internationalen Vereins für Strafrecht, befasste sich Elemér Kármán in einer seiner Schriften. Die in der Kritik dargestellte, das Wesen des Standpunktes, eine Heranziehung und die Tätigkeit des Staatsanwaltes bei Jugendlichen entschieden opponierende Meinung war, dass die Staatsanwälte nicht über jene Erfahrung in Fragen der Vormundschaft verfügen, die dem Ziel des Verfahrens förderlich wären, daher sei ihre Rolle für die Jugendlichen nur schwer zu deuten, zu untermauern. Im Hinblick auf die Entwicklung des ungarischen Rechts vertrat jedoch Elemér Kármán die Meinung, dass der Staatsanwalt in einem Strafverfahren gegenüber Jugendlichen keinesfalls entbehrlich oder gar ein überflüssiges Element im Verfahren wäre, insbesondere in Hinsicht auf die Traditionen und auch hinsichtlich der gängigen Auffassung, wonach der Staatsanwalt die moralische Instanz des Staates darstelle.[21]

3. Das Gesetz über das Gericht von Jugendlichen

Im Gesetz über das Gericht von Jugendlichen[22] wurden gegenüber der in der Prozessordnung festgelegten bezüglich der Organisation und den Verfahren der in Sachen der Jugendlichen vorgehenden erstinstanzlichen Gerichte bzw. in Bezug auf die Verfahren der Verwaltungsbehörden als polizeiliche Strafbuße spezielle Regeln festgestellt,[23] des Weiteren wurden auch einige materielle rechtliche Fragen angesprochen. Im Gesetz wurde das in der I. Strafgesetznovelle festgelegte Strafsystem einigermaßen modifiziert, insofern im Vergleich zu dem in der Novelle angegebenen Maße ein verändertes generelles Minimum und Maximum der Freiheitsentzugsstrafe festgelegt wurde, sowie im Falle, wenn es um einen vermögenden oder über ein Gehalt verfügenden Jugendlichen geht und diese Person zum Zeitpunkt der Straftat das 15. Lebensjahr vollendete, auch die Möglichkeit besteht, gegenüber dieser Person auch eine Geldstrafe zu verhängen.[24]

Das Gesetz ist am ersten Januar 1914 in Kraft getreten, so mussten die darin gefassten Verordnungen bereits in den laufenden Verfahren angewendet werden, ausgenommen den Fall, wenn das Untergericht den Hauptverhandlungstag bereits festgelegt hatte.[25] Die Verjährung wurde im Gesetz eindeutig festgelegt, und es wurde auch klar, dass hinsichtlich der von Jugendlichen verübten Straftaten nicht die für die Straftat übliche dreijährige Verjährungszeit gültig ist, trotz der Tatsache, dass bei Anwendung einer in der I. Strafnovelle festgelegten Maßnahme die Straftat als Vergehen gegen das Gesetz eingestuft wurde.[26] Der Gesetzgeber folgte nicht der in einigen Bundesstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika üblichen und bekannten Lösung, wonach die Bestrafung mit Vergeltungscharakter vom gewöhnlichen Gericht, wohingegen die Maßnahmen mit einem Erziehungsziel von den Jugendgerichten angewendet werden können.[27]

In Frage der Zuständigkeiten des Landgerichtes oder des Kreisgerichtes entstand eine zwiespältige Lösung, im Gesetz wurde nämlich das Landgericht mit den Zuständigkeiten ausgestattet, doch angesichts der ungleichen gebietsmäßigen Verteilung der Vorkommen der Verbrechen, hat der Gesetzgeber in Abhängigkeit der Entscheidung des Justizministers genehmigt und ermöglicht, neben den Kreisgerichten auch Gerichte für Jugendliche ins Leben zu rufen. Der Justizminister hat in der untersuchten Epoche in einer seiner Verordnungen bei insgesamt 13 Kreisgerichten auch das Aufstellen von Gerichten für Jugendliche genehmigt.[28]

Das Jugendgericht hatte aufgrund der auf drei Jahre gültigen Bestimmung des Justizministers als Einzelgericht zu verfahren.[29] Die Ernennung des Gerichts für drei Jahre widerspiegelte die Lösung von einzelnen Bundesstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika, sowie auch die in Belgien übliche Lösung.[30] In Angelegenheiten, die früher in die Zuständigkeit des Schwurgerichts gehörten, wurde nun der gerufene Richter des Landgerichts oder des Kreisgerichts eingesetzt, und ebenfalls in die Zuständigkeit des Jugendgerichts kamen auch die im Strafgesetzbuch bestimmten Tatbestände der Landstreicherei und des Bettelns, die von der Vergehensbehörde übergebenen Angelegenheiten sowie die Ordnungswidrigkeiten und Straftaten des Vormunds zu Lasten des Minderjährigen. Darüber hinaus hatte das Jugendgericht auch die Befugnis, in Angelegenheiten bei strafbaren Taten von Kindern verübt unter 12 Jahren, vorzugehen und auch in Fällen des moralischen Verfalls oder des Verderbens bei minderjährigen Kindern unter 18 Jahren.[31]

Die Anklage wurde von dem Staatsanwalt der Jugendlichen vertreten – in Ausnahmefällen noch vor der neben dem Kreisgericht tätigen Jugendgerichten durch einen Beauftragten des Staatsanwaltes – die Aufgabe der Verteidigung wurde mangels

[19] BAKONYI, K., Az egyesbírósági hatáskör kérdése fiatalkoruak bűnügyeiben. In: *Magyar Jogászegyleti értekezések új folyam*, Nr. 19, 1911, S. 12-18., S. 33.
[20] BAKONYI, K., Az egyesbírósági hatáskör kérdése fiatalkoruak bűnügyeiben. In: *Magyar Jogászegyleti értekezések új folyam*, Nr. 19, 1911, S. 44.
[21] KÁRMÁN, E., A kir. ügyész és a fiatalkoruak birósága. In: *Jogtudományi Közlöny*, Nr. 15, 1909, S. 130-132.
[22] Gesetzesartikel Nr. 7 von 1913 über das Gericht von Jugendlichen. Im Weiteren: Fb.
[23] § 8 Fb. Die Regelungen des Bp. waren nur insofern anzuwenden, insofern von den Verordnungen des Fb. keine Abweichungen entstanden.
[24] § 68-69 Fb.
[25] Verordnung 56.000/1913. I. M.
[26] § 70-73 Fb.
[27] OGY KI 24, S.101-102.
[28] Verordnung 68.800/1913. I. M.
[29] § 1-2 Fb.
[30] OGY KI 24, S. 99.
[31] § 3 Fb.

eines gewählten Verteidigers – von einem zugewiesenen Verteidiger übernommen. Über eine obligatorische Verteidigung kann nicht gesprochen werden, denn die Zuweisung eines Verteidigers hing von der Zweckmäßigkeit ab, doch dadurch wurde das Recht der freien Wahl des Verteidigers nicht eingeschränkt.[32] Es ist wichtig hervorzuheben, dass die ungarische Gesetzgebung nicht die in den Vereinigten Staaten in der damaligen Epoche angenommene, doch später diskutable Auffassung folgte, wonach in den Strafverfahren von Jugendlichen die Anwesenheit des Staatsanwaltes nicht notwendig sei.[33] Die Verordnungen in Bezug auf die Amtsträger und Bewährungshelfer sowie auf die Mitglieder der Patronagevereine, die die Aufgaben der Bewährungshelfer verrichten, wurden im Gesetz vereinheitlicht,[34] des Weiteren wurde auch im Interesse der Jugendlichen die Öffentlichkeit des Verfahrens eingeschränkt.[35]

Im Gesetz wurde die Trennung der Verfahren in Angelegenheiten von Jugendlichen und Erwachsenen vorgeschrieben, im Falle, der von Jugendlichen verübten mehrfachen Straftaten mussten diese vereint werden.[36] Das örtlich zuständige Waisenamt musste über die Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Jugendlichen benachrichtigt werden,[37] auf diese Weise konnte auch das Waisenamt in eine Handlungsposition bezüglich seiner Aufgaben im Rahmen seiner Zuständigkeitsbereiche gebracht werden.

Das Verfahren begann mit einer Anzeige gegen den Jugendlichen beim Richter. Darauffolgend wurde vom angerufenen Gericht die Anzeige binnen kurzer Zeit an den Staatsanwalt der Jugendlichen weitergeleitet. Die Ermittlung wurde auf Initiative des Staatsanwaltes der Jugendlichen oder auf Initiative des Privatklägers durch den Richter verordnet. Die Ermittlung wurde vom Richter selbst geleitet und im Verlauf des Vorverfahrens hatte er die Rechte des Ermittlungsrichters auszurichten. Die Ermittlungsbehörde durfte von Amts wegen nur die unaufschiebbare Ermittlungstätigkeit verrichten, ansonst hatte sie nach den Anweisungen des Richters zu verfahren. Im Sinne des Gesetzes hat sich der Richter über die Identität des Belasteten zu vergewissern, verbunden mit der Aufgabe, sein Alter festzustellen, die relevanten Daten zur Aufdeckung des Tatbestandes, zum Grad seiner moralischen und intellektuellen Entwicklung, seine Lebensumstände sowie weitere wichtige Daten zum Kennenlernen seiner Persönlichkeit zu besorgen. Zu dieser Tätigkeit konnte der Richter die Hilfe des Bewährungshelfers und der Amtsträger in Anspruch nehmen. Laut der Hauptregel wurde der Minderjährige zusammen mit seinem rechtlichen Vertreter vor Gericht geladen. Das Gericht war befugt, den Minderjährigen einer gerichtsmedizinischen Untersuchung, wenn nötig, einer Überwachung zu unterziehen. Der Jugendliche musste unverzüglich vor Gericht geladen werden, doch gleichzeitig konnte er in Ausnahmefällen aus wichtigen Gründen für höchstens 48 Stunden von der Polizei oder dem Gericht in Gewahrsam genommen werden. Im Notfall konnte der Minderjährige in einem Raum des Gefängnisses höchstens für 15 Tage in Gewahrsam gehalten werden, dessen Zeitdauer auf Unterbreitung des Staatsanwaltes die Gerichtskammer für Jugendliche fallweise um einen Monat verlängern konnte. Während der Zeit der Haft wurde der Jugendliche mit Arbeit beschäftigt.[38]

Nach den getroffenen Vorkehrungen wurde der Staatsanwalt zum Einreichen des Antrags aufgerufen, der hier den Inhalt der Dokumente kennenlernen konnte. Dem Staatsanwalt gewährte das Gesetz die Möglichkeit zur Klageabweisung oder zur Weigerung, die Anklage zu vertreten: falls der Minderjährige zur Strafbarkeit nicht den moralischen und intellektuellen Entwicklungsgrad besaß, des Weiteren im Falle, wenn die Straftaten verschwindend gering waren, oder wenn die Unterlassung der Strafe zur moralischen und verhaltensmäßigen Entwicklung des Minderjährigen förderlich und unterstützend ist.[39]

Das Gesetz enthielt zahlreiche garantierte Verordnungen, die einem erhöhten Schutz der Jugendlichen dienten. Das Strafverfahren gegenüber den Jugendlichen konnte mit oder ohne Verhandlung beendet werden. Zu einer Verhandlung kam es im Falle, wenn das Verfahren ohne diese nicht hätte beendet werden können. Die Verhandlung erzielte aus der Sicht der Wahl des Tatbestandes und der Maßnahmen die Klärung der wesentlichen Umstände, aber auch, dass die für den Minderjährigen hinsichtlich seiner moralischen Entwicklung und seines künftigen Verhaltens die am meisten entsprechenden Maßnahmen getroffen werden können.[40] Ein Verfahren wurde ohne Verhandlung abgeschlossen, falls die Feststellung der Strafbarkeit und die Durchführung der Strafe nicht erwünscht war und die Anhörung des Belasteten im Voraus abgeschlossen wurde. Gleichzeitig waren Verordnungen des Gesetzes, wie zum Beispiel der Ausschluss der Inanspruchnahme des Rechtsbehelfs im Interesse des Minderjährigen im Falle einer Anordnung der Umerziehung nicht unbedingt förderlich für den umfassenden Rechtsschutz der Betroffenen.[41]

4. Schlussgedanken

In den Jahren des Dualismus bedeutete innerhalb der Gesamtkriminalität die proportional steigende Zahl der Straftaten von Jugendlichen und Kindern sowie die Implementation der Anforderungen der von der klassischen Schule des Strafrechts sich immer mehr entfernenden Reformrichtungen in das Strafrecht eine große Herausforderung. Traditionell ist hier hervorzuheben, dass für das Staats- und Justizleben der Mittelost-

[32] § 4 Fb.
[33] OGY KI 24, S. 99. p.
[34] § 7 Fb.
[35] § 13 Fb.
[36] § 9-10 Fb.
[37] Verordnung 56.000/1913. I. M. § 9-34.
[38] Verordnung 56.000/1913. I. M. § 14-21.
[39] Verordnung 56.000/1913. I. M. § 22.
[40] § 28 Fb.
[41] Der Diskussionsbeitrag von Vaikó Pál, MJÉ, Nr. 50, 1913, S. 10-11.

Europäischen Staaten aus der Sicht der Zentrum-Peripherie eine bestimmte Verspätung charakteristisch war. Gleichzeitig kann aber auch festgestellt werden, dass es gelungen ist, den oft jahrhundertelangen Rückstand in einigen Bereichen der ungarischen Gesetzgebung nachzuholen, um nur auf die spezielle Regelung der Jugendgerichtsbarkeit zu verweisen.[42]

Mit dem Gesetz über die Jugendgerichtsbarkeit ist auf Landesebene eine einheitliche Organisation zustande gebracht worden, die es ermöglichte, die vor das Gericht gelangten laufenden Angelegenheiten von Kindern und Jugendlichen nach speziellen Regeln durchzuführen. Die komplexen materiellen, verfahrensmäßigen und vollstreckenden rechtlichen Regelungen zeigen in Richtung der Erziehung der Betroffenen, immer das Ziel vor Augen haltend, die Jugendkriminalität zu bekämpfen.[43]

Den ausländischen Regelungen ähnlich erstreckte sich die Zuständigkeit von Jugendgerichten nicht nur auf die Verantwortungsziehung von Jugendlichen, sondern hatte darüber hinaus auch das Ziel, den Schutz von gefährdeten Kindern voranzutreiben.[44] Anstatt der vollständigen und auf alle Details eingehenden Kenntnis des Tatbestandes setzte der Gesetzgeber nun den Fokus auf das Kennenlernen des Beschuldigten im Interesse der Auswahl der für ihn am meisten entsprechenden Maßnahmen und Vorgehensweise. Die persönliche Freiheitseinschränkung wurde in der Auffassung der damaligen Epoche im Dienste des Kinderschutzes nicht als besorgniserregend empfunden.

Die Jugendgerichtbarkeit fokussierte in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts dem Wohlstandsmodell folgend auf die individualisierten Sanktionen, auch die Verfahren wurden viel unmittelbarer gestaltet.[45] Ich möchte die Arbeit mit den Worten von Rusztem Vámbéry schließen *„es ist unbestritten, dass die wünschenswerten Verfahrensregeln in Bezug auf die jugendlichen Straftäter nicht nur eine Evolution, sondern teilweise auch eine Revolution in der historischen Entwicklung des Strafprozessrechts bedeuten…“*[46]

[42] MJÉ, Nr. 50, 1913, S. 34-35.
[43] BERNOLÁK, N., Újabb teendőink a bűncselekmények ellen folytatott küzdelemben. In: *Büntetőjogi dolgozatok Balogh Jenő születése ötvenedik évfordulójának ünnepére*. Pécs, 1914, S. 27.
[44] SZABÓ, A., *A fiatalkorúak és a büntetőjog*. Budapest, 1961, S. 63.
[45] LIGETI, K., A fiatalkorúak büntető igazságszolgáltatásának reformja hazánkban. In: *Rendészeti Szemle*, vol. 56, Nr. 7-8, 2008, S. 8.
[46] VÁMBÉRY, R., *A fiatalkorúak bűnvádi eljárására vonatkozó külföldi törvények, törvényjavaslatok és vélemények*. Budapest, 1911, S. 11.

Additions to the Idea of Nature in Natural Law Thinking – Transition to Modernity

*András Karácsony**

Abstract

Natural law is one of the "eternal themes" in the history of the philosophy of law. It is difficult to say anything new on this subject. This paper offers a special perspective on the history of natural law by approaching it from a particular angle. The analysis focuses on the notion of nature as it is conceived or implied in the natural law concept. More specifically, it examines the topic in the immediate antecedents of modern thinking about natural law and in the modern era. The study also includes an excursus reviewing the changing meanings of the legal concept of natural law.

Keywords: *law; natural law; concept of nature; concept of law; modernity; religion.*

1. Background

Appearing just a few decades after Aquinas in the history of political and legal thinking, Marsilius of Padua (1275–1342) appeared, who did not connect to Aquinas but rather formulated an alternative to him. His theory can be regarded as the predecessor of the modern secular state and its legal interpretation.

Linked to the Aristotelian tradition, Marsilius' interpretation of state contained a radically new idea in two respects. On one hand, he considered the position of the ruler to be an elected office, and he emphasized that the ruler enacts and applies law to achieve his own ends (i.e., the idea of divine law defining secular law has faded). Secondly, he exiled church activity from the realm of politics, interpreting it only as teaching in the world of religion. As he wrote, "Christ is the only judge in connection to divine law. In contrast, the priest is not a judge of divine law but just a teacher of it, that is, of its *doctrine*.

Marsilius' interpretation of law is not easy to reconstruct, since in his thought process, we find a number of contradictions and inconsistencies. So, for example, he writes about the purpose of both justice and utility, but doesn't clarify the relationship between these two terms. We see similar uncertainties in his references to divine and human law. In Marsilius we read such wording, which states that divine law is supreme, yet his legal positivism contradicts this. Marsilius says that the people are the supreme lawgivers. Positive laws passed by the people are the best laws, in the respect that the common good converges with the self-interests of the people. This legal-positivist interpretation – using the modern terminology – as a limitation of man-made law does not refer to divine law or natural law, but its restriction is fundamentally procedural in nature. Only the credibility and determination of the legislature can be a constraint, that is, who the legislature is. Specifically: only the majority can legislate. The majority, though, cannot be mistaken, and so already we find no room to seek minority protection. In the event of conflict, natural law cannot be invoked against positive law. Yet, Marsilius does recognize a material right of nature, which nature and God have written into man. This human right, existing alongside human positive law is identical for all people and peoples (*ius gentium*) – this also illustrates his contradictoriness well.

Unlike Aquinas, in Marsilius there is no hierarchy between the different laws. He also defines no priority among the various types of laws, nor any deductive relationship. While in Aquinas the distinction between good, bad and morally neutral played a fundamental role in differentiating behavior that is sanctioned by the law or not, in Marsilius morality is not emphasized in human law. Questions of morality are exclusively the domain of divine law.

Summarizing the following, we can say that Marsilius valued the compulsion existing in law, and by renouncing higher rights over positive law, he de-valued natural and divine law. For him, the law as a means of coercion is separate from religion and morality. However, on the basis of this, we would be a stretch to view Marsilius as the forerunner of Machiavelli. We cannot forget the difference between the two thinkers. That is, Machiavelli held that everything can be a means of maintaining the power of a monarch, whereas Marsilius thought this achievable only by means of consensus and consent.

So, what does the law express? The rational order (*ratio*) or the will of the legislature (*voluntas*)? Now, this question truly divided thinkers. The debate over rationalism vs. voluntarism – as alluded to – appeared as early as the 13th Century, this disa-

* Prof. Dr. András Karácsony, Center for Theory of Law and Society, Faculty of Law, Eötvös Loránd University (ELTE), Budapest, Hungary, email: karacsony@ajk.elte.hu

greement first intensifying between the Dominicans and the Franciscans. The Dominicans held to Aquinas' notion of ratio, while the Franciscans saw in the law, to no small extent in the wake of Duns Scotus, the expression of divine will. Later, the debate spread beyond the confines of the two orders, and has played an important role in the history of philosophy, theology and jurisprudence for centuries.

It is worth examining to what extent the nominalist and voluntarist philosophy of William of Ockham (1285–1348) affected his conception of law. On first approach, it seems that while the concept of natural rights for Ockham is in accord with his voluntarist, nominalist philosophy and theology, the picture is not so simple in regard to natural law. Ockham emphasized the uniqueness of every being (that is, man), considering 'universals' (general concepts) to be abstractions of the human mind. The question then is, whether on this basis, it is possible at all to formulate a coherent doctrine of natural law reconciling the rationalist and voluntarist elements. That is, can an *objective* interpretation of natural law be developed? The expression "objective" refers to the legal system, while *subjective* refers to rights (entitlements) that emerge from the perspective of the individual.

According to the traditional interpretation of the literature, Ockham, following on the voluntarist concept, abandoned the field of objective natural law and first proposed the idea of subjective rights (natural entitlements). However, newer research suggests that the concept of subjective rights had already arose as early as the 12th Century in canon law discourse, and then appeared in Franciscan literature. So the question then is what relationship is there between *iura naturalia* (natural rights) and the *ius naturale* (natural law).[1]

In Ockham's moral philosophy, moral order depends, on one hand, on God's will (but God is not bound by an established moral order, and may create any other order he wants), so there is no connection between him and natural human inclinations. On the other hand, the "true meaning" of the individual is infallible. In other words, it is self-evidently able to reveal moral principles. The contradiction between the mind and the will can always be decided by the will. It is always reasonable to obey divine will and – at the same time – human will choose freely, accepting or rejecting any purpose that reason sets before it.

He differentiated three modifications of natural law. He classified all of them under the concept of divine law (*ius divinum*), thus he treated divine law and natural law as synonyms. The reasons for this are the following:

- God is the creator of nature, so all divine laws are at the same time natural laws;
- All natural laws can be found in Scripture (divine revelation).

So, Ockham used three terms for natural law:

1) Natural law is that which stands in harmony with natural reason – therefore, they are absolute and immutable;

2) Natural law is that which is to be followed by those who live with natural fairness, without all human law or habit. This natural right depends on civilizational situation, i.e. it is relative;

3) Natural law follows from the rights of the people (*ius gentium*). In this regard, we are talking about natural rights.

The first of Ockham's three concepts of natural law is related to the classical notion of natural law, but it should be emphasized that Ockham linked natural law to divine law, that is, to the manifestation of divine freewill. Divine law then appears primarily in Scripture, and thus natural law is subordinate to it. Ockham's kind of divine law is not the same as the eternal law known from Aquinos. The second and third natural law concepts are obviously a display of voluntarist thinking. Ockham's political discourse papers are teeming with references to (subjective) rights. He associated *ius* with *potestas* (power). He highlighted two natural entitlements. He spoke of *dominium*, which referred to both property and political power. Specifically, ownership of things, and the right to elect a ruler.

The first refers to the generation of property rights. According to Ockham, following the fall of man – since the nature of man is corrupt – there is no possibility for common possession of goods. Thus private property appeared, a purely human institution (i.e. no basis in the divine), so it is not a consequence of the natural state. Ockham regarded the right to choose a ruler as something not always characteristic of people. People were obliged to choose a ruler only in times of dire necessity or danger, and consequently they cannot waive their right to choose a ruler in an emergency. In summary, it can be said that Ockham classified inalienable natural rights within the confines of secular and ecclesiastical power, elevating the concept of subjective rights out of legal discourse and positioning it in theological-political discourse.

Linked to this tradition, Francisco Suarez (1548–1617) was a prominent figure of later Spanish scholasticism. The 16th-17th century is the period of Spanish expansion into a world empire, all the while constructing centralized internal rule under the leadership of Castile. The works of Spanish artists and scholars of the time reflect an image of a high level of culture in Europe. At the same time, the emergence and spread of the Reformation, followed by the Counter-Reformation, heightened tension in religious and social life. Nominalism, systemic geometric thinking, the revival of Aquinas' ideas, and the latter's debate with Averroism, Neoplatonism, Neoaristotelianism and Ockham's nominalism played a major role in philosophical thought.

Unlike the Roman legal tradition and Aquinas, Suarez defined the concept of *lex* more narrowly. According to him, it can only be applied to moral actions, that is, it can only address morally acting beings. Thus, for example, the laws of natural science, instinctive actions and technical rules are excluded from the concept of law. Suarez reviewed the arguments for rationalism, and came to the conclusion that, compulsive force in law could not be explained in this way. So he accepted the voluntarist position. In the eyes of Suarez, the law stems from an act of *will* that is just and proper, and the law establishes obligations. The common trait of people is not reason – as Aquinas

[1] ENGLE, E., *Lex Naturalis, Ius Naturalis: Law as Positive Reasoning & Natural Rationality.* Melbourne, 2010.

emphasized – but that they are able to take on commitments. Nature alone is not legislative, because it has no will with which to impose obligations. Only God, who governs Nature, is able to establish obligations.

2. Excursus: The Semantic History of the Concept of Law[2]

The working party specialized in "the history of law and ideas" of the German section of the Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie published a considerable range of studies on the medieval roots of the modern concept of law as well as on the still-extant medieval traditions of the philosophy of law. Eleven studies of nine authors comprise the history of thought on the philosophy of law through half a thousand years. It is obvious that I cannot treat all the studies at length in a short review-essay, so I only touch upon a couple points of the analysis to consider. The book discusses at length the concept of law from two thinkers, the classic scholasticism of Thomas Aquinas, and the late Spanish scholasticism of Francisco Suárez. These two lengthy chapters are linked by the writing of Kay Waechter on Marsilius of Padua, as well as by the revision of Robert Schnepf at the end of the book, that analyzes thinking on natural law from late scholasticism up to Kant.

To say that Aristotle's way of thinking had great impact on Aquinas is a commonplace in the analysis of intellectual history. On the other hand, it is important to thoroughly examine and keep in mind the ways the idea of the world differed greatly in the details to these two thinkers. While Aristotle believed in a world existing for good, Aquinas' believed the idea of Creation held a key position. Aquinas' God of Creation has no equivalent in Aristotle's philosophy. This difference, as well as its consequences are clearly apparent in Aquinas' system, despite the intellectual kinship between them. Studies in the chapter analyzing Aquinas' concept of law throw light upon just these correspondences-differences. Analyzing the basic categories of Aquinas' concept of law, Wilhelm Metz, Franz Reimer, Michael Städtler and Carlo Regazzoni discuss at length the concept of law of classic scholasticism, the relation between the several types of laws, the *lex*, the *ius*, the mind and the will. In *Summa Theologiae,* Aquinas defines law as follows: "Law is nothing other than the rational order directed towards the common good, that is proclaimed by the individual to take care of the community." (*Et sic ex quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, et ab eo qui curam communitatis habet, promulgata.*) Thus, the basic elements of the definition are:

(1) The law is an object of mind (*Vernunft*, *ratio*), as it is the mind that gives human activity rules and proper measure;

(2) The purpose of law is the realization of the common good. At this point, there is firm correspondence with Aristotle's concept, which states that, being a *zoon politicon,* man is a member of the political community, and the good (*Gut*) of every man fits into the good of the community (*Gemeingut*);

(3) Law derives from the individual to take care of the community;

(4) And at last: law has to be known by the community, that is, it has to be proclaimed (*promulgata*), as only thus is it able to operate as a compulsory power.

This universal law-concept, according to Aquinas, corresponds equally to the following, several types of laws: *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex humana* and *lex divina*. The types of law above fit into a homogeneous and hierarchic order in the following way. *Lex aeterna*—referring to the plan of divine wisdom (*sapientia*)—is not simply the first in a row, but is indeed, the major concept, so that all other types of laws are subordinate to it. Natural law is nothing but the presence of eternal law in the human mind, and as such, is the basis of human law (*lex humana*), which specifies and also applies natural law. *Lex divina* is the law revealed in the Old and the New Testament. While the basis of the modern notion of law is the distinction between justice and law, (i.e. distinguishing between objective and subjective justice), for Aquinas, no such strict separation of these two concepts can be found.

Only a couple of decades after Aquinas, Marsilius of Padua, who was not a descendant of the Aquinian tradition, debuted in the history of thinking on politics and law. Or, rather he formulated an alternative to it. We may look upon his theory as an antecedent of the secular state, and a modern notion of law. His chief work is '*Defensor Pacis*' (1324). Although his exact year of birth is unknown (literature puts it between 1275 and 1290), and there is uncertainty regarding his year of death as well (1342/43), these do not explain publishing erroneous information in the index of the book and in the title of the chapter. That is, on these pages (p. 7, p. 91.)—possibly as a result of a mistake of the editor—we find Aquinas' year of birth and death instead.

The concept of state by Marsilius'— who belonged to the Aristotelian tradition—contained radically new ideas from two point of views. On one hand, he regarded the position of the sovereign as an elected office, and he stressed that the sovereign enacts and enforces the law in his own interest (that is to say, the thinking that divine law determines secular law is diminished). On the other hand, he expelled the activity of the church from the territory of politics, interpreting it as teachings appearing only in the religious world. He wrote, "Christ is the only judge in regard to divine law. The priest is not a judge, but only a teacher of divine law, that is to say, he is a teacher of a doctrine of it." It is not easy to reconstruct Marsilius' concept of law, as following his train of thought, we encounter inconsistencies, as well as contradicitons. For example, he writes about the purpose of justice and utility in the law, but he does not clarify the relationship between the two terms. We find similar uncertainty concerning human and divine law. Marsilius states, that in cases of disagreement, it is divine law that is primary, though this contradicts his positivism. He also states that the supreme legislator is the public. Positive laws enacted by the public are the best laws, as the interest of the public corresponds with the common good. This – in modern terms – legal positiv-

[2] Very good studies on this theme can be found (WALTHER, M., BRIESKORN, N., WAECHTER, K. (eds.), *Transformation des Gesetzesbegriff im Übergang zur Moderne? Von Thomas Aquin zu Francisco Suárez.* Stuttgart, 2008). My reflections on the book can be read in the Excursus.

ist concept as a limitation of man-made law refers neither to divine law nor to natural law, but to a restriction that is basically procedural. That is, only the quality and the determination of the legislature can act as a barrier. Specifically, only the majority can legislate. The majority, then, cannot be mistaken, and thus there is no place for the protection of minorities. Should the two laws conflict, one cannot invoke natural law against positive law. Albeit Marsilius, despite his explicit claims, still admits the existence of a material natural law, that is written into human beings by nature and by God. This human natural law existing alongside human positive law is the same for all nations (*ius gentium*).

Unlike in Aquinas, Marsilius sees no hierarchy between the various types of law. He determines neither priority nor deductive relations between them. Divine law and human law exist in different spheres separate from one another. While for Aquinas, the distinction between good, bad and morally neutral played an unquestionable role in which behaviours are sanctioned and which are not, Marsilius gives morality no emphasis in human law. The question of morality is relevant only in realm of divine law. Marsilius valued the motive of coercion present in law, and by renouncing that there is no law higher than positive law, he devalued natural law and divine law. Law as a means of compulsion is separate from religion and morality. According to Kay Waechter, it would be exaggeration — considering all this — if we looked upon Marsilius as a precursor of Machiavelli. We have to look also at the difference between the two thinkers. Namely, Machiavelli thought it reasonable for the prince to stay in power by any means, while Marsilius considered this goal achievable only by means of consensus and of agreement.

The fact, that Francisco Suárez—a prominent figure of late Spanish scolasticism—wrote his works in a very different world from those of the thinkers discussed above, is illustrated in detail in the studies of *Norbert Brieskorn*, *Tilmann Altwicker* and *Manfred Walther*. The 16th-17th centuries was the time of the Spanish expansion, the period when Spain became an empire. Concurrently, it was when Castilla leadership centralized internal power. The works of Spanish artists and scholars of that time projected the image of high culture in Europe. In contrast, the appearance and spread of the Reformation (and later the Counter-Reformation) heightened tension in religious and social life. In philosophy, nominalism and system-creating Geometric thinking (*mos geometricus*) played a serious role, as well as the revival of Aquinas' thinking, and through that, the debate over his clash with averroism, neo-Platonism, neo-Aristoteleism, and with the nominalism of Ockhamism.

Unlike the tradition of Roman law and Aquinas, Suárez defined the term *Lex* more narrowly. He thought that it can only be applied to moral (*sittlich*) action, i.e. it can only address a being acting morally. Thus, the laws of science, instinctive actions, technical rules are excluded from the concept of law.). So what does the law express? *Ratio* or *voluntas*? The debate between rationalism and voluntarism had already appeared in the 13th Century, this oppositional problem first causing tension between the Dominicans and Franciscans. The Dominicans continued in the tradition of Aquinas, regarding law as *rationis ordinato*. The Franciscans, following in no small degree Duns Scotus, saw the expression of a will in the law. Later, this debate was no longer confined to the two orders, and played an important role in the history of thinking in philosophy, theology and jurisprudence for several centuries. In his work, *'De legibus ac Deo legislatore'*, Suarez examined the question thoroughly. Reviewing the arguments for rationalism, he concluded that the power of coercion in law could not be explained this way. Therefore, he accepted the voluntarist position. In the view of Suarez, law stems from the acts of a just and proper will, and establishes several obligations. *Ratio* is not what is common among men, as Aquinas emphasized, but that they are capable of taking on responsibility. Nature itself makes no law, because it has no will able to establish obligations. It is only God governing nature who is able to establish obligations.

The aim of this short review – foregoing completeness – was to mention only a couple of problems raised in this volume of studies. Important themes have been left unreviewed, to mention only one: Suarez' role in the establishment of international law. Reading this volume may leave one wanting not for what is in the work but for what is missing. A more detailed survey of the voluntarist tradition certainly belongs in this panorama of the history of thinking. While the ideas of Duns Scotus and Ockham have been touched on by some of the authors – precisely, in the interest of better understanding Suarez' theoretical position – full exposition would have required greater scope.

3. Formulation of Modern Natural Law

Modern thinking on natural law has been fueled by two critical changes. One is the Reformation, according to which divine will and its earthly manifestation can be interpreted further within the conceptual world of Christianity (Luther, Calvin). The other is the ideas of Hugo Grotius (1583–1645), which already began to display a secular notion of natural law.

Luther and Calvin did not formulate a separate notion of natural law, but both were connected to the voluntarist tradition mentioned earlier. Linking with Saint Augustine, who said "two countries / two laws", Luther distinguished the *lex divina* (*lex Christi*) which expresses the eternal will of God from the natural law of this world. God is the norm for everything. This is the order of divine love, not really 'law', as there is no external coercive force, only the spiritual, or all that touches Man. But this only touches the true-believers (followers of Christ). Human nature, following the fall, is corrupted, torn from God, does not partake of divine law. It became subjected to this world (reigned by selfishness) where Satan rules. However, in the secular natural law, there is a soft word of God, obscured by other voices, which he has written into the hearts of all men (Pagans, other religions). The specific source of this is conscience. Secular natural law is thus fundamentally subjective (not an objective order of existence).

In contrast, Luther believed the natural tendencies do not necessarily follow natural law ("the command of the heart"). It does not follow from natural order that this would be a norm in the world of Man. The lawyers do not rule on natural law, only on human law, which arises from human (not divine!)

reason. Natural law says that Man is the lord of natural creation, and consequently his law is of two kinds (for the believer, *lex divina*, for the non-believer, a 'soft' law). The law of natural rights is the law of love. For this reason, legal decisions should not be based on legal books, but on natural law. The written law is based on the natural sense of the lord. Secular law is how human reason combines and orders natural law. The law of Moses (Ten Commandments) is the law of the Jewish people, and does not apply to others. However, it agrees with natural law, so is should be followed not as the law of Moses, but as natural law.

The worldly natural law applies to everyone, so it is not about salvation (which only affects Christians), but about worldly good. In worldly natural law, God is only a hidden participant. That is, God is not directly present in the practice of the law and the exercise of power. The purpose of worldly natural law is to confine human selfishness within limits, primarily by means of coercion and punishment. The nature of fallen man requires this. Man can not take part (*participatio*) in the eternal law – as Thomas wrote. The earthly law is expression of God's wrath. Only Christians are exceptions to this, before whom the meaning of *lex Christi*, which is the law of God and neighbor, is revealed.

The profane natural law is thus different than the natural law of God. For Man, 'stuck in this world', the law is just a means of discipline, – due to his tendency toward evil – through which peace and order can be achieved. In doing so, Luther established a notion of the state which enabled it to shepherd non-believers into actions typical of the Christian faith by means of violence. The concept of nature split in two, as well. There is divine nature, of which Christians partake, and there is corrupt nature, which pervades non-believers, sinful people. It is true, in the latter case, that there is divine nature hidden within them, but precisely because of its concealment it is necessary to strongly discipline the sinful man.

Calvin moved even farther into the field of anthropological pessimism. He said that, in the nature and will of man, there is a fallen being (sinner), who strayed far from God, but not so far that he could not take responsibility to make amends before God. Natural law speaks to us in conscience, and since man is a sinner, natural law is practically the legal basis for judgement before the tribunal of God, and not the compass for determination of good and evil.

The fundamental tension: On the one hand, we may speak of divine sovereignty, which refers to the entirety of creation, and on the other, about man fallen into sin, who is not touched by this sovereignty. Divine will determines human will, and the basic characteristic of human will is obedience to God. However, fallen man rebels against that will.

The Kinds of Grace

Special Grace: those whom God has chosen for salvation (predesination).

Common Grace: what is defined by the secular activity of *all* men. It is God's intervention, that saves the human world from devastation, which sin would bring about through sinful man. Types of these:

- Universal Common Grace, which extends to all creatures;
- General Common Grace, which applies to mankind. Divine grace aids the clarity of the mind of fallen man, which helps man to prosper in the world, orient his morality and understand the laws. The laws of civil life hold sin in check. Morals are an *internal* check, civil government is an *external* check;
- Covenant Common Grace, that is common to all those who live in the sphere of the covenant.

The *elect* not only coexist with sinners in this world, but are not freed from the power of sin until salvation. In man, there are two kinds of law. One is the spiritual (conscience, reverence for God), the other is civil (secular), which teaches human and civic obligations. Like Luther, Calvin thought the will of God to be the source of all law. What God wills must be accepted merely because He willed it. In essence, God is power (*potestas*) and justice (*iustitia*) inseparable. His basic concept being that order (*ordo*) is simultaneously command and orderliness. The natural order is not simply the will of God, but is arranged through divine wisdom.

Although Calvin does not use the concept *potentia absoluta,* the sovereignty of God means that He is not bound by his own laws, that is, his will is absolute. He rules above all laws. Calvin, who has a law degree, uses other categories, e.g. *summa potestas*, or *princeps legibus solutus*, derived from Roman law.

Revelation shows divine will as a source. The Ten Commandments are an authentic statement of natural law. Fairness is the fundamental natural law, written in our hearts. It is universally valid, and legitimized by laws based in reason. The laws of Moses were given to the chosen people, so they are not universal, but their elements agree with natural morality. Every nation must make laws which best preserve divine law within the given circumstances. Moral law commands reverence to God with pure faith and grace, and in turn, that we treat and relate to people with genuine love. Nations must adjust their laws to the command of mutual love. Fairness is needed to achieve peaceful state order. Provision of the law (*constitutio*) is the external form in which the law appears. Fairness is thus the abstract (general) moral content of law.

In Calvin, we can only speak of 'one' law, divine law, and the natural law is the same (plus: Mosaic Law, revealed law, positive law). There are many various manifestations of the one law. The many forms of the law are required due to the fallen state of man. The state came about as a result of divine providence (thus, it is a natural phenomenon) – namely, because of sin. Power is not the cause of evil, but is the holy order of God. The seeds of law are sown in everyone (but these are just seeds). Written law is a safer guide than the natural law. Christ did not bring new laws, but restored original purity to the Mosaic ones. We must remember, there is only one law. Positive law applies eternal truth in the context of space and time. Fallen man corrupted by sin does not even follow these, so civil government must exercise coercion. Calvin's concept of state, in which the state is the mediator of divine order, can be classified as a type of theocracy. As a consequence, the Calvinian conception of law works against later paths to secularization. He subordinated politics to Divine law instead of Church law.

Hugo Grotius can be regarded as the father of modern natural law. By 'modern' we mean he set out on the path of secularization of natural law thinking.[3] He thought Divine will can be known from "the design of nature", not from Scripture. This must have been quite surprising to readers at the time.

The Elements of Natural Law

- protection of life (law of self-preservation)
- people secure keep useful things for their lives (law of self-sufficiency)
- no one may harm their neighbor (the law of peace)
- no one may acquire something in another's possession (law of self-restraint)

It is a revolutionary principle that natural law is valid independently of God, and cannot be changed even by God. The rules of natural law, like the rules of mathematics, apply to itself. Natural law can be understood as an axiomatic system. It was not God's creative power being questioned, since the plan of nature is a plan ordained by God, but whether God could intervene in the world of His creation – this was being questioned. God created nature, then left it alone. We may scrutinize this natural plan with geometric thinking. Descartes and Leibniz continued on this line.

Another Dutch thinker, Spinoza, also transformed the classic concept of natural law, also indicating movement toward secularization. For him, the eternal law of Aquinas and natural law melded together. His concept of substantiation (God, or nature) not only expressed that God and Nature were identical, but when he derives everything from nature as a cause (*causa*), he simultaneously identifies reason with rational motives (*ratio*), by which he has stated that natural law and the law of reason are identical. Freewill then provides an opportunity to overcome instincts and emotions that influence rational motives. Similar to Grotius, he also professed a geometric view.

I review in detail the work of Hobbes and Locke in the chapter about social contract theory. More specifically, the aspect of their theory about how they understood the state of nature. In the following, I only touch on their narrow views of natural law.[4]

According to Hobbes, the mistake of the natural law tradition is the idea that man is a social being *by nature*. Reality is just the opposite – man is an asocial being. Human nature is controlled by the passions, which we can dominate on the basis of reason, and this is the basis of the social contract. Hobbes turned to "artificial nature" (history), which is a creation of man. That is, the purpose of man is to exit nature, and the mind plays a central role in this, since the mind is capable of curbing the chaos arising from nature (conditions of war, reigning passions).

Natural law ensures the freedom necessary for the preservation of life. There is only one natural law, the right to self-sufficiency, but man in a natural state is incapable of accomplishing this. Only a fully sovereign power (social state) can guarantee this. Although, the natural law (right of self-sufficiency) is reasonable in itself, only through sovereign power does it become law. Thus Hobbes does not reject natural law, but significantly transforms it to seperate God from the human world. It is not God, but the state that provides guarantee of natural law. Natural law does not prescribe obligations, but subjective rights. People make a social contract in the interest of peace, but this doesn't make their nature more sociable. Power to protect the social state is necessary. A strong state responds to people in society who want to live in peace.

At the start of Locke's career, he published many studies about natural law, and returned to the subject at the end of his life's work. In the interim period, he worked to transform his concept of the social contract. In work from his younger years, he emphasized that natural law is given by God, but as law we need not know this. We should rather keep in mind that man (society) sanctions its transgression, because only man-made sanctions can secure the law. This shows a complete break from classical natural law, which says *conscience* (the place for the law that God has written in our hearts) provides the sanctions.

Locke accepts Revelation, but does not base his political arguments on Scripture (he could not derive the natural state from Scripture). Yet, this is not even required, a rationalization for natural law (for why a social state must be brought into existence) can be understood without belief in God. The natural right of man (to desire happiness) is an absolute right, but there are no absolute obligations since there is no universally valid morality born in us, as Locke debated with Decartes in his writing.

An essential trait of modern natural law is that, within the framework of a secular worldview, it gradually seperated nature from God, and thus, natural law as well. God was about to be replaced by the concept of reason. It is no coincidence that modern natural law is called 'common sense'. Continuing down this path, German philosophers (Kant, Fichte, Hegel) also dealt in detail with the problematic of natural law. However, from the mid-19th century, the world of reason changed significantly, the position of natural law declined spectacularly. This change can also be explained by the fact that while philosophers dealt with the theme of natural law, from the 19th century legal thinking and jurisprudence became more and more detached from it. More titles on legal theory were published by lawyers, than by philosophers. Moreover, legal theory now appeared expressly as a theory of man-made, positive law. So we can say that from the latter half of the 19th Century, the advance of legal positivism resulted in the suppression of the natural law view.

[3] KLIPPEL, D. (ed.), *Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrechts (17.–19. Jahrhundert).* München, 2006. SCATTOLA, M., *Das Naturrecht vor dem Naturrecht. Zur Geschichte des ius naturae im 16. Jahrhundert.* Tübingen, 1999. HAAKONSSEN, K., *Natural Law and Moral Philosophy: From* Grotius to the Scottish Enlightenment. Cambridge, 1996.

[4] SKINNER, Q., *The Foundations of Modern Political Thought*. Cambridge, 1978; WALDRON, J., *God, Locke and Equality: Christian Foundations in Locke's Political Thought*. Cambridge, 2002.

4. The Renaissance of Natural Law

This situation was observable for about a century. While already by the 1930 s, books appeared which urged a return to natural law, the critical turn came about in 1945.[5] A German legal philosopher called for the necessary rebirth (renaissance) of natural law. This was the philosopher of law, Gustav Radbruch. Radbruch's pre-war work can clearly be classified as legal positivist ideology. From the view of the operation of law, he had stressed three legal principles: justice, expedience and legal certainty. Of these three, he had held the last to be the most important, and this obviously means the dominance of legal positivism. His experience of National Socialism, specifically to the question of how German jurisprudence became the servant of barbarism, provided a clear answer. It was due to its legal positivist standpoint, which accepts all laws independently of its content. Radbruch says only natural law can provide protection in the face of this. The natural law approach means that of the three legal principles listed above, justice comes to the fore.

It is an exaggeration to say that Radbruch would have taken a radical turn, since he continued to see legal certainty as a fundamental value, moreover, saying that it was important to maintain legal certainty, even with unjust laws. But there is an exception: when the content of a law is so intolerable that it opposes justice (this was known as the Radbruch formula). This 'intolerance' is not a completely subjective notion, and here Radbruch refers to the fact that justice presupposes equality of people before the law. If a law transgresses this – as race-based laws did – then it is not about a simple legal wrong, but the law has no legal quality (not law), since the essential goal of law is serving justice, and these laws denied that.[6]

As we can see, Radbruch's natural law concept connected neither to the classical nor the modern natural law. That is, he is speaking of neither the nature created by God, nor the nature of reason. The natural law position is simply a means focusing on the value of justice (and the equality in it), or in other words: the indelibility of the aspect of morality in jurisprudence. Although the natural law renaissance that Radbruch hoped for did not occur, positivist law continues to guard its prominent role, but it can certainly be established that in more than the past half century, compared to the previous one, natural law theories appear more often. These theories strongly relate to the classical ideas of Aquinas's natural law. John Finnis's approach to natural law fits into this tradition, which is why it is also called neo-classicist theory.

Starting from Thomas Aquinas, Finnis examines natural law from the aspect of practical rationality. He distinguishes two observational positions. The internal viewpoint, when we understand descriptive and evaluative moments of law, and the ideal viewpoint from the aspect of the participants in case law. As the perspectives of participants in case law can vary, it is necessary to choose an "ideal" perspective. The natural law perspective helps theories describing the world of existing law to provide a standard in researching the meaning of law. This standard is the ideal moral viewpoint. Regarding the search for a moral ideal, he stressed that fundamental forms of good and principles of practical rationality are plural, and the good comes before the proper (the "good" means goals, the "proper" refers to actions).

Finnis distinguished between basic goods and instrumental goods. There is no hierarchy between them, each are equally important. This concerns the following: life, knowledge, play, aesthetic experience, friendship, practical reason, religion. The instrumental goods refer to those means which are necessary for acquisition of the basic goods. Finnis discussed in detail what is necessary for a legal system to requirements of the rule of law. Summarily stated, in spite of his emphasis on continuation of the classical natural law tradition, for Finnis the natural law viewpoint fundamentally implies a moral viewpoint.[7]

To conclude this chapter, I quote the book of a philosopher, a political philosopher, on the context of natural law. This, too, is a 'return' to classical and early modern thinking, when what constitutes natural law was important to philosophers.[8] In his book, Natural Law and History, Leo Strauss emphasized that in antiquity, human life was in harmony with natural justice based on natural laws, and that modernity had broken this harmony. Thus it was constantly in crisis. The loss of a vision of natural law is not merely a theoretical loss, but a loss of security in social life.

Briefly reviewing the history of ideas on natural law thinking, it was hoped that the different concepts of nature became clear, and what different images of nature were behind the newer and newer concepts of natural law that have developed over time. Indeed, in less than the last century, positions that identify themselves as natural law have no longer dealt with any interpretation of nature as foundational. They have relied only on the line of its conventional usage, which also linked the moral dimension to natural law. I must note that this interpretive direction only appeared from the 19th Century, when the creed of natural law defined itself in opposition to legal positivism.

---

5 The concept of 'natural law renaissance' itself goes back to the book title of a French author (CHARMONT, J., La renaissance du droit naturel. Montpellier, 1910) but in German-speaking regions, it was fundamentally used for the legal-political situation after 1945.

6 About all this in detail: STOLLEIS, M., Recht im Unrecht. Frankfurt a. M., 1994.

7 A conception of natural law similar to that of Finnis can be found in Lon Fuller. In his book, *The Morality of Law* (1964) Fuller rejected the idea that natural law would be a mandatory, higher-order system of axioms. As with Finnis, morality allows the interpretation of law, his conception of law, as a procedural version of natural law.

8 STRAUSS, L., *Natural Right and History*. Chicago, 1953. MACHEK, C., *Die Rückkehr zu den Ursprüngen der politischen Philosophie. Die katholische Soziallehre, Leo Strauss und Eric Voegelin als Repräsentanten des klassischen Naturrechts in der Auseinandersetzung mit dem modernen Denken.* Paderborn, 2012.

Aspects of the History of Internet Regulation from Web 1.0 to Web 2.0*

*Gergely Gosztonyi***

Abstract

The time of the Internet from 1990 to 2000 can hardly be compared with the digital world in which we live today. For a long time in media histroy, we were talking about a one-sided, straight line of information from the content creator to the content consumer with a corresponding legal framework that has existed for centuries. The former legislation of the press was no longer able to fill the new modern framework of the Internet. This gave rise to the early myth that the Internet is a lawless space in which almost Wild West rules dominate. The study outlines the appearance of social media, the transformation of Internet communication, and the arc from Web 1.0 to Web 2.0, highlighting the difficulties legislators and regulators may face with this new medium.

Keywords: *regulation, internet, Web 1.0, Web 2.0, lawless space, broadcast model, intercast model*

1. Introduction

The Internet between 1990 and 2000 can hardly be compared to the digital world we are living in now. That era was characterised - as it had been for centuries - by a unidirectional straight line of checked information passed on from the creator to the consumer of the content, mostly without the need for feedback. The legal regulation was in line with this practice, as previous laws concerning the media were not exactly appropriate for this framework, then regarded as modern. This is why in the early days a myth arose that the Internet is a space outside the law, a 'lawless space', where, metaphorically speaking, the rules of the Wild West apply. Present study outlines the formation of social media, the transformation of online communication, and the road from Web 1.0 to Web 2.0, highlighting the difficulties that legislating and regulating authorities might encounter when dealing with this new type of medium.

2. The appearance of Web 1.0 and Web 2.0

Although the data suggest that the spread of social media took place in the last decade, the evolution of the digital world did not start with those platforms. The old, unidirectional, so-called Web 1.0 applications merely served as a means to represent traditional media in a new, digital environment.[1] "Web 1.0, the 'heroic age' - even looking back from the point of view of Web 2.0 - was basically about online presence, being seen via brochure-type, rarely updated websites for companies, portfolio-type websites for individuals, and various news sites; that is, a kind of online representation of the printed press, where the most obvious forms of feedback were through e-mail or the telephone."[2] As this quote shows, the Internet between 1990 and 2000 can hardly be compared to the digital world we are living in now. There were obvious technological limitations to displaying traditional media products in traditional ways, but an even more significant difference is that this era was characterised - as it had been in practice for centuries - by a unidirectional straight line of checked information passed on from the creator to the consumer of the content, mostly without the need for feedback.[3] The key issue here was clearly that consumers were passive: their primary 'role' was to absorb the information.

However, technological development,[4] the bursting of the first dotcom bubble in 2000,[5] and the ensuing crisis of confi-

* The study was prepared within the framework of „the sovereignty project" of the Legal History Research Group of the Hungarian Academy of Sciences and Eötvös Loránd University.[Eötvös Lorand Research Network].

** Gergely Gosztonyi, PhD, Department of the History of Hungarian State and Law, Faculty of Law, Eötvös Loránd university (ELTE), Budapest, Hungary, email: gosztonyi@ajk.elte.hu

1 On the early history of the Internet see: NAUGHTON, J., The evolution of the Internet: from military experiment to General Purpose Technology. In: *Journal of Cyber Policy*, vol. 1, Nr. 1, 2016, p. 5-28. or CAMPBELL-KELLY, M. – GARCIA-SWARTZ, D. D., The History of the Internet: The Missing Narratives. In: *Journal of Information Technology*, vol. 28, Nr. 1, 2013, p. 18-33.

2 HERENDY, Cs., A kereső, a dokumentumok és a user [Search engine, documents and the user]. In: *Médiakutató*, vol. 11, Nr. 1, 2010, p. 41-55.

3 See: FERENCZY, L. T., Sajtólevelezés régebben és ma [Press correspondence then and now]. In: *Korunk*, vol. 30, Nr. 10, 1971, p. 1610-1612.

4 "In 2012 twenty (!) average households – having broadband internet – generated more digital traffic than the whole of the Internet in 2008." HÁMORI, B., A Barnaby Rich-szindróma a XXI. században. A figyelem, mint szűkös jószág [The Barnaby Rich-syndrome in the 21st century. Attention in demand]. In: *Köz-gazdaság*, vol. 10, Nr. 3, 2015, 3, p. 133.

5 N/A: The dotcom bubble twenty years ago. In: *origo.hu*, 30 March 2019, https://www.origo.hu/gazdasag/20190329-internet-nasdaq-reszveny-usa-buborek-tozsde.html (accessed 24 Aug 2021).

dence led internet companies in a new direction, where the roles of users have changed, and the focus shifted to common knowledge, common creation and common action. And although some of the pioneering companies had been founded a few years earlier (Google in 1998, Blogger in 1999, Wikipedia in 2001), the real breakthrough took some time.[6] Myspace, Last.fm, Picasa and Facebook were set up in 2004, while Flickr, del.icio.us and YouTube in 2005, but for Web 2.0 to be widespread it needed a large mass of users who were able to really create a community. "Only with Web 2.0 does the number of content uploaders rise drastically, as the new, stable infrastructure and simplified user interface make every downloader a potential uploader as well."[7] Within a few years (by December 2007) 20% of the world's population had access to the internet:

Date	Number of users	% of world population[8]
December 1995	16 million	0.4 %
December 1996	36 million	0.9 %
December 1997	70 million	1.7 %
December 1998	147 million	3.6 %
December 1999	248 million	4.1 %
December 2000	361 million	5.8 %
August 2001	513 million	8.6 %
September 2002	587 million	9.4 %
December 2003	719 million	11.1 %
December 2004	817 million	12.7 %
December 2005	1,018 billion	15.7 %
December 2006	1,093 billion	16.7 %
December 2007	1,319 billion	20.0 %

Thus a growing number of users were able to join an infinite number of bidirectional[9] communication processes, which were primarily based on the community, and advocated the priority of user-created content. Constant sharing,[10] qualifying (e.g. comment, like, link) and classifying (e.g. tagging) of content enabled the creation of a communication space where active users could participate as economically and politically independent entities. The term 'Web 2.0' was coined in 2004 by Tim O'Reilly, but there is no obvious and unified definition to it.[11] O'Reilly, however, based on the ideas of Christopher Alexander,[12] lists a group of characteristics - which form the basis of every later attempt at defining Web 2.0. The most important characteristics of the new media, according to O'Reilly, are the following:

- „Small parts can make one big item, either through inner development or by adding up (The Long Tail)
- Data as the driving force (Data is the Next Intel Inside)
- 'Architecture of participation' (Users Add Value)
- Loose organisational structure (The Perpetual Beta)
- Based on cooperation, not control (Cooperate, Don't Control)"[13]

Based on the above, a decade later Jonathan Obar and Steven Wildman summarised previous attempts at defining Web 2.0:

- „Social media services are Web 2.0 Internet-based applications,
- User-generated content is the lifeblood of social media,
- Individuals and groups create user-specific profiles for a site or app designed and maintained by a social media service,
- Social media services facilitate the development of social networks online by connecting a profile with those of other individuals and/or groups."[14]

This means that social media sites constitute only a small segment of Web 2.0 applications, even if the huge number of users suggests that they are a much bigger segment. The Hungarian Wikipedia entry on Web 2.0 lists the following types of social media:[15]

- Social networking services (Facebook, LinkedIn, Orkut, MySpace,)
- Photo-sharing websites (Instagram, Flickr, Indafotó, Picasa, Photobucket, SmugMug, Zooomr,)
- Video-sharing platforms (YouTube, Google Videos, IndaVideó)
- Blogs, micro-blogs (Twitter, Jaiku.com, Plurk)
- Online office applications (Google Calendar, Google Docs & Spreadsheets, Zoho, ThinkFree Online)
- Auction sites (Marketplace, eBay, Vatera)
- Podcasts
- Wikipedia and other wikis
- Forums
- Online file storage facilities (Dropbox, Google Drive, Box.net)
- Online maps (Waze, Google Maps, Yahoo! Maps)
- Sites facilitating online trading (PayPal, Abaqoos)
- Music streaming services (Pandora.com, Last.fm)
- Public copyright licenses (Creative Commons, GPL)
- Link-sharing services (del.icio.us, Diigo, Linkzilla)
- News aggregators (Digg)

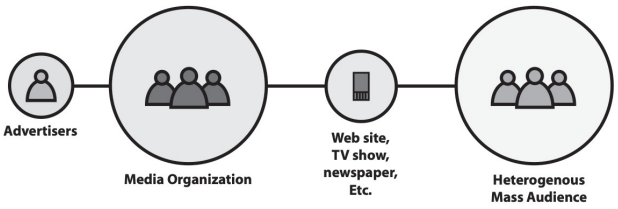
[6] SLUMKOSKI, C., History on the Internet 2.0: The Rise of Social Media. In: *Acadiensis*, vol. 41, Nr. 2, 2012, p. 153-162.
[7] CSORDÁS, A., A feltölthető világ – Web 2.0 [Uploadable world – Web 2.0]. In: *Magyar Narancs*, 17 November 2005, https://magyarnarancs.hu/tudomany/a_feltoltheto_vilag_-_web_20-64804/?pageId=64 (accessed 24 Aug 2021).
[8] https://www.internetworldstats.com/emarketing.htm (accessed 24 Aug 2021).
[9] And later through multidirectional (P2P) communication. MILEFF, P., P2P hálózatok [P2P networks]. University of Miskolc General Informatics Department. https://users.iit.uni-miskolc.hu/~mileff/parh2/p2p.pdf (accessed 24 Aug 2021).
[10] As the proverb goes, 'Sharing is caring' – which became a basic principle for sharing.
[11] KARAMBIRI, Z., Les responsabilités liées aux contenus postés dans les blogs. In: *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, Nr. 36, 2009, p. 30.
[12] ALEXANDER, C., *A Pattern Language. Towns, Buildings, Construction.* Oxford, 1977.
[13] O'REILLY, T., What Is Web 2. 0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software. 30 September 2005, https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html (accessed 24 Aug 2021).
[14] OBAR, J. – WILDMAN, S., Social Media Definition and the Governance Challenge: An Introduction to the Special Issue. In: *SSRN Electronic Journal*, 2015, https://www.researchgate.net/publication/315455917_Social_Media_Definition_and_the_Governance_Challenge_An_Introduction_to_the_Special_Issue (accessed 24 Aug 2021).
[15] https://hu.wikipedia.org/wiki/Web_2.0 (accessed 24 Aug 2021).

- Newsfeeds (feedek, RSS)
- Personalised start pages facilitating remixing of news (iGoogle, Netvibes, Google Reader)
- Communities providing internet access (Fon, Meraki)
- Virtual realities (Second Life) and online games (MMORPG)
- Uniform authentication protocols (OpenID, TypeKey)
- Mashups and services facilitating their creation
- Version control systems facilitating open source softwares (CVS, SVN, Git, Mercurial, Bazaar)
- Pastebins
- Scientific programmes using the internet (SETI@Home, Galaxyzoo) and meteorological communities (Metnet.hu, időkép.hu, Viharvadász.hu)[16]

The average user knows and uses only the most popular of these applications. The list, however, perfectly encapsulates the potential still hidden in Web 2.0. "The exponential growth in the number of creative users results in the democratisation of creation, consumption, communication and expressing opinion, as well as a radical change in our knowledge of the world."[17]

Below are two illustrations by Shayne Bowman and Chris Willis from 2003, who differentiated between what they called *broadcast model* and *intercast model*. The former term is used for traditional media services (television, radio) and is characteristic of Web 1.0 in the 1990s, while the latter is a different, online type of media service, characteristic of today's online communication, and Web 2.0.

Broadcast Model[18]



Intercast Model[19]

The basic difference between the two models is in their organisational structure. In the *broadcast model* communication is structured vertically, top-down, where, as we have seen, the consumer plays only a passive role, while in the *intercast model* the users form a self-structuring, active platform. This also means that the directions of communication have changed: the former, unidirectional communication has been replaced by bi- or multidirectional communication, that is, the possibility for real conversation.

Does this mean the advent of the brave new world? In the early and mid 2000s many people thought that online communication and Web 2.0 would bring about a democratic form of communication available to everyone, leading to a better understanding of the world, and the education of the masses, free of indoctrination. In 2006 Time Magazine chose as 'Person of the year' the millions of internet users participating in online content creation not only as readers but also as writers and editors. The term the magazine used was 'You'.[20] The now iconic cover[21] showed a Mac computer running a YouTube video.

As Lev Grossman wrote in his editorial: "(We) call it Web 2.0, as if it were a new version of some old software. But it's really a revolution. It's a tool for bringing together the small contributions of millions of people and making them matter."[22] Although the decision was not to everyone's liking,[23] Time Magazine was undoubtedly right in realising that the media, its environment and ecosystem would significantly change in the following years. Grossman continues: "for seizing the reins of the global media, for founding and framing the new digital democracy, for (…) beating the pros at their own game, TIME's Person of the Year for 2006 is you."[24] Dan Gillmor called this 'the new wave of journalism', summarizing its essence:

16 The order of the examples mentioned in the Wikipedia entry was altered altered, starting with the most popular services - Author's comment.
17 CSERPES, A., *Marketing és menedzsment a közművelődésben* [Marketing and management in community culture]. Zalaegerszeg, 2011, p. 194.
18 BOWMAN, S. – WILLIS, C., *We Media. How Audiences are Shaping the Future of News and Information*. The Media Center at The American Press Institute, 2003, https://www.hypergene.net/wemedia/download/we_media.pdf, p. 10. (accessed 24 Aug 2021).
19 BOWMAN – WILLIS 2003, p. 10.
20 'You' being both singular and plural, thus allowing for a wide range of interpretations.
21 http://content.time.com/time/covers/0,16641,20061225,00.html (accessed 24 Aug 2021).
22 GROSSMAN, L., You Yes, You Are TIME's Person of the Year. In: *Time Magazin*, 25 December 2006, http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,1570810,00.html (accessed 24 Aug 2021).
23 KEDROSKY, P., *I Call „Market Top" on „You"*. https://web.archive.org/web/20080207013442/http://paul.kedrosky.com/archives/2006/12/16/i_call_market_t.html (archived from the original by Internet Archive). (accessed 24 Aug 2021).
24 GROSSMAN 2006.

- „My readers know more than I do.
- That is not a threat, but rather an opportunity.
- We can use this together to create something between a seminar and a conversation, educating all of us.
- Interactivity and communications technology — in the form of e-mail, weblogs, discussion boards, web sites and more — make it happen."[25]

It would be easy to say they were wrong, but it wouldn't be true. They were right in their basic principles: a brand new form of communication became available for the first time in the history of mankind. For the first time it was possible for the masses, not only the privileged elite minority, to communicate, to have a real conversation.[26] Looking back on the history of communication,[27] there had always been some kind of 'entry threshold' preventing the masses from participating in communication processes. We do not need to go back to the very beginnings of the media, only as far back as the pre-printing press codices: the issues of paper, ink and literacy were all obstacles to communication. Although Gutenberg seemed to have ended this situation with the invention of the movable type,[28] due to the lack of paper at the time, and the relative novelty and underdevelopment of the technology, the famous Gutenberg Bible was printed in only 180 copies.[29] Of course, the invention of the printing press greatly contributed to the spreading of information, but a significant change required quite a lot of time. The classic press and the appearance of monthly, weekly and daily newspapers enabled a wider, but still limited audience to get information.[30] In the 20th century the spread of radio,[31] and later television,[32] allowed even more people to join in the communication processes, though, as we have seen, merely as passive recipients. Therefore, while radios, televisions and newspapers were widespread, and there were more and more ways to spread information, there was still no possibility for feedback - that is, real conversation.

3. Problems of Web 2.0, or the myth of 'lawless space' debunked

The possibility of real conversation in mass communication arose only with the advent of Web 2.0, so it is no wonder that it created an overly optimistic atmosphere. Another factor, perhaps foreshadowing future problems, was the myth that the Internet is a space outside the law, where those participating in any communication can have a freedom never before experienced, in a self-regulating way, without any state regulations. "Is the Internet a lawless space? Of course, Effectively, there are no laws, except in places like China. I'm a liberal, so I believe in the free flow of information (…)." said British politician Paddy Ashdown in 2008[33] when talking about a national report[34] which stated that the number of terrorism-related and violent online contents was on the rise.[35] The myth of the lawless space[36] could not be maintained for long: year by year, month by month, and even day by day it became apparent that this 'Brave new world', as Aldous Huxley put it, was not the fantastic utopia many people had hoped for.

Brand new difficulties arose not only for users but for legislators too:

- The scattered, atomized state of the Internet and online communities[37]
- The questionable quality of communal knowledge sources[38]
- The difficulty of obtaining reliable information (fake news, deepfake)[39]
- Financial risks, which might lead to yet another dotcom bubble[40]

---

[25] GILLMOR, D., Journalistic Pivot Points. 7 March 2002, quoted by: BOWMAN – WILLIS 2003, p. 13.

[26] SPEIER, H., International Political Communication: Elite vs. Mass. In: *World Politics*, vol. 4, Nr. 3, 1942, p. 305-317.; FOLEY DABBARACCIO, A., *Communication in History: The Key to Understanding*. http://www.uwgb.edu/nationalhistoryday/files/pdf/2021%20Theme%20Narrative.pdf (accessed 24 Aug 2021).

[27] BARBIER, F. – LAVENIR, C. B., *The history of the media. From Diderot to the internet*. Budapest, 2004.

[28] GILES, M. W., From Gutenberg to Gigabytes. Scholarly Communication in the Age of Cyberspace. In: *The Journal of Politics*, vol. 58, Nr. 3, 1996, p. 613.

[29] ANDREWS, E., 7 Things You May Not Know About the Gutenberg Bible. In: *History*, 23 February 2015 (updated 22 August 2018), https://www.history.com/news/7-things-you-may-not-know-about-the-gutenberg-bible (accessed 24 Aug 2021).

[30] KING, A. – EASLEY, A. – MORTON, J., *The Routledge Handbook to Nineteenth-Century British Periodicals and Newspapers*. Abingdon, 2019.

[31] MACLENNAN, A. F., Celebrating a Hundred Years of Broadcasting – An Introduction and Timeline. In: *Journal of Radio & Audio Media*, vol. 27, Nr. 2, 2020, p. 191-207.

[32] ELLIS, J., Television and History. In: *History Workshop Journal*, Nr. 56, 2003, p. 278-285.

[33] ESPINER, T., Internet is a ‚lawless space', says expert. In: *ZDNet*, 28 November 2008, https://www.zdnet.com/article/internet-is-a-lawless-space-says-expert/ (accessed 24 Aug 2021).

[34] Institute for Public Policy Research: Shared Destinies: *Security in a globalised world. The interim report of the ippr Commission on National Security in the 21st Century*. November 2008, https://www.ippr.org/files/images/media/files/publication/2011/05/Security%20Commission%20Interim%20Report_1666.pdf (accessed 24 Aug 2021).

[35] Institute for Public Policy Research 2008, p. 66.

[36] SUZOR, N. P., *Lawless: The Secret Rules That Govern our Digital Lives*. Cambridge, 2019, p. 1-2.

[37] BROOKS, D., *Can We Build Trust in Online Communities?* https://weareweavers.org/weavers/can-we-build-trust-in-online-communities/ (accessed 24 Aug 2021).

[38] GRABNER-KRÄUTER, S. – BITTER, S., Trust in online social networks: A multifaceted perspective. In: *Forum for Social Economics*, vol. 44, Nr. 1, 2015, p. 48-68.

[39] VACCARI, C. – CHADWICK, A., Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News. In: *Social Media + Society*, January-March, 2020, p. 1–13.

[40] KILMANN, C., Are We Experiencing Another Dot-Com Bubble? In: *Bacon Bits*, 18 February 2021, https://medium.com/bacon-bits/are-we-about-to-experience-another-dot-com-bubble-dc480fc75320 (accessed 24 Aug 2021).

- Information overload (that is, a tremendous amount of information versus the limited attention span of users) [41]
- The issue of 'spam' content, slowing down online traffic (data pollution, digital pollution) [42]
- Anonymity, which used to be a main feature of the early days of the Internet, but which has become the foundation of abuse (online bullying, online ruthlessness, flame war, revenge pron) [43]
- Censorship by companies and states
- Self-censorship

As world-renowned Polish philosopher and sociologist Zygmunt Bauman put it in a 2016 interview: "Social media does not teach us how to converse, as it is easy to avoid arguments… Most people use social media not to reach a common platform with others, not to widen their horizons, but quite the opposite, to create their own comfort zone where they only hear their own echo, and only see their own mirror image. Social media is indeed useful, and gives a lot of pleasure, but it is actually a trap." [44] Although many people hoped to eventually become a star, Andy Warhol's 15 minutes of fame [45] remained an unfulfilled dream for the majority.

4. Web 2.0 and the issues of regulation

As we have seen, a significant number of active, participating users have appeared alongside applications which were able to satisfy these users' needs to express their opinions (first and foremost: social media sites), but in the first years there was a kind of legal vacuum around the Internet. No wonder it was the privately owned companies that first set up the rules and conditions for users. For a few years this *status quo* was satisfactory for all parties. States washed their hands, pointing to tech companies in any given dispute; tech companies were able to maximize their profit without any outside control; and masses of users could be part of a media environment never before experienced, largely independent from the regulations of earlier, traditional media.

The new type of media has completely changed both our private and social lives, and nobody was prepared for the extent of this change. "Early commentators questioned how governments would respond to the spread of the Internet and whether an international approach to internet governance would develop." [46] Most people agreed with Steve Hanley, who said "Stymied legislative bodies find the Internet difficult to regulate, however, the present hands off approach is creating a mockery of well established law.'Each country connected to the Internet may opt to either ignore Internet regulation or implement a system that supports an international scope and uphold each nation's established jurisprudence." [47] However, the need for a unified regulation arose only after the number of problems grew. It is also of importance that the Internet was born in the United States, and was based on ensuring the freedom of speech and the users' privacy, and while in Europe these basic principles were more or less accepted, the Internet soon spread in other (legal) cultures where these values are not of paramount importance. [48]

So legislators have multiple tasks at hand. Firstly, to formulate a legal framework around a mass communication device used by billions of people on all continents, operated and owned mostly by American companies with the aforementioned American attitude. And secondly, to handle legal questions which are viewed differently by countries of different legal cultures or even by different laws of countries having similar legal cultures. Not to mention the diversity in social and political structures in different countries. Also, the Internet has developed its own set of rules, which the users implicitly (i.e. with the act of using the Internet) accept. [49]

This way regulating states can easily find themselves in a situation where the object of regulation can only be defined at "different, often overlapping levels: from local to supranational and global levels." [50] Thus " the vertical, centralized and state-based modes of traditional regulation have been complemented by collaborative horizontal arrangements, leading to 'a complex ecology of interdependent structures' with 'a vast array of formal and informal mechanisms working across a multiplicity of sites.'". [51] All this might explain why many states were content to sweep the question under the carpet.

---

41 N/A: *Information Overload, Why it Matters and How to Combat It*. https://www.interaction-design.org/literature/article/information-overload-why-it-matters-and-how-to-combat-it (accessed 24 Aug 2021).

42 BEN-SHAHAR, O., Data Pollution. In: *Journal of Legal Analysis*, Nr. 11, 2019, p. 104-159.

43 NAMASUDRA, S. – DEVI, D. – CHOUDHARY, S. – PATAN, R. – KALLAM, S., Security, Privacy, Trust, and Anonymity. In: NAMASUDRA, S. – CHRA DEKA, G. (eds.): *Advances of DNA Computing in Cryptography*. London, 2018.

44 QUEROL, R. de: Zygmunt Bauman: "Las redes sociales son una trampa". In: *El País*, 9 January 2016, https://elpais.com/cultura/2015/12/30/babelia/1451504427_675885.html (accessed 24 Aug 2021).

45 PIECHUCKA, A., *Fifteen Minutes of Fame, Fame in Fifteen Minutes: Andy Warhol and the Dawn of Modern-Day Celebrity Culture*. 2014, https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/8734/08_pjas8.pdf?sequence=1&isAllowed=y (accessed 24 Aug 2021).

46 PASLAWSKY, A., The Growth of Social Media Norms and Government's Attempts at Regulation. In: *Fordham International Law Journal*, vol. 35, Nr. 5, 2017, p. 1487.

47 HANLEY, S. M., International Internet Regulation: A Multinational Approach. In: *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, vol. 16, Nr. 4, 1998, p. 1023-1024.

48 PASLAWSKY 2017, p. 1489.

49 PASLAWSKY 2017, p. 1541.

50 RABOY, M. – PADOVANI, C., Mapping Global Media Policy: Concepts, Frameworks, Methods. In: Communication, Culture & Critique, Special Issue: Media Governance: New Policies for Changing Media Landscape, vol. 3, Nr. 2, 2010, quoted by: HINTZ, A., Social media censorship, privatized regulation, and new restrictions to protest and dissent. In: DENCIK, L. – LEISTERT, O. (eds.): *Critical Perspectives on Social Media and Protest: Between Control and Emancipation*. London, 2015, p. 111.

51 HINTZ 2015, p. 111.

There is disagreement on the exact moment in time when it was no longer an option. It surely happened some time in the early 2010s, when certain events were influenced by the formerly anonymous, voiceless masses now turned active participants. Prime examples are the WikiLeaks scandal of 2010,[52] the Arab Spring of early 2011,[53] the 2011 London riots,[54] or the 'Occupy Wall Street' movement.[55] Social media also facilitated the display and publicity of terrorist attacks, such as the 9/11 terrorist attacks in New York,[56] the Boston Marathon bombing,[57] the shooting at the Bataclan in Paris,[58] or the attack on the Christchurch mosque in New Zealand.[59] The Islamic State (IS) was also significantly influenced by the tools and possibilities of this new form of media.[60] Sadly, the same applies for natural disasters. Whether it was a hurricane named Harvey, Irma or Maria, a 7.0 earthquake in Haiti or a tsunami in the Solomon Islands, whatever happened was either broadcast live or was subsequently covered, in both cases being watched by millions of people worldwide. Later significant events were the US presidential election in 2016 and Brexit, the referendum which led to the United Kingdom leaving the European Union. The genie was out of the bottle, and by the mid 2010 s governments and states could not turn a blind eye, could not allow for 'privatized regulation'[61] (that is, outsourcing the state's demand for regulation) by social media companies to continue.

5. Conclusion

The altered media environment and the drastically lowered entry threshold have changed what we call the media. If we can participate in global communication using a mobile phone or a computer, then Marshall McLuhan's 'global village'[62] has indeed become reality. But, as Péter Nádori put it, "the analogies with previous conditions are inadequate: comments, reblogs, tweets, Tumblr posts, search results are, from certain fixed viewpoints, analogous with reader's letters, manifestos on lampposts, solitary stump orator speeches, database enquiries or conversations among friends, but a shift in the perspective reveals the characteristics that burst open the forced framework."[63] Along with all the difficulties, sadly, that we have seen on the news.

[52] CHRISTENSEN, C., WikiLeaks and the Afterlife of Collateral Murder. In: *International Journal of Communication*, Nr. 8, 2014, p. 2593-2602.
[53] CHARRAD, M. – ZARRUGH, A. – HA, H., The Arab Spring Protests. In: *Contexts*, Nr. 20, 2021, p. 58-61.
[54] BANAKAR, R. – LORT PHILLIPS, A., Law, community and the 2011 London riots. In: NOBLES, R. – SCHIFF, D. (eds.), *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*. London–New York, 2014, p. 169-185.
[55] MOORE, M., The purpose of Occupy Wall Street is to occupy Wall Street. In: *Nation*, Nr. 294, 2012, p. 12.
[56] SCHEPPELE, K. – VEDASCHI, A., Conclusion: The Afterlife of 9/11. In: SCHEPPELE, K. – VEDASCHI, A. (eds.): *9/11 and the Rise of Global Anti-Terrorism Law.* Cambridge, 2021, p. 242-250.
[57] WOJTYS, E., The Boston Marathon Tragedy. In: *Sports Health*, Nr. 5, 2013, p. 305.
[58] PACELLI, D. – IERACITANO, F. – RUMI, C., The dimensions of fear in the storytelling of European terrorism: The case of Bataclan. In: BAYGERT, N. – DURIN, E. – LE MOING-MAAS, É. – NICOLAS, L. (eds.): *La communication européenne, une scčne de combats? Positionnements politiques et enjeux médiatiques*. Bruxelles, 2019.
[59] ANDERSON, C., The Facebook Frontier: Harnessing the Power of Facebook Live. In: *South Carolina Libraries*, vol. 5, Nr. 1, 2021.
[60] MARTIAN, I. – ADAM, F., Role of the Internet and Social Media in the Spread of ISIS in Indonesia. In: *Halaqua*, vol. 5, Nr. 1, 2021, p. 13-15.
[61] HINTZ 2015, p. 109-126.
[62] MCLUHAN, M., *The Gutenberg Galaxy. The Making of Typographic Man*. Toronto, 1962.
[63] NÁDORI, P., Megoldás a komment-dilemmára? [A solution to the dilemma of comments?] In: *In Medias Res*, vol. 3, Nr. 2, 2014, p. 306.

Overcoming 'Cultural thesis' in Comparative Legal Studies of Non-Western Societies: the Case of the Nineteenth Century Modernisation in Japan and Russia

*Dmitry Poldnikov**

Abstract

A claim that law reflects culture holds the promise of explaining the success and failure of some societies to modernize their legal systems after Western patterns. However, recent socio-legal studies call for attention to other factors. This paper revisits the 'cultural thesis' with regard to Japan and Russia. Many scholars used to refer to the Confucian and Orthodox heritage to explain reluctant usage of the legal institutions and uneven effect of legal modernisation. However, this explanation restated biased stereotypes and failed to take into account such factors as rational (pragmatic) attitude, reaction to the design of legal institutions, and legal politics of the elites. The author traces the origins of the 'cultural thesis' in the works of the main protagonists, looks how it can be revised and contemplates a more adequate scheme to assess the weight of the factors that caused, facilitated or blocked legal changes in non-Western societies since the inception of their modernisation.

Keywords: *Japan; Russia; cultural stereotypes; legal modernisation; factors of legal change.*

1. Comparing 'incomparable' legal histories

Comparative legal history as an emerging discipline is still subject to much debate. One of the crucial issues is the criterion of comparison. Comparatists of modern legal systems often rely on the functional approach and take the social needs as *tertium comparationis*. Legal historians are much more sceptical about the possibility of such comparison for more than one reason. First, it might serve the goal of the unification of law which is totally alien to the goals of legal history. Second, societal needs might differ from society to society and across epochs, and could be addressed by different legal institutions. Third, the legal style of past traditions depends on idiosyncratic general or professional legal culture.[1] The last argument against functionalism is based on the assumption that law or legal tradition necessarily reflects culture that differs from society to society.

The significance of culture for the design and mechanics of the legal systems is common sense. The 'cultural turn' of interpreting social institutions in the humanities and social sciences in the mid-twentieth century drew attention of the social science scholars to the diversity and stability of traditional cultures of non-Western societies before, during, and after their modernisation. However, it also encouraged many legal historians and comparatists to think of law as the reflection of specific 'attitudes, values, and opinions held in society, with regard to law, the legal system, and its various parts', as Lawrence Friedman put it. In his words, 'cultural factors are an essential ingredient in turning a static structure and a static collection of norms into a body of living law. Adding the legal culture to the picture is like winding up a clock or plugging in a machine. It sets everything in motion,'[2] providing criteria for classifying and comparing world legal systems, explaining their similarities and differences, and conservatism and dynamics. Such a view helped to shape the 'cultural thesis' (I will use this shortcut hereinafter) to explain the 'otherness' of non-Western legal systems.

More recent socio-legal studies suggest that legal culture is not all that matters for understanding legal institutions and the 'cultural thesis' might imply biased and misleading stereotypes. For example, in a recent paper, Jean-Louis Halpérin compared Indian and Japanese paths to modernize their legal systems since the nineteenth century. He discovered more commonalities between them than anticipated: 'Cultural factors appear less pregnant that political issues and sociological transformations in the metamorphosis of legal transplants of Western origin.'[3]

There is no shortage for caveats which concern comparing Eastern and Western normative cultures. At times, it reminds of European 'legal imperialism' that used to impose 'western' modernized legal notions on traditional 'eastern' ones. It also masks

* Dmitry Poldnikov, professor of legal history at the Department of Legal Theory and Inter-branch Legal Disciplines, Faculty of Law, National Research University 'Higher School of Economics', Moscow, Russia, email: dpoldnikov@hse.ru

1 For a comprehensive account of this method and its critique see: MICHAELS, R., The functional method of comparative law. In: REIMANN, M., ZIMMERMANN, R. (eds.), *The Oxford handbook of comparative law*. 2nd edn. Oxford, 2019, p. 345-389.

2 FRIEDMAN, L., *Law and society: An introduction*. New Jersey, 1977, p. 76.

3 HALPÉRIN, J.-L., Transplants of European normativity in India and in Japan: A historical comparison. In: *Rechtsgeschichte-Legal History. Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, vol. 22, 2014, p. 155.

authentic trajectories and more appropriate perspectives.[4] Most of these objections are less pregnant for the period of modernisation when non-Western societies began to juxtapose their normative orders with the Western ones. Halpérin's paper inspired me to check whether a comparative study of Japanese and Russian legal modernisation would help us better understand each object of comparison. I bring Russian law to the fore because there is no objective perspective as such, and mine is determined by my Russian background.

There are plenty of publications regarding the history of Japanese or Russian law in comparison with the jurisdictions of Western Europe or within the Confucian or Christian cultural realms, respectively.[5] To the best of my knowledge, there is no academic literature directly comparing the two, except some aspects of constitutional modernisation at the turn of the twentieth century.[6] Seemingly, for a good reason. At the time of modernisation, the countries were too different. The Empire of Japan, a nation of around 44 million subjects, was ethnically, economically, politically, and culturally homogeneous, while the Russian empire with its 130 million subjects was immensely vast and diverse as it included a plethora of nationalities (although dominated by ca. 45% Russians), and engaged in all kinds of lifestyles ranging from nomadic to agrarian and urban, and professing all world religions. From the seventh century onward, Japanese culture developed under the Confucian influence from China according to the pattern of shame. Eastern Slavic communities gradually embraced Orthodox Christianity after 988 and developed the culture of guilt linked to the Western Christian normative pattern. This discrepancy manifested itself in the uniform Japanese legislation versus at least ten local civil laws mentioned and recognized in *Svod Zakonov* of the Russian empire. However, after the 1860s, both countries opted for a similar pattern of legal modernisation which intended to boost social development in the face of the growing pressure of the rapidly industrializing Western European powers.

Initial steps of Russo-Japanese comparison within the framework of global legal history call not for a comprehensive analysis of legal modernisation, but rather for methodological considerations on whether and how it is possible. The 'cultural thesis' acts as a stop-sign here. In this paper, I would like to focus on the 'cultural thesis' in the existing body of knowledge on each country in order to prove it biased and misleading for understanding the mechanism and the effects of legal modernisation. In order to revise this thesis, I rely on the data of socio-legal history and the concept of 'legal orientalism', recently advanced by Teemu Ruskola with regard to the late imperial China.[7]

The paper is subdivided into three parts. The first one presents the narrative of modernisation centred around the 'cultural thesis' on Russia and Japan. The second one introduces the evidence against the dominant narrative, exploring alternative explanations from the socio-legal perspective. The third one contemplates a more adequate explanatory scheme that can help us to highlight the weight of the factors that caused, facilitated or blocked legal changes in non-Western societies since the period of their modernisation.

2. The rise of the 'cultural thesis'

The diversity of legal systems of the world compels comparatists to recognize that their diversity depends on the law's past. However, 'very deep is the well of the past' and calling it 'bottomless', as Thomas Mann did, won't facilitate an academic discourse. Legal scholars are trained to make necessary selections under the labels of legal history, legal tradition, and cultural heritage. Since the nineteenth century, more experts from various fields tend to believe that cultural studies hold the promise of understanding and explaining the sustainable legal diversity through the past centuries, especially the great divide into East and West that, in the fine verse by Kipling, never shall meet 'Till Earth and Sky stand presently at God's great Judgment Seat'.

However promising the cultural perspective might be, it does not accentuate the dynamic nature of legal institutions and often masks biases that might perpetuate the stereotypes of 'Eastern' and 'Western' societies.[8] So, from a cultural perspective, Japan and Russia were so different that their legal ideas and institutions could not have anything in common. Even transplanting many elements of modern European legal systems may not bridge the wide gap between them.

2.1 Confucian heritage in Japan

Historically, all East Asian legal systems have their undisputable foundation in the shared Confucian heritage. As an official ideology, it goes back to the second dynasty of the unified Chinese empire (Han, 206 BCE–220 CE) when the rulers realized the potential of combining the rigid legalism of the first dynasty (Qin, 221–206 BC) with the Confucian moral doctrine. It was Emperor Wu Di (141–87 BCE) who proclaimed the law (*fa*) to be a sanction for each violation of the rituals (*li*).

This combination determined the following features of the Chinese governance:

- conservative adhering to the established statutes, Confucian rituals, and virtues;

[4] For a recent statement regarding inappropriate comparisons between the 'West' and Russia see: BORISOVA, T., BURBANK, J., Russia's legal trajectories. In: *Kritika: Explorations in Russian and Eurasian History*, Vol. 19.3, 2018, p. 469-508.

[5] See for example this approach in a recent paper: CHAUDHURI, K., Caught between nostalgia and modernisation: The history of criminal justice and punishments in Japan. In: *Comparative Legal History*, Vol. 9.1, 2021, p. 89-110.

[6] МЕДУШЕСКИЙ, А.Н., Великая реформа и модернизация России. In: Российская история, vol. 1, 2011, p. 3-27 [Velikaja reforma i modernizacija Rossii. In: *Rossijskaja istorija*].

[7] RUSKOLA, T., *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law*. Cambridge Mass., 2013.

[8] For this reason, 'legal tradition' may be a more advisable analytical concept for global legal history. See GLENN, H.P., *Legal traditions of the world: Sustainable diversity in law*. NY., 2014; DUVE, T., Legal traditions: A dialogue between comparative law and comparative legal history. In: *Comparative Legal History*, vol. 6, 2018, p. 15–33.

- the maintenance of three cardinal guidelines (the ruler (Emperor) guides his subject, father guides his son, and husband guides his wife);
- the autocracy of (virtuous) man (Emperor) and the unity of administration (bureaucracy).[9]

These pillars are widely believed to shape the legal tradition where the law is regarded as a necessary instrument to govern the common subjects who did not follow virtuous life. Its content was determined by the extensive criminal and administrative legislation, preserved in the mature form by the Tang Code (1st edn. 624 CE) and applied by officials, but not professional judges or lawyers.[10] Last but not least, all that made adjudication possible in the form of a criminal procedure in order to encourage people to settle their disputes amicably via mediation rather than through legal procedures. For example, a creditor could demand a debt be repaid only by accusing his debtor of criminal fraud.

Under the cultural influence of China between the seventh and eighteenth centuries, feudal Japan knew only records of penal and administrative laws or by-laws. The oldest Code of Taiho (703 CE) and the Yoro Code (718 CE) were clearly inspired by the Tang Code, while the later Code (*Kujikata Osadamegati*, or Written Rules of Procedure) passed in 1742 owed it to the Neo-Confucian ideology.[11] The *shogun*'s government kept the latter Code secret and lacked power to enforce it across the territories (*daymios*) of the powerful feudal lords. Penal intention and secrecy of Japanese laws, the lack of legal advisors, and the emphasis on social moral duties (*giri*) limited formal litigation to criminal trials or trade disputes in the inns in the biggest towns with the innkeepers acting as mediators and advisors. Thus, by the time of the last feudal government of Japan (the Tokugawa shogunate), the Japanese inherited from the feudal period 'an unusually pronounced tendency to avoid litigation and, conversely, an equally pronounced tendency to obtain settlements informally, nevertheless the informal and confidential handling itself makes such a process very illusive to the investigator'.[12] Instead of formal institutions, most people relied on informal means of getting things done.

It is a matter of debate whether feudal Japan had a functioning legal system and a true legal order.[13] As the US and the European powers forcefully ended the country's self-imposed isolation in the mid-nineteenth century, they began to disparage its legal order to justify unequal treaties. The Western colonial expansion in East Asia forced the Japanese elites to initiate the transition from feudal to national (modernized) legal system after the so-called *Meiji* restoration (1868). Not only did Japan choose the continental European pattern which presupposed stronger state institutions and 'top–down' reforms via codified legislation, but also the wholesale change of the elites' legal paradigm. The concepts of traditional were criticised and were gradually replaced by Western legal values and institutions:

- from adherence to the tradition to its criticism from the progressive, or Western point of view;
- from the absolute autocracy and 'the rule of man' to the constitutional rule on the basis of the constitution of 1889;
- from the unity of administration to the division of powers and professional courts (with the Great Court of Cassation in control since 1875);
- from duty-oriented social norms to the protection of individual rights;
- from the punitive nature of laws to a more diverse and balanced regulation of at least six areas of social relationships.

Formally, the Japanese empire was the first Asian country to adopt the 'six codes (laws)' inspired by French (the 1870s) and German laws (the 1880s): the Penal Code and the Code of Penal procedure (1882), the Code of Civil Procedure (1890), the Civil Code (1898), the Commercial Code (1899), and the revised Penal Code (1907).[14] It was enough to motivate some Japanese positivist scholars to declare their national legal system to be part of the civil law world since the early twentieth century.[15] However, the Western legal transplants did not function in Japan the same way as in the West. A low litigation rate was, perhaps, the most notable difference. For example, the number of civil cases tried in the courts of first instance was only 230 per 100,000 people in 1898.[16]

The most widely cited explanation for 'reluctant' litigiousness is precisely the 'cultural thesis' that goes back to cultural anthropologists. An American cultural anthropologist Ruth Benedict offered this explanation for Japan. As early as 1946, she coherently argued that Japanese culture was based on shame or 'a reaction to other people's criticism' which 'is a potent sanction'. Thus, to maintain social harmony in Japan, it is preferable to ignore a person's mistake than to seek official (formal) sanction, since an individual's shame is the group's shame.[17]

More recently, R.J. Smith has summarized the Japanese cultural pattern as follows:

> Contemporary Japan remains a place where the family, neighbourhood, the work place yield formidable sanctions over the behaviour of individuals. Loyalty, obedience, deference to authority, acquiescence, and group identity are powerful deterrents to misbehaviour. Though informal, the penalties are stringent for this is a society in which the incurring and

[9] ZHANG, J., *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*. Cham, 2014, p. 1 f.
[10] The Tang Code outlawed the legal profession as a means to discourage litigiousness among the people. See SPRENKEL, S., *Legal institutions in Manchu China: a sociological analysis*. Athlone, 1977, p. 69.
[11] STEENSTRUP, C., *A History of Law in Japan until 1868*. Leiden, 1996, p. 120 f.
[12] HENDERSON, D.F., *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*. Seattle, 1965, vol. 2, p. 191.
[13] HALPÉRIN, Op. cit., p. 151: the author replies negatively quoting in support STEENSTRUP, C., ibidem.
[14] DEAN, M., *Japanese legal system: text, cases & materials*. 2nd edn., London, Sydney, 2003.
[15] HOZUMI, N., *Lectures on the New Japanese Civil Code as Materials for the Study of Comparative Jurisprudence*. Tokyo, 1904, p. 19.
[16] WANG, T.-S., *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1895-1945: The Reception of Western Law*. Seattle, 2015, p. 94.
[17] On the contrary, Western societies are constructed around a 'guilt culture', which have 'an internalised conviction of sin' which makes formal litigation more acceptable. See BENEDICT, R., The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture. Boston, 1946, p 157 f.

repayment of obligations in a carefully calculated network of human relations characterise the lives of all but its most marginal members.[18]

Japanese comparatists have used the 'cultural thesis' to explain that even the most 'Westernized' East Asian legal system functioned differently from other Western legal systems in the second half of the twentieth century. According to Takeyoshi Kawashima, Japanese society denounces any violation of social harmony (*wa*), including going to court.[19] Law is an object of worship but not a practical tool to resolve disputes. Kawashima compared law in Japan with an heirloom samurai sword which is to be treasured, but not used.[20] In the similar vein, Yoshiyuki Noda stressed the relevance of culture and claimed that social moral obligations (*giri*) do not exclude formal (legal) rules and their enforcement through the courts but determined behavior more often than the law, despite its informality and oral form (custom).[21]

The 'cultural thesis' became the staple for presenting Japanese (and East Asian) law in the 'classical' and some modern textbooks on comparative law[22], and survived until recent textbooks.[23] In the second half of the twentieth century, the 'cultural thesis' even transcended academic publications and came to the fore in the political debate on '(traditional) values'. The ruling Liberal Democratic Party of Japan has repeatedly invoked them since 1955 in order to contest the universal validity of fundamental human rights and to justify their serious limitations despite the US-inspired provisions of the Constitution of 1946.[24] For similar reasons, other autocratic leaders of East Asia promoted the concept of 'Asian values'. Starting from the 1960s, Lee Kuan Yew, the 'founder' of modern Singapore and its longest-serving prime-minister (1959–1990), was one of their main advocates. According to him, this justified authoritarian political regimes, the paternalistic rule by law, the primacy of the community over individuals which protected them against the pathologies of modern liberal democratic societies (high crime rate, drug abuse, family breakdown etc.)[25] Yet, the political motives of such claims became more evident towards the end of the twentieth century, not least thanks to new evidence provided by socio-legal research and the deconstruction of the cultural stereotypes.

2.2 Alleged legal nihilism in Russia, before and during modernisation

The name 'the Russian empire' masks the extreme diversity of its peoples and legal regimes. The Digest of the laws of the Empire (*Svod Zakonov*) mentioned and recognised at least ten local civil laws.[26] Yet, in 1897, over 44.3% of the population was Russian, mostly Orthodox peasants, over 77% whereof living in the European part of the country.[27] Around 1833, the Russian-Orthodox mark of the Empire was fixed in its official ideology. At times, it led to Russification as part of the nation-building policy, especially in western regions in the reign of Alexander III. It also shaped the vision of the legal trajectories of the peoples united under the sceptre of Russian tsars.

The 'cultural thesis' has always been popular in explaining the special path of the Russian world. Since the origins of the academic discipline of legal history in the nineteenth century, Russian legal tradition was believed to be the main outlier in Eastern Europe, as opposed to the Balkans, under stronger Byzantine influence and Roman Catholic 'Eastern' Europe.[28]

The civilisational gap between Russia and Europe is usually traced back to at least three main factors. First, the Orthodox Christianisation of Kievan Rus', around 988, which linked it culturally and politically with Byzantium, not the Holy Roman Empire. Second, the Mongol yoke that devastated most Eastern Slavic communities and isolated them from other Christian nations. Third, the rise of the absolutist state and state-centred society with the entrenched serfdom.[29] As a result, the communities within the Russian tsardom did not experience the Renaissance or the Enlightenment. While western Europe began to modernise in the seventeenth and eighteenth centuries, Russia remained autocratic, estate-based, and Orthodox.

For Russian legal evolution, it is important to stress that the full texts of *Corpus Iuris Civilis,* or the Roman-Byzantine *Basilica,* were unknown till the end of the seventeenth century. Legal commentaries, university education and the legal profes-

---

[18] SMITH, R., *Lawyers, Litigiousness, and the Law in Japan*. In: *Cornell Forum*, vol. 11, 1984, p. 54.

[19] KAWASHIMA, T., Dispute Resolution in Contemporary Japan. In: VON MEHREN A.T. (ed.), *Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society*, Cambridge Mass., 2013, p. 41-72.

[20] Cited and discussed by HALEY, J., Sheathing the Sword of Justice in Japan: An Essay on Law without Sanctions. In: *Journal of Japanese Studies*, vol. 8, 1982, p. 265.

[21] NODA, Y., *Introduction to Japanese law*. Tokyo, 1976, p. 174-183.

[22] DAVID, R., Brierley, J.E., *Major legal systems in the world today: an introduction to the comparative study of law*. NY, 1978; ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introduction to comparative law*, Oxford, 1998, p. 295 f.

[23] MENSKI, W., *Comparative law in a global context: the legal systems of Asia and Africa*. Cambridge, 2006; GLENN, P. H. Op. cit.

[24] CHAUDHURI, K., Ibidem, p. 108.

[25] BARR, M.D., Lee Kuan Yew and the "Asian values" debate. In: *Asian Studies Review*, vol. 24.4, 2000, p. 309-334.

[26] Namely, Baltic laws (since the Treaty of Nystad, 1721), Polish laws (since the 3rd partition of Poland in 1795), Finnish laws (since the Treaty of Fredrikshamn with Sweeden in 1809), Little Russia, Lithuanian Statute, Mazovian and Magdeburg law, Bessarabian laws, Caucasian laws, laws of Step nomads, Jewish laws, Muslim laws, and customs of the indigenous population of Siberia, Central Asia, and Russian Far East.

[27] ЯНСОН, Ю., Сравнительная статистика России и западно-европейских государств. Moscow, 1878 [Sravnitel'naja statistika Rossii i zapadno-evropejskih gosudarstv]. According to the Russian Imperial Census of 1897, there were only 16,8 million urban population out of 125,6 million.

[28] GIARO, T., Some Prejudices about the Legal Tradition of Eastern Europe. In: SITEK, B., SZCZERBOWSKI, J., BAUKNECHT., A. (eds.), *Comparative Law in Eastern and Central Europe*, Cambridge, 2013, p. 26-50.

[29] Among recently published see: FELDBRUGGE, F., *A history of Russian law: From ancient times to the council code* (ulozhenie) *of tsar Aleksei Mikhailovich of 1649*. Brill, 2017.

sion were missing until around the early nineteenth century. The normativity was marked by a blend of casuistic statutes, religion and morals, subject to *ad hoc* interpretation and application by the practising officials.

Although Russian legal modernisation began with the legislative borrowings by Tsar Peter I (1682-1725) for administrative purposes, it did not affect the bulk of civil laws and patterns of dispute resolution for commoners, let alone illiterate peasants and serfs, whose disputes were subject to the private jurisdiction of their landlords. Justice for all legal subjects was entrusted to the public administration controlled by the nobility, which supported this design and repeatedly blocked any modest attempts of some tsars to modernise the Russian legal system in the early years of Catherine II's or Alexander I's reign.

Liberal reformers risked removal from power. The best example is the career of Mikhail Speransky, the mastermind behind the young Tsar Alexander I's plans to introduce the constitution, abolish serfdom and codification of Russian laws (draft civil code 1809–1814, draft criminal code of 1814). He fell into Alexander I's disfavour and was exiled the same year Napoleon's multinational *Grande Armée* invaded Russia, to civilise it by force. Upon his return to St. Petersburg, he learned the lesson and submitted a very different note to Nicolas I 'On the relationship between Roman law and Russian legislation' (1826):

> … from the very antiquity to our times, Russian legislation… grew by its own natural forces and, perhaps, one in all of Europe drew almost nothing… from Roman law. Hence, there is such a sharp difference between European and Russian legislation in terms of their essence, system, and especially in the judicial and bureaucratic language, that there is almost no way to reconcile them without changing the customs, skills, way of thinking of all (our) judges and clerks.[30]

And yet, Speransky found a way to tacitly integrate Roman or French legal norms into the Digest of Laws of the Russian Empire under the guise of borrowing them from some older Russian statutes. For example, rules regarding entering into a contract, its subject matter, causes of its invalidity were, most probably, inspired by Domitius Ulpian (D. 2.14.1.3), Robert Joseph Pothier's 'Treaty on obligations' (1761, § 54) and article 1133 of the *Code Civil* of the French, respectively.[31]

However, the growing development delay of the Russian economy and the pressure of Western European powers (culminated in the lost Crimean War of 1853–1856) motivated Tsar Alexander II to authorise a massive modernisation of his Empire. Its main directions in the legal domain were not dissimilar from the coeval reforms in Japan after 1868, namely: to liberalise the conservative ideology of the Empire by moving from the Tsar's absolute autocracy to legality, from duty-oriented social norms and serfdom of over 23 million subjects to the recognition of their legal personality and protection of individual rights, from the unity of administration to a professional and independent judiciary.

The flagship of this transformation was the judicial reform, coupled with the introduction of the necessary legislation of 1864: Establishment of Judicial Settlements, Regulations of Civil Proceedings, Regulations of Criminal Proceedings, and Regulations of Punishments Imposed by Justices of the Peace. Despite the turn from liberal to conservative legal politics under Alexander II's successors, the legislation was continuously modernised till the outbreak of World War I. Between 1882 and 1905, the committees drafted the Civil Code as a 'general civil law on the entire territory of the Empire' (article 1) and the Penal Code (1903, partially in force). The revised Fundamental Laws of the Russian Empire in 1906 became the first true constitution of Russia in all but name. The judicial and legislative novelties were coupled with the reform of legal education and led to the emergence of the professional community of lawyers that supported and facilitated the modernisation of Russian law.[32]

It is widely believed that the modernisation brought about the dualism of the official and popular Russian legal culture. Surely, the leading judges, advocates and law professors gained a dominant influence on public opinion, but not on the illiterate peasants who were the majority population. Popular consciousness had at least three features that looked incompatible with legal modernisation.

First, the combination of autocratic and paternalistic policy, with obedience to the authorities, enshrined in 'The Domestic Order (*Domostroy*)', a 16th-century Russian set of household rules, based on the Orthodox ethics of voluntary obedience and submission to God, Tsar and Russian Church.

Second, a poor knowledge of the law, coupled with a distrust of officials that was neatly captured in the literature. For example, in the comedy 'Hot Heart' (1869), Alexander Ostrovsky depicted how much terror the official laws struck into the hearts of the common people who preferred to set their hopes on the mercy of the town mayor, who might advise them to deviate from strict laws.[33] Similarly, in his short story, 'A Malefactor' (1885), Anton Chekhov depicted a helpless peasant who failed to understand an investigating magistrate, that it is

---

[30] 'О соотношении римского права и российского законодательства' [O sootnoshenii rimskogo prava i rossijskogo zakonodatel'stva], an unpublished note from Speransky's archive in the Russian National Library in St.Petersburg, dated 10 March 1826) <https://www.ex-jure.ru/law/news.php?newsid=124> accessed 27 September 2021. Here and elsewhere in this paper, translation into English is mine, unless indicated otherwise.

[31] ВИНАВЕР, М., Об источниках X Тома Свода законов. In: Idem, Из области цивилистики, Moscow, 1908, p. 21-79 [Ob istochnikah X Toma Svoda zakonov. In: Idem, *Iz oblasti civilistiki*].

[32] WORTMAN, R.S., *The Development of a Russian Legal Consciousness*. Chicago, 1976, p. 263 f.

[33] In Episode II, Act III the fierce mayor Gradoboyev judges the detained commoners.
Mayor: 'There are so many laws! I just have it, and how many more in other places! And the laws are all strict; in one lawbook they are strict, but in another lawbook they are even stricter, and in the last they are the strictest… So, dear friends, should I judge you according to the laws or according to my heart, as God will put in it?'
Detainees: 'Judge by your heart, be a father…!'
Mayor. 'Alright, but no complains then!'
Detainees: 'We will not, your honor!'

wrong to take nuts off the railroad track to use them as a weight for his fishing line.

Third, Russian commoners developed a deeply seated divide between law and justice (*pravo* and *pravda*) unknown to the West European mentality. It implied that, behind the legal sphere, there was an even wider sphere of goodness, conscience, and justice, informal, yet very relevant. *Pravda* meant the feeling of justice and right, as opposed to the correct, according to the formal law. While the latter became the object of legal research, modelled after German legal scholarship, the former drew the attention of Russian writers, poets, philosophers and political thinkers before the dawn of cultural anthropology and sociology.[34]

The outcome of this general impression was the stereotype of Russian nihilism. In the wake of the great reforms, the Russian leftist thinker, Alexander Herzen, famously stated (1849): 'The Russian, whatever class he belongs to, breaks the law wherever he can do it with impunity; and the government does exactly the same'.[35] The judicial reform did not shake this stereotype. Public opinion in Russia continued to absorb it from literature, which generously provided a long series of corrupt justice. One could refer to the play, 'The Case' (1861), by Aleksander Sukhovo-Kobylin, the plays 'A Profitable Position' (1856), and the 'Hot Heart' by Alexander Ostrovsky. A long series of legal nihilists would make a medical student, Yevgeny Bazarov, in Ivan Turgenev's novel, 'Fathers and Sons' (1862), an impoverished ex-student, Rodion Raskolnikov, in Fyodor Dostoevsky's novel, 'Crime and Punishment' (1866), or a young conspirator, Pyotr Verkhovensky, in Dostoevsky's 'Demons' (1873).

European and American scholars transformed these data to the thesis of Russian culture as a major impediment to the modernisation of its legal system. Richard Wortman concluded that, in the absence of deeply rooted private law traditions, the Russian tsars required the judges to strictly follow the statutes and suspected private legal advisors of manipulation with legal norms. The culture of legality was limited to a small group of professionals that emerged mostly after the great reforms of Alexander II.[36] Tomasz Giaro concluded that, in the agrarian country, without a strong middle class, the modernisation of the nineteenth century 'remained purely symbolic'.[37]

The contribution of the Soviet regime to Russian legal culture is a separate subject matter, but many believe it only strengthened the persistent image of Russian legal nihilism and a sceptical attitude towards the legal system. It was no other than Vladimir Tumanov, the renowned Soviet comparatist, and later, the second chairman of the Constitutional Court of the Russian Federation (1995-1996), who proclaimed legal nihilism as a major impediment to the rule of law in the country.[38]

Until today, many intellectuals support the stereotype and transmit it to external observers. For example, Alena Ledeneva, a native of Novosibirsk, who is currently professor of politics and society at the School of Slavonic and East European Studies of University College London: 'The "legal nihilism" of the followers leaves no option to the rulers but to rely on extra-legal criteria in distributing punishment and to exercise discretion in applying informal leverage where necessary.'[39] European scholars, who specialise on the law of Eastern Europe, often carry the same tone and reassert legal nihilism as the leading feature of contemporary law in post-socialist countries.[40]

3. Revisiting the 'cultural thesis' in the face of empirical evidence

The dogmatic analysis of the legislation as the main source of national law dominated legal scholarship in the nineteenth century. According to Bernhard Windscheid (1817–1892), the 'jurist-as-such' ignores 'ethical, political, social and economic considerations'.[41] This strictly legal perspective, perfected in the doctrine of Hans Kelsen, cast a long shadow on the emerging professional understanding of law's past and present in the countries of late modernisation. Rudolf Jhering, Otto von Gierke, Eugen Ehrlich and other opponents of legal positivism remained marginalised in Western Europe and in the countries which modelled their legislation, legal profession and legal education with it.[42]

A major innovation in understanding law generally, and the nature of judicial process in particular, came from the United States, where the legal formalism of Christopher Langdell gradually ceded the way to the legal realism of Arthur Corbin, Karl Llewellyn, and Benjamin Cardozo. They convinced lawyers to pay attention to real-life facts, not abstract concepts or doc-

[34] See СТЕПАНОВ, Ю., *Константы: словарь русской культуры*, 2nd edn., Moscow, 2001, p. 598 [Konstanty: slovar' russkoj kul'tury], quoting from Alexander Herzen 'On the Development of Revolutionary Ideas in Russia' (1851), Alexander Nekrasov in the poem 'The Unfortunate' (1856), Feodor Dostoevsky in 'A Writer's Diary' (after 1873).

[35] ГЕРЦЕН, А., Epilogue. In: Idem, *Collected works in 30 volumes*, vol. 7, Moscow, 1954, p. 251 (in Russian).

[36] WORTMAN, R.S., Op. cit., p. 11.

[37] GIARO, T., Ibidem, p. 41.

[38] ТУМАНОВ, В., О правовом нигилизме, In: *Советское государство и право*, vol. 10, 1989, p. 21 [O pravovom nigilizme, In: *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*].

[39] LEDENEVA, A., *Can Russia modernize? Sistema, power networks and informal governance*, Cambridge University Press, 2013, p. 15. A large contribution to this stereotype are recent independent films by Aleksei Balabanov or Andrey Zvyagintsev. For a renewed and very popular image of Russian nihilist Danila Bagrov who contrasts law and justice see Balabanov's crime drama movies 'Brother' (1997) and 'Brother 2' (2000). Zvyagintsev's 'Leviathan' (2014) told a story of a futile fight of a car mechanic against the corrupt mayor who orders his henchmen to demolish his house and take his land under quasi-legal pretext.

[40] KISCHEL, U., *Comparative law*, Oxford, 2019, p. 544-545 (with further references to Angelika Nußberger, Stanislaw Frankowski, Paul Stephan and others).

[41] WINDSCHEID, B., *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*. In: Idem, *Gesammelte Reden und Abhandlungen.* Berlin, 1904. S. 111.

[42] For German positivistic legal scholarship see: SCHRÖDER, J., *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, Bd. 1 München, 2021, p. 285 f.

trines, as Langdellian legal education instructed them. It drew lawyers' attention to the fundamental divide between 'law in books' and 'law in action' (as Roscoe Pound put it) and raised the relevance of the empirical research with the methods of social sciences.

Legal realism became common sense of the US academia, bench and bar by the time of World War II when the USA emerged as the leading power of the western world and North American influence became ubiquitous there. This turn to jurisprudence coupled with sociology, anthropology, or economics was not without drawbacks. As Grant Gilmore noted in 1974,

> …thinking or talking about doing empirical research is much more fun than actually doing it. And even if you have the resources to employ armies of research assistants to gather all the facts there are, the gathered facts have a disappointing way of turning out not to mean anything beyond themselves, [unless the researcher can meaningfully interpret them on the basis of values and goals.][43]

It was also for experts on legal culture to contribute to such interpretation. In the second half of the twentieth century Western scholars discovered that level cultures were fragmented and fluid rather than monolithic and static. They stressed changeability of cultures in response to external and internal challenges but acknowledged not to have clear understanding of the mechanism(s) of such changes.

Japanese scholars discovered and embraced new trends in western legal scholarship since the US occupation (1945–1952). Until the end of 1980s, the Socialist countries fended off this influence and blocked socio-legal studies because of their inconvenient conclusions as to how the legal systems really worked. Yet, after the collapse of the Berlin wall and the Soviet Union, all Eastern European countries intended to embrace Western legal values and institutions. It also paved the way to new approaches to conceptualize their legal histories.

3.1 Revision of the 'cultural thesis' against new evidence in Japan

In the early days of Japan's modernisation, its legal scholarship reproduced dogmatic French and German patterns and aimed at comparative legislation of these great European powers.[44] It was enough to draft and to enact the 'six (modern) codes' despite serious concerns of the elites that some modern norms encroached on traditional social structures, especially on family, kinship, and distribution of family property.[45] The military regime of the 1930s blocked further development of the Japanese legal scholarship. After the country's defeat in World War II, the US occupation opened up Japan's legal system to further modernisation and new interpretations.

It was for American scholars to initiate critique of the 'cultural thesis' of Takeyoshi Kawashima. In 1978 John Haley claimed reluctant litigation due to aspiration for social harmony to be a myth.[46] According to his subsequent studies, Japan's low litigation rate in pre- and early modern period should be attributed to the particular design of social institutions. Before modernisation, 'non-litigiousness' should be attributed to the narrow understanding of law in terms of state-made and bureaucratically enforced penal and administrative regulations what excluded most 'private' disputes, the lack of a universally applicable set of moral or ethical standards for social and political control, as well as the lack of an effective means of formal regulatory enforcement over local communities (villages, *mura*). 'Japanese villages thus evolved an elaborate system of consensual ordering among equals or near equals in legal status—what might well be labelled "government by contract".'[47] If and when legal reform changed the design of the legal system in a way it became more open to the public and effective, Japan experienced rises in litigation rate, as it was during brief liberalization in the interwar period.[48] More Japanese learned some idea of law after World War I because of the introduction of the jury courts for criminal proceedings between 1923 and 1943. Yet, even after modernisation, costly litigation, the scarcity of lawyers and judges, ineffective remedies made Japanese to turn to informal settlement.

In the 1980s, Frank Upham joined the revision of the cultural stereotype about Japanese legal culture. He took into account the design of legal institutions but interpreted it as the result of mindful planning of Japanese elites, originally feudal, later integrated into state bureaucracy, who meant to maintain social control via informal institutions, such as their mediation.[49] This might explain the lively debate within the elites that the application of the Civil Code would decrease the role of traditional family as a means of obtaining social status and accumulating wealth. However, it does not explain why more members of the elite received legal education at the Legal Training and Research Institute operated since 1947 by the Supreme Court of Japan.

Several Japanese scholars also put the 'cultural thesis' to the test, often from socio-legal point of view and in collaboration with American and Western European scholars. Setsuo Miyazawa picked up the topic of Japanese legal consciousness and sided with John Haley and Frank Upham to underline the significance of the design of the legal institution for lower or

---

[43] GILMORE, G., *The ages of American law*. Yale, 2015, p. 80.

[44] One adds the United Kingdom to the list to speak about three 'schools of law' in Japan. But English common law experience was less relevant for a rapid 'top-down' modernisation. See RABINOWITZ, R.W., Law and the social process in Japan, *The Transactions of the Asiatic Society of Japan*, 3rd series, vol. 10, 1968, p. 54–71.

[45] In 1871-1873 Rinsho Mitsukuri translated the French Penal Code, then the civil and other codes adopted under Napoleon. In the 1880 s Kowashi Inoue, Miyojo Ito, Kentaro Kaneko, Hirobumi Ito (later appointed Prime Minister) drafted the first modern constitution of the Japanese empire after careful examination of the fundamental laws of Prussia, Austria and the United Kingdom. See DEAN, M., Ibidem, p. 68.

[46] HALEY, J.O., The Myth of the Reluctant Litigant. In: *Journal of Japanese Studies,* vol. 4, 1978, p. 359 f.

[47] Idem, *Authority without power: Law and the Japanese paradox*. Oxford, 1994, p. 195.

[48] Idem, *The Spirit of Japanese Law*, Athens, 2006, p. 27.

[49] UPHAM, F.K., *Law and Social Change in Postwar Japan*, Cambridge Mass., 1987.

higher litigation rate and developed their thesis.[50] More recent socio-legal research in culture, society, and policymaking delivered compelling empirical evidence on the changing role of law in Japan. Building on these data, scholars continue to revise the 'cultural thesis' for the early stages of Japanese legal modernisation. So, Masayuki Murayama agrees that traditional Japanese legal consciousness went back to agrarian communities, whose members valued harmony and tried to avoid disputes because of their mutual dependence. However, such an attitude, typical for most agrarian societies, withered away and the litigation rate increased as Japanese society became more industrialized and legal education produced more lawyers.[51]

This kind of research brings in more evidence to prove that courts were not facade institutions without any impact on the society and lawyers were no figureheads in Japan already at the turn of the twentieth century. It motivates scholars to revise or even substitute the 'cultural thesis' to understand Japanese disputing behaviour more accurately. Instead of focusing on the cultural attitudes of people using the law, more attention should be paid to institutional arrangements. It is quite probable that the reason for law-rate litigation were the shortcomings of the legal system. The Japanese did not go to the courts because the litigation was entailed high costs and did not lead to the desired outcome. An impediment to public justice might be a closed community of lawyers which controlled and restricted access to the courts and the profession in order to maintain high rates for their services.

Another way to overcome the cultural stereotype about Japan and other East Asian societies is to trace its origins back to western colonialism of the nineteenth century. Decolonization process after World War II motivated scholars from different disciplines to deconstruct the narrative of Western universalism as opposed to Asian or African particularism that justified forced westernization of non-Western societies and overshadowed the academic perception.

In the 1970s, Edward Said provided compelling analysis of how this happened with regard to the Middle East. His book 'Orientalism' (1978) provoked lively debate among experts in regional and culture studies, but less so among legal scholars. Yet, recently, Teemu Ruskola introduced to the domain of legal history the concept of 'legal orientalism' and applied it to the perception of the law of the late imperial China.[52] It originated in the context of Western colonial expansion in the nineteenth century. He convincingly showed how the perception of Chinese law of the Western elites had substantially deteriorated during the first half of the nineteenth century against the backdrop of the Opium Wars and the unequal treaties.[53] No wonder that similar 'legal orientalism' affected the image of 'lawless' premodern Japan that shared the same Confucian heritage. Yet, one can suspect the work of 'orientalism' even beyond Muslim or Confucian cultural realms.

3.2 Revisiting Russian legal nihilism

Many experts on Russian law would agree with William Butler who dated its golden age between the 1850s and 1900s.[54] It was also true for Russia's legal scholarship that not only rapidly developed dogmatic interpretation of the legislation, but ventured in its historical, philosophical, and eventually sociological research.

Maxim Kovalevsky (1851–1916) and Sergey Muromtsev (1850–1910) famously advocated sociological approach to legal studies even before World War I in order to criticise the limitations of the dogmatic jurisprudence and to reveal the social factors that brought about public and legal institutions among primitive and civilized peoples.[55] Yet, sociology was in its early days and looked too suspicious for the censors[56] who were more comfortable with the dominant legal positivism.[57]

Socio-legal studies started to flourish in the early Soviet period under the umbrella of the Marxist view on law as the result of class struggle. Piotr Stuchka, Evgeny Pashu-

---

[50] MIYAZAWA, S., Taking Kawashima Seriously: A Review of Japanese Research on Japanese Legal Consciousness and Disputing Behavior. In: *Law and Society Review,* vol. 21(2), 1987, p. 220.

[51] MURAYAMA, M., Culture, situation and behaviour. In: VANOVERBEKE, D., MAESSCHALCK, J., NELKEN, D. (eds.), *The changing role of law in Japan: empirical studies in culture, society and policy making*, Cheltenham, 2014, p. 189-205.

[52] RUSKOLA, T., Op. cit. (note 7).

[53] For example, Sir George Staunton, who published the first English translation of the main statutes of the Qing Dynasty's Penal Code (T. Cadwell and W. Davies, 1810), wrote in the preface that China was a 'highly interesting portion of the civilized world'; that the Penal Code was but a portion of Chinese law; and recommended that his readers follow the advice of Sir William Jones to judge a law by the extent to which it was 'congenial to the disposition and habits, to the religious prejudices, and approved immemorial usages, of the people, for whom they were enacted.' Cited after TAN, C.G. How a "Lawless" China Made Modern America: An Epic Told in Orientalism. In: *Harvard Law Review*, vol. 128, 2014, p. 1685-1686.

[54] BUTLER, W., *Russian Law,* 3rd edn., Oxford, 2009, p. 63-69.

[55] Kovalevsky focused on the evolution of political institutions. See Idem, Происхождение современной демократии. 4 vols., St. Petersburg, 1895–1897 [Proishozhdenie sovremennoj demokratii], but also customary law: Idem, *Закон и обычай на Кавказе*. 2 vols., 1890 [Zakon i obychaj na Kavkaze]. Muromtsev developed Rudolph Jhering's ideas of with regard to the evolution of civil law in Ancient Rome, but also in modern Russia. See Idem, *Гражданское право Древнего Рима: лекции*, Moscow, 1883 [Grazhdanskoe pravo Drevnego Rima: lekcii], Idem, Что такое догма права. In: *Юридический вестник*, No. 5-6, 1885, p. 230-240 [Chto takoe dogma prava. In: *Juridicheskij vestnik*].

[56] Both Kovalevsky and Muromtsev were fired from Moscow University in 1887 and 1884 for their critique of the new university regulations that curtailed academic freedom.

[57] Speaking of civil laws, there was 'historical school' accentuating authentic Russian institutions. Konstantin Pobedonostsev consistently presented this approach in his 'Course (of Lectures) on Civil Law' (1868-1880). See POLDNIKOV, D., The Legacy of Classical Natural Law in Russian Dogmatic Jurisprudence in the Late 19th Century. In: *Journal on European History of Law,* vol. 4(1), 2013, p. 72-80. Westernizers, like Gabriel Shershenevich, focused on criticizing the rules that did not match the best examples of European legislation. See DAUCHY S. et al. (eds.), *The formation and transmission of Western legal culture: 150 books that made the law in the age of printing,* Cham, 2016, p. 420-422.

kanis, Mikhail Reisner, Alexander Goihbarg and many others preached and practiced it in the 1920s and early 1930s. However, in the 1930s the Soviet authorities opted for a narrow normative definition of law as a system of the rules of conduct created and sanctioned by the state in the interest of the ruling class.[58] It was supposed to strengthen the governance with the principle of the revolutionary legalism in the present, but also to shape the narrative of the universal historical development of law.[59]

Democratic reforms of the 1990s exposed Russian legal system and culture of the nineteenth century to multiple interpretations, while Russian scholars strived for academic liberty and methodological pluralism. Popular legal consciousness and its potential 'legal nihilism' came to the foreground in the debates about Russian legal trajectories. Researchers turned to the most valuable historical source – the protocols of the township courts (*volost'* courts) established in the course of the judicial reform of 1864 for judging peasants according to their customs.

The protocols of the *volost'* courts were known to the pre-revolutionary scholars. In the 1870s Semyon Pakhman was among the first legal scholars who turned his attention to the materials gathered by the committee charged with reforming the township courts. In his legal essays '*Customary civil law in Russia*' (1878) he stated that peasants of the European part of Russia had a vivid perception of justice (*pravda*) which differed from the civil laws in its oral form, casuistic substance and the usual forum, ie communal (customary) courts that settled most disputes before the township courts.[60] As a mark of mature customary law one can take the procedure of such dispute resolution or mediation, including the rules on the obligations of the parties to the dispute, rational evidence (confession, witnesses, documents, view of place of occurrence, and quite rare oath or sort), and prescription.[61]

Later research of multiple petitions of Russian peasants in the eighteenth and nineteenth centuries revealed earlier roots of their rich customary legal consciousness with regard to their communal affairs. Commoners highly valued those who fulfilled their obligations, kept their word, behaved responsibly towards each other. The statistical description of the Yaroslavl province, north-eastwards of Moscow, noted:

> The villagers still have faith and respect for the word of honour. All their transactions, even monetary ones, are made without receipts and witnesses. An oath in front of an icon… is important and binding, even for dishonest villagers. They invoke such oaths in the most important cases that cannot be resolved otherwise: monetary loan, purchase or sale of something significant etc.[62]

Nikolay Pokrovsky, Marina Gromyko, David Raskin and others discovered that peasants quite often cited or paraphrased the laws of the Russian tsardom in their complaints and petitions to the tsars in the eighteenth century. If the peasants were really interested in particular a law, they stuck to it and made it part of their consciousness or culture for a long time.[63] Relying on this and other historical studies, Yury Fogelson recently discarded legal nihilism as an incorrect stereotype and suggested to call Russian peasants 'practical persons' who often used the (official) law when necessary.[64]

Western historians come to similar conclusions after carefully reading and analysing numerous applications of Russian peasants to the local (township) courts. For example, Jane Burbank concluded:

> (Peasants) participated actively in the legal order, using courts to defend their estate-based rights. In this respect the township courts were a great, if unintended, gift of tsarist administrators to peasants and the Russian polity, a legal structure that encouraged legal culture.[65]

If not peasants, then who distrusted and disbelieved law and justice in Russia? One definitely cannot point at the judges and jurists who carried out the judicial reform of 1864. Most of them deserved to be praise with Richard Wortman's words:

> They began to see themselves as servants of the law, and looked to their work in service for the realization of their own aspirations as noblemen. But once convinced of the integrity of serving the law, they found it difficult to accept a judicial system that demanded the subservience of legal expertise.[66]

Surely, there were true legal nihilists in Russian society of the late nineteenth century who opted for acts of terror to achieve their goals. Such characters like Bazarov or Verkhovensky accurately captured the type of actual terrorists like Sergey Nechaev or Vera Zasulich, though they were the minority.[67] The majority looked at the law rather pragmatically and reacted with

---

[58] The definition goes back to Andrey Vyshinsky's report at the meeting of Moscow collegium of advocates on 21 December 1933: ВЫШИНСКИЙ, А., *Революционная законность и задачи советской защиты*. Moscow, 1934, p. 1 [Revoljucionnaja zakonnost' i zadachi sovetskoj zashhity]. The politicians of the 1930 s reasoned that the state and law were indispensable as the class struggle was expected to exacerbate on the way to communism.

[59] Socio-legal studies might produce conclusions inconvenient for all socialist regimes of the 'Ostblock'. For this reason its adherents were censored and even banished from the academia. One could remember Polish scholar Adam Podgórecki who was removed from university for 'anti-state scientific activity' and emigrated to Canada in 1977.

[60] ПАХМАН, С., *Обычное гражданское право в России: юридические очерки*, 1st edn. 1878, reprinted Moscow, 2003, p. 7 [Obychnoe grazhdanskoe pravo v Rossii: juridicheskie ocherki].

[61] Ibidem, p. 309-368.

[62] Cited after СЕМЕВСКИЙ, В., Домашний быт и нравы крестьян во второй половине XVIII в. In: *Устои*, vol. 2, 1882, p. 78 [Domashnij byt i nravy krest'jan vo vtoroj polovine XVIII v. In: *Ustoi*].

[63] ГРОМЫКО, М., Духовная культура русского крестьянства. In: РЫБАКОВ, Б. (ed.), *Очерки русской культуры XVIII века*, part 4. Moscow, 1990, p. 309 [Ocherki russkoj kul'tury XVIII veka] (with further references).

[64] ФОГЕЛЬСОН, Ю., Модель российского "homo legalis" и устойчивость порядка, основанного на верховенстве права. In: *Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, vol. 15(4), 2020, p. 81-108 [Model' rossiĭskogo "homo legalis" i ustoĭchivost' porjadka, osnovannogo na verhovenstve prava].

[65] BURBANK, J., *Russian Peasants Go to Court: Legal Culture in the Countryside, 1905–1917,* Bloomington, 2004, p. 271.

[66] WORTMAN, R.S., Op. cit., p. 198.

[67] For both revolutionaries see the relevant articles at <www.britannica.com>

moderate enthusiasm to the institutional changes after the judicial reform of 1864 and with rational scepticism to the counter-reforms since the early 1880s. However, after the inconvenient court rulings in the political trials of 1870s and the assassination of Alexander II in March 1881, the government began to regard independent courts and professional lawyers in the courts and in the Ministry of Justice as the main threat to the autocratic and patronizing regime. The professional community of lawyers strived for the regime of legality or even the state of justice, as it was understood in Germany, and rapidly conveyed this feeling to public opinion.[68]

4. Multiple factors of legal change in comparative perspective

In comparative perspective one cannot help noticing some commonalities of legal modernisation in nineteenth century Japan and Russia. Both countries set out on this path because of the military and economic pressure of Western powers. Both governments opted for a 'top down' transformation on the basis of legal transplants from Western European legal systems, carefully selected by means of comparative legislation in the areas of civil, criminal, and procedural law. The reforms required the authorities to provide for professional and relatively independent judiciary, educated advocates and ministerial officials. Such modernisation provoked lively debates among the 'reformers' and 'traditionalists' who rightly claimed it to be incompatible with the basic tenets of previous legal tradition and popular legal consciousness. And yet, legal reforms produced profound institutional and cultural changes they were supposed to bring about.

Comparative studies of legal modernisation in non-Western societies begs for an understanding of its mechanism. The 'cultural thesis' drew our attention to the originality of the contexts, where each legal system operated and the norms acquired their meaning, but it restated 'orientalist' stereotypes and failed to explain the actual change of behavioural patterns in the course of modernisation. Socio-legal studies produced more evidence of actual change and wider usage of legal institutions in Japan and Russia. It also inspired researchers to take into account previously disregarded factors, such as rational (pragmatic) attitudes, reaction to the design of legal institutions and the legal politics of the elites.

History is pregnant with contingencies and its understanding excludes experiments. It is always hard for historians to establish a clear, causal link between, say, legal reforms and the litigation rate. Yet, unlike the reformers of the past, historians are privileged to learn about later developments of modernisation. Perhaps, the best evidence is the more or less successful transition to the rule of law in Japan and Russia in the 1990s. Both countries diverged from this track through the twentieth century. The toll of World War I was much heavier on the Russian empire than on the Empire of Japan. It weakened the elites and legal structures which allowed the Bolsheviks, a group of revolutionaries and true legal nihilists, to win the political competition in 1917 and to recast, ruthlessly, all public institutions on a very different ideological basis.[69]

Effective legal modernisation in Japan also did not prevent lapses to the dictatorial rule in the 1930s. The trend was overturned by the legal reforms under the US occupation, especially the new constitutional design under the careful guidance of the former Prussian official, Alfred Oppler, who skilfully married American constitutional principles and Western European-derived institutions and legal concepts with the fundamental core of at least nine centuries.[70] Yet, the ruling Liberal Democratic Party justified substantial limitations of human rights in Japan until the 1980 s by evoking the 'traditional Japanese values'. The Supreme Court of Japan granted limited protection to human rights under article 13 of the Constitution, only 'to the extent that it does not interfere with the public welfare'.[71]

However, in the 1990 s, both countries were determined to overcome their authoritarian past through a series of liberal democratic reforms. Recent socio-legal studies in Japan confirmed the 'legal turn' to formal institutions in terms of their usage and trust among the public while the traditional values of Confucian heritage lost their appeal. It is widely believed that the 'legal turn' was, to a large extent, caused by the deliberate legal politics that improved the accessibility and predictability of law enforcement.[72]

Russia's turn to the rule of law is more dubious. According to public opinion polls between 2006 and 2012, after almost two decades of legal reforms, more Russians became legally aware and expressed a desire to live in understandable, predictable conditions, in a stable society in which an order, based on the positive law, prevails. Fewer respondents believe that it is impossible to live in Russia without breaking the laws (from 41% in 2006 to 37.5% in 2012), more of them noticed an improvement in the legal order in the country, covering relations under state and judicial protection (18.5% in 2006 to 32.9% in 2012). But despite the steadily growing number of lawsuits since 1993, many people wouldn't go to court due to quite pragmatic reasons, namely: the high cost of services of lawyers and attorneys (76%), delaying decisions of cases in courts (66%), failure to comply with court decisions (65%), the high cost of filing a claim (61%), biased (64%) or unprofessional judges (51%).[73]

It is obvious that the general public is well aware of the major defects of the national legal system that can be confirmed by the analysis of the courts practice, but also amended via the relevant reforms, legal education and recruitment policy for all law enforcement agencies. In terms of Russian proverbs, fewer Rus-

[68] FOGELSON., Y., POLDNIKOV, D., The Social History of Law as a Factor of the Rule of Law, *Osteuroparecht,* vol. 2, 2021, p. 172-201.
[69] On the significance of political competition according to the law see: FOGELSON., Y., POLDNIKOV, D., Op. cit., p. 198.
[70] DEAN, M., Op. cit., p 71.
[71] CHAUDHURI, K., Op. cit. p. 108.
[72] VANOVERBEKE, D., MAESSCHALCK, J., NELKEN, D. (eds.), Op. cit. (note 51).
[73] КОЗЫРЕВА, П.М., СМИРНОВ, А.И., Российские суды – трудности развития. In: *Социологические исследования,* vol. 5, 2014, p. 68-79 [Rossijskie sudy – trudnosti razvitija, Sociologicheskie issledovanija] <https://www.isras.ru/files/File/Socis/2014_5/68-79_Kozireva.pdf> accessed 16 September 2021.

sians would like to believe that 'the law is like a weathercock…' but most of them look for what is better because 'fish like the bottom deeper and flatter'. It qualifies them as pragmatic legal users rather than nihilists.[74]

5. Conclusion

Justice Oliver Holmes once said that 'abstraction called the Law (is) a magic mirror, (where) we see reflected… the lives of all men that have been!'[75] In a sense, each nation has its own mirror(s). In the age of modernisation, comparative legislation created another mirror of (Western) European normativity, where each non-(Western)European legal culture saw its peculiar, often unfair, reflection.

This paper suggests that both Japanese and Russian legal traditions looked into this mirror since the nineteenth century. Their reflections were neither fair nor similar to each other, precisely because of the pre-existing idiosyncratic traditions. Law reflects culture. The Japanese one rests on the Confucian heritage while the Russian one goes back to Orthodox Christianity. This heritage conveyed substantially different social values and the ideal image of a society, family, individual and state. For the advocates of the 'cultural thesis', it holds the promise to unlock the secrets of the specific layout of each legal tradition and people's attitudes to its elements.

As the first part of this paper showed, since the nineteenth century, many scholars noticed a reluctance of litigation and a preference for mediation of the majority population of different social groups, before and even after modernisation (westernisation). In Japan, this phenomenon was attributed to the Confucian ideal, to maintain social harmony via mediation. In Russia, the alleged reason was the nihilistic attitude of various classes, especially peasants, to formal legal institutions.

And yet, law reflects something else apart from culture. As the second part of this paper demonstrates, the socio-legal turn in the legal scholarship of the twentieth century helped to produce more evidence against the cultural heritage as the major cause of avoiding the legal process. It shifted the focus of explanation to the design of legal institutions and legal politics which made litigation slow, expensive, unpredictable and, ultimately, inaccessible to many in both countries, and forced most people to resort to informal ways to resolve disputes. This evidence, and alternative explanations, helped to reveal the speculative or biased background of the stereotypes about reluctant litigants in non-Western societies that stigmatised their 'otherness' and allowed insiders and outsiders to criticise the pre-existing tradition.

In the final part of the paper, it is worth reminding ourselves that comparative legal scholarship is still looking for explanatory schemes for legal development in various societies. The different fates of legal modernisation in Japan and Russia, through the twentieth century, produce more evidence in support of a multi-factor explanation. It leaves space for the 'cultural thesis' but calls attention to the institutional design of the legal system, recruitment policy, legal education, and, of course, the power games of the elites.

A comparative perspective can help us to highlight the weight of such factors in non-Western societies, at least since the period of modernisation. After all, this process created not only the reflection of those societies in the mirror of Western normativity. It also provided legal historians with a possible starting point for their comparative studies.

[74] HENDLEY, K., Who are the legal nihilists in Russia? In: *Post-Soviet Affairs,* vol. 28.2, 2012, p. 149-186; АРУТЮНЯН, М., ЗДРАВОМЫСЛОВА, О., КУРИЛЬСКИ-ОЖВЭН, Ш., *Образ и опыт права: правовая социализация в изменяющейся России,* Moscow, 2008, p. 201-207 [Obraz i opyt prava: pravovaja socializacija v izmenjajushhejsja Rossii].

[75] HOLMES, O.W., *The Speeches of Oliver Wendell Holmes*, Boston, 1891, p. 17.

Codification of Civil Law in Azerbaijan: History, Current Situation and Development Perspectives

*Natig Khalilov**

Abstract

The Civil Code is the second most important legal act in the country after the Constitution, and the first in terms of volume. Due to its important role in the lives of citizens, sometimes the Civil Code is informally referred to as the "Economic Constitution". At the same time, the Civil Code is the main document setting the rules for a market economy. This article is devoted to the processes of codification of civil law in Azerbaijan over the past 100 years. During the twentieth century, Azerbaijan through the codification of civil law has adopted the Civil Codes, far more than many other countries. At the same time, this article describes the drafting of civil legislation from scratch on the transition from a planned economy to a market economy after gaining independence in the 1990 s. At the end of the article, the existing problems of the civil legislation of the Republic of Azerbaijan are discussed and a number of suggestions have been put forward for their solution.

Keywords: *civil law; private law; codification; normative legal act; Civil Code; Pandect system; legal reforms.*

1. Introduction

Codification is the combination of normative legal acts into a single normative legal act by reworking them in terms of form and content.[1] The codification of a legislation envisages a critical review of the existing normative legal acts in the field of certain relations, raising the quality of the legislation to a higher level and ensuring its compactness. The codification aims to eliminate contradictions, inconsistencies between normative legal acts, as well as norms, duplications, obsolete provisions and gaps that have not been justified over the years. In the process of codification, the developers try to consolidate and systematize the existing norms, as well as to revise their content and sequence and to ensure the maximum completeness of the legal regulation of the relevant area of relations. In addition to generalizing existing legislation, the codification envisages the creation of new norms that reflect the urgent needs of social practice.

The result of the codification is a new consolidated legislative act (code, statute, charter, etc.) with a stable content, replacing the existing normative legal acts in the specific field of law. The simplification and updating of legislation as the most important feature of codification allows it to be accepted as the most perfect and highest form of legislative activity.

The Civil Code is the second most important legal act in the country after the Constitution, and the first in terms of volume. Due to its importance in the lives of citizens, the Civil Code is informally called the "Economic Constitution". The Constitutional Law of the Republic of Azerbaijan "On Normative Legal Acts" adopted on December 21, 2010 gives the Civil Code a higher status than other laws and codes, as Article 2.5 of the law states that in case of conflict between the Civil Code of the Azerbaijan Republic and other codes and laws, the Civil Code shall be applied.

In countries with a civil law system, the Civil Code is the main document that sets the rules for a market economy and covers important areas such as property, transactions, compensation and unjust enrichment. For some of these countries, the Civil Code separately regulates business entities, the legal capacity of individuals, guardianship, family relationships, inheritance, and even private international law.

To date, there are not many books and scientific works on codification in the legal world. The fundamental work of the French professor Rémy Cabrillac on the codification of law is particularly noteworthy.[2] In this work, he analyzes the main legislative codes implemented in the world. It turns out that the first set of laws in the world is not, as many believe, the Hammurabi code of laws adopted in ancient Babylon in 1780 BC, but is the Code of Ur-Nammu that was drafted around 2100-2050 BC by the Sumerian king Ur-Nammu, the founder of the Third Dynasty of Ur.

In modern history, there are three civil codes that could be considered as the most crucial ones in terms of quality and impact on other countries' civil law codification: 1) the French

* Dr. Natig Khalilov, School of Law, Sun Yat-sen University, People's Republic of China; chief adviser of the Office of the Trade Representative at the Embassy of the Republic of Azerbaijan to the People's Republic of China, email: nkhalilov@hotmail.com

1 Constitutional Law of the Republic of Azerbaijan on Normative Legal Acts, Article 1, December 21, 2010.

2 CABRILLAC, R., *Les codifications.* Paris, 2002, p. 10.

Civil Code of 1804 (Napoleonic Code); 2) the German Civil Code of 1896 (Bürgerliches Gesetzbuch); 3) the Swiss Civil Code of 1907. The French Civil Code of 1804 is distinguished by its simple language. The language of the German Civil Code of 1896 is not simple, and it is often argued that this legal act is intended not for the general public, but rather for professional lawyers. Nevertheless, the German Civil Code is characterized by its refined legislative technique. In 1907, the Swiss Civil Code was adopted by the amalgamation of the simple language of the French Civil Code and the high legislative technique of the German Civil Code.[3] Civil codes adopted in many countries in the twentieth century were prepared on the basis of these three codes.

Throughout history, the ancient states of Azerbaijan have had a rich tradition of civil law, and during different periods, law statutes and codes were compiled through the codification of laws in the field of civil law. Examples of this are the "Avesta", the primary collection of sacred books of Zoroastrianism created during the Atropatene period, the "Aguen Collection of Laws" adopted by Vachagan III during the Caucasus Albania, the "Matikan e Hazar Datastan" adopted during the Sassanid Empire, the "Code of Uzun Hasan" compiled by the head of the Aghgoyunlu state Uzun Hasan, the "Dastur-ul-Amal" adopted by Shah Tahmasib I and the collection of decrees "Jameyi-Abbas" adopted by Shah Abbas I during the Safavid Empire, the "Jar-Tala Code" of the khanate period, etc.

This article mainly provides information on the codification activities carried out in the field of civil legislation in Azerbaijan for the last 100 years. During the twentieth century, Azerbaijan has adopted the civil codes through the codification of civil legislation twice – in 1923 and 1964 during the Soviet Union, and once in 1999 during the modern Republic of Azerbaijan, which proclaimed its independence in 1991.

2. The Azerbaijan SSR Civil Code of 1923

The Azerbaijan Democratic Republic (ADR) was proclaimed on May 28, 1918, but due to the tense political and social conditions, the ADR existed for only 23 months. Although short-lived, the ADR had a wide range of legislative activities in various fields of law, but did not manage to adopt the Constitution and the Civil Code in such a short timespan.

On April 28, 1920, the Bolshevik Russia occupied Azerbaijan and established the Soviet Socialist Republic in Azerbaijan instead of a democratic republic. After the collapse of the ADR, the Azerbaijan Interim Revolutionary Committee became the de facto the supreme body of state power, exercising the highest legislative and executive power in Azerbaijan. One of the first measures of this Committee in the field of civil law was the abolition of private ownership of land in the country. According to the decree issued on May 5, 1920, the mulkadar (landowner), khan and bey lands, as well as the lands of mosques, churches, monasteries and their property were confiscated and given to the working class.[4] Thus, the people of Azerbaijan were stripped off their freedom and right to own properties that were confiscated as all wealth was now under the state.

Under the Soviet regime Azerbaijan witnessed great changes in the legal system initially established by the ADR, by fully adopting the Russian socialist legal system. The civil law system was completely replaced by the socialist law of the Russian Soviet Federative Socialist Republic (RSFSR).[5] During the Soviet period, the civil legislation of Azerbaijan did not differ significantly from the civil legislation of other socialist republics of the Soviet Union, with some exceptions. However, in the 1920s, some features of traditional law and customary law in the field of family, marriage and inheritance were still preserved in the country.

On May 6, 1921, the First All-Azerbaijani Congress of Soviets began its activities, and as a result, Azerbaijan became a completely Soviet socialist country. On May 19 of the same year, the Azerbaijan Soviet Socialist Republic (Azerbaijan SSR) adopted its first Constitution.

In the early years of the Soviet Union, civil legislation in Azerbaijan was committed to Lenin's motto: "We do not recognize anything "private". For us everyhing in the field of economy means public, and not private."[6] When the Bolsheviks came to power, there were plans to abolish civil law altogether, since all social and legal relations in the country that were to be established would be public. For this reason, some Soviet lawyers suggested the adoption of an economic code or a social code rather than a civil code. However, the deep economic crisis highlighted the need to attract private investment, including foreign capital. The New Economic Policy (NEP), proposed by Lenin in 1921, could only succeed with the support of the new civil law system.[7] Thus, on October 31, 1922, the Civil Code of the RSFSR was adopted, and then, on the instructions of the Central Executive Committee of the Azerbaijan SSR, the People's Commissariat of Justice began to prepare a new Civil Code on the basis of Russian legislation.

On June 16, 1923, at the third session of the second convocation of the Central Executive Committee of the Azerbaijan SSR, the first Civil Code of the Azerbaijan SSR (hereinafter referred to as "the Civil Code of 1923") was adopted and entered into force on the day of its publication, and on September 8 of the same year the Civil Code was published in the journal "Bakinskiy Rabochiy" (Baku Worker). Unlike the Civil Codes of other Soviet republics, the Azerbaijan SSR Civil Code of 1923 was unique for it included sections covering the rights of marriage, family and guardianship. In other Soviet republics, these relations were regulated by separate codes and laws. The decision of the Central Executive Committee of the Azerbaijan

[3] HASANOV, A., *Work and Service Contracts: Commentary on the Civil Code.* Baku, 2013, p. 5 (in Azerbaijani).
[4] AKBAROV, R., SALIMOV S., *History of state and law of Azerbaijan.* Baku, 2003, p. 388 (in Azerbaijani).
[5] SALIMOV, S. M., *Creation of the civil legislation of the Azerbaijan SSR (1920 - 1923).* Baku, 1970, p. 50 (in Russian).
[6] LENIN, V. I., O zadachah Narkomyusta v usloviyah novoy ekonomicheskoy politiki: Pismo D. I. Kurskomu. In: *Polnoe sobranie sochineniy,* vol. 44, Moscow, 1964, p. 389 (in Russian).
[7] IOFFE, O.S., *Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu: Iz istorii civilisticheskoj mysli. Grazhdanskoe pravootnoshenie. Kritika teorii «hozyajstvennogo prava.* Moscow, 2000, p. 201-205 (in Russian).

SSR on this Civil Code stated that disputes in civil law relations that existed from April 28, 1920 to the date of entry into force of the Civil Code of 1923 are regulated by the legislation which was in force at the time. However, due to gaps that existed in the legislation which was in force at the time, the use of the new Civil Code is recommended. For earlier disputes, the Civil Code of 1923 was applied only in cases where it was used in favor of the Soviet state, and this Code was not allowed to be interpreted in favor of the overthrown ADR government.[8]

This legislative act became the first Civil Code in the history of Azerbaijan. At the same time, it was one of the first civil codes in the world to belong to a socialist state. With the entry into force of this Code, the formation of Soviet civil law in Azerbaijan was formalized by summarizing less than two years of experience in the development of civil law institutions in the context of the NEP.[9]

The Civil Code of 1923 included many issues related to the nature and rules of implementation of the NEP. This Civil Code consisted of 8 sections (general provisions, property law, law of obligations, copyright law, law of inheritance, marriage law, family law, guardianship law) and 524 articles (only 83 of them were commented).

There were 51 articles and 5 chapters in the general provisions section. It contained the main provisions, norms on legal subjects (persons), legal objects (property), agreements and the statute of limitations. The main provisions stated that civil rights that did not contradict social and economic purposes were protected by law (Article 1) and that civil law disputes should be settled in court (Article 2). The second chapter, which defined the norms for legal entities (persons), consisted of 16 articles and was divided into two groups: individuals (Articles 4-12) and legal entities (Articles 13-20). Article 5 reflected the scope of the legal capacity of individuals. An interesting point was that the Civil Code of 1923 did not specify the moment of formation of individual's legal capacity. There were two juvenile periods: under 14 and between 14 and 18. The Code stipulated that every citizen of Azerbaijan has the right to move freely throughout the territory of the Republic, to acquire or transfer property, to establish industrial and commercial enterprises, to choose professions not prohibited by law, and to conclude agreements. Article 8 set out the grounds for termination of legal capacity. According to the Code, associations, departments, or organizations of persons capable of acquiring property, acting on obligations, filing lawsuits, and responding were considered legal entities. The third chapter, covering six articles, regulated issues related to legal objects, i.e., property (Articles 20-25). Any property which civil turnover was not prohibited by law could act as a civilian object. Property withdrawn from civil circulation could be the object of civil law only to the extent specified in the law. Land was considered state property and could not be the subject of special turnover. Land acquisition could only take the form of a right of use. The fourth chapter of the Code, which regulated agreements, consisted of 18 articles (Articles 26-43). Article 27 dealt with the forms of agreements. The fifth chapter of the Code was called the "the statute of limitations" and consisted of eight articles (Articles 44-51). It defined the statute of limitations, the rules of commencement, suspension and resumption of the statute of limitations. The statute of limitations was 3 years.

The second section of the Code was called "property law". This section consisted of three chapters (property rights, construction rights, property mortgages). The Civil Code of 1923 established three forms of ownership: state property (nationalized and municipalized), cooperative property, and private property. Non-municipal constructions, trade enterprises with hired workers not exceeding the amount provided by special laws, industrial enterprises, production tools and means, money, securities and other valuables, including gold and silver coins, foreign currency, household appliances, household and personal use processed goods, goods the sale of which is not prohibited by law, and any property not excluded from private circulation could be the subject of private property. Confiscation of property was allowed only as a punishment in special cases provided by law. State property was preferred as the main form of property. Land, subsoil resources, forests, water, public railways, and their mobile equipment could only be state property. The second and third chapters were devoted to construction rights and issues of mortgaging property, respectively.

The third section of the Code was called the "law of obligations". This included general provisions and obligations arising from agreements, in particular liabilities such as property leases, sales, exchanges, donations, contracts, orders, purchases, storage and partnerships. This section also covered liability for damages.

The fourth section of the Code was called "copyright law". It should be noted that among the republics of the Soviet Union only the Civil Code of Azerbaijan included a section of copyright law. In other republics this field of law was regulated by separate legislative acts.[10]

The fifth section of the Code was called "inheritance law". This section covered the forms of inheritance, the circle of heirs, the mass of the inherited property, the rules of inheritance, intestate succession and testamentary succession. According to the law, the circle of persons called to inherit by law and testament included those who were related by kinship in a direct descending line (children, grandchildren and descendants), those who have been adopted (including their kinship in a direct descending line), as well as the poor and incapacitated people who were completely dependent on the testator for at least one year before his (her) death.

Finally, the last three sections of the Code were devoted to the laws of marriage, family and guardianship. The marriage had to be registered with special state bodies in accordance with the law. According to Article 442 of the Code, a marriage could be declared invalid by the People's Court only in cases strictly provided by law. The death of one of the spouses was also con-

[8] AKBAROV, R., SALIMOV, S., *History of state and law of Azerbaijan.* Baku, 2003, p. 389 (in Azerbaijani).
[9] KHALAFOV, M. S., *Istoriya gosudarstva i prava Azerbajdzhanskoj SSR: 1920-1934 gg*. Baku, 1964, p. 83 (in Russian).
[10] MAKOVSKIJ, A. L., *O kodifikacii grazhdanskogo prava (1922 – 2006).* Moscow, 2010, p. 35 (in Russian).

sidered a ground for divorce. Marriages concluded on the basis of religious rites and with the help of clergy were not the same as marriages registered by the Civil Registry Office and did not create any rights or obligations for those entering into such marriages. However, religious and ecclesiastical marriages concluded before the date of publication of the Code in accordance with the conditions and forms provided for in the laws previously in force had the force of a registered marriage. One of the most important conditions for marriage was the consent of the couple. The age of marriage was set at 16 for women and 18 for men. Children born out of wedlock were considered as children born to parents who were lawfully married. Refusal to appoint a guardian or trustee was not allowed. The Code set out a list of requirements for appointed guardians or trustees. According to Article 492, guardianship was imposed on minors, the mentally ill, the wasteful, and those whose characteristics were found to be dangerous or impossible to leave without social protection.

In connection with the adoption of the Code of the Azerbaijani SSR on acts of marriage, family, guardianship and civil status in 1928, sections on the laws of marriage, family and guardianship were removed from the Civil Code of 1923.

Over the years, the articles of the Azerbaijan SSR Civil Code of 1923 became more difficult both in terms of content and interpretation. Moreover, with the strengthening of socialist principles and the introduction of planning elements in civil law, the number of imperative legal norms increased.

Although the Civil Code of 1923 was based on the German experience, it was very incomplete, as the Code mainly regulated the relations between socialist organizations arising from administrative normative legal acts and life relations between citizens.

Since the adoption of the civil codes of the republics of the Soviet Union in the 1920 s, they have been regarded by USSR legal experts as temporary legislative acts of transition. Alexander Goykhbarg, a social democrat and Bolshevik professor of law who led the drafting of these civil codes, spoke of the civil codes of the transition period as a protection of the interests of the state from individual entrepreneurs.[11]

The Civil Code of 1923 emphasizes the socio-legal nature of the restriction of private property and the regulation of property relations, i.e., in order to ensure the protection of the interests of the socialist state from individuals, public law prevails over private law. Article 6 of the Civil Code of 1923 dealt with the possibility of restricting civil rights not only by a court decision, but also by other cases and rules established by law. For example, people declared illegitimate did not have civil legal capacity because the law did not protect them. Additionally, taking into account the course taken for the development of market relations, the legal regulation of the activities of individual entrepreneurs was defined as one of the objectives of the Civil Code of 1923. In addition to the norms inherent in the Soviet state, the Code also contained the rules of law inherent in the market economy, which formed the basis of the law of capitalist countries. The norms of the Code legally defined the framework in which the state allowed the activities of capitalist elements, and established a system of measures against the abuse of the NEP. In the Civil Code of 1923, there were harmonious norms of law of both bourgeois and Soviet nature. The main reason for this was the introduction of the NEP, which was the main factor that prompted the codification of Soviet law.

The Azerbaijan SSR Civil Code of 1923, which adjusted the new types of economic relations, regulated property relations in the country in accordance with the interests of socialist construction. Some provisions of the Code were declarative and contradictory. The Civil Code of 1923 became a strong and flexible tool for regulating property relations in Soviet Azerbaijan for over 40 years.

3. The Azerbaijan SSR Civil Code of 1964

The development of the USSR after World War II was characterized by significant economic growth and social reforms that required new civil legislation. In the 1960s, the USSR saw the need to develop a new civil code, as in the sessions of the Central Executive Committee and in the intersessional period, the Presidium of the Central Election Commission applied numerous amendments and adjustments to the Civil Code of the 1920 s, which was outdated and no longer met the requirements of the time. With the adoption of the Law of the USSR of February 11, 1957, "On Reliability of the Legislation on the Organization of Courts of the Union Republics, the Adoption of Civil, Criminal and Procedural Codes", Azerbaijan was officially allowed to adopt a new civil code.[12]

On December 8, 1961, the Supreme Soviet of the USSR adopted the Fundamentals of Civil Legislation of the USSR and the Union Republics, which entered into force on May 1, 1962. This Law was a codified legislative act of the USSR uniting the main provisions of civil law.[13] These Fundamentals consisted of a preamble and 8 sections (129 articles in total): 1) General provisions; 2) Law of property; 3) Law of obligation; 4) Copyright law; 5) Law of discovery; 6) Law of invention; 7) Law of succession; 8) Legal capacity of aliens and stateless persons and application of foreign civil laws, international treaties and agreements. With the adoption of this legislative act, the work on drafting a new civil code was accelerated.

While considering the drafts of the civil codes of the Union republics, special attention was paid to the issues of defining the scope of relations and the boundaries of civil code, which should be regulated by civil laws. Much attention was paid to the problem of the relationship between the civil legislation of the USSR and the Union Republics, the system of civil codes, the content of civil law institutions (collective farm property, damages, acquisition period, inheritance, etc.) and legislative techniques. Many of the proposals put forward by the republics for the adoption of new civil codes were not accepted by

[11] GOJHBARG, A. G., Lenin i sovetskoe parvo. In: *Sovetskoe pravo,* № 2, Moscow, 1924, p. 5-6 (in Russian).

[12] Law of the USSR dated 11 February 1957 "On the assignment to the jurisdiction of the union republics of legislation on the organization of the courts of the union republics, the adoption of civil, criminal and procedural codes" (in Russian).

[13] Law of the USSR dated 8 December 1961 "On approval of the Fundamentals of Civil Legislation of the USSR and Union Republics" (in Russian).

the central leadership due to their all-union significance. At the same time, the exchange of experience between legal experts from different republics was of great importance during this period.

Thus, in accordance with the Fundamentals of Civil Legislation drafted in 1961 within the framework of the Second All-Union Codification in the USSR, on September 11, 1964, the Supreme Soviet of the Azerbaijan SSR adopted the second Civil Code of the Azerbaijan SSR (hereinafter referred to as "the Civil Code of 1964") was adopted and entered into force on March 1, 1965. The Civil Code of 1964, again, in essence, did not differ much from the Civil Code of the RSFR, adopted in the same year. The new Civil Code consisted of 9 sections and 574 articles: 1) General provisions; 2) Agency and power of attorney; 3) Law of ownership; 4) Law of obligation; 5) Copyright and related rights; 6) Law of discovery; 7) Law of invention, rationalization proposal and industrial design; 8) Law of inheritance; 9) Legal capacity of aliens and stateless persons and application of foreign civil laws, international treaties and agreements. As can be seen, the Azerbaijan SSR Civil Code of 1964 included new sections on copyright and related rights, law of discovery, law of invention and international law.

The Civil Code of 1964 began with a preamble, more like a political declaration or a constitutional provision. The preamble proclaimed that the Soviet Union had achieved the complete and decisive victory of socialism and had begun to build a broad communist society. By creating such semi-constitutional provisions in the preamble of the Civil Code of 1964, Soviet lawyers described the goals of communism at this stage, the socialist economy and its future. According to the preamble, the main purpose of Soviet civil law was to remain steadfast in upholding the communist ideology. It should be noted that even the Civil Code of 1923 was not so attached to political ideology as the Civil Code of 1964.

It should also be noted that the provisions of the Civil Code of 1964 show a significant evolution in the understanding of the social function of civil law in the USSR. In the 1920s, civil law was seen as a "narrow horizon of bourgeois law" that would disappear in communist society, but in the 1960s, civil law was already seen as a means of contributing to the building of communist society.[14]

Compared to the Civil Code of 1923, the Civil Code of 1964 demonstrated better structural and legislative techniques. This Code contained separate sections on intellectual property and private international law and provided for a broader system of liability law.

The Civil Code of 1964 recognized only one real right: the right to property. There were only two types of property: socialist property and private property. Apart from the property rights of socialist enterprises, the Civil Code of 1964, unlike the Civil Code of 1923, did not recognize limited property rights (for example, the right to construction). Prominent Russian jurist Yevgeny Sukhanov believes that the main reason for the removal of limited property rights from the civil codes of the Union Republics in the 1960s was the "de facto" exclusivity of state land rights and the exclusion of other limited rights, including servitudes (the right to use someone else's property).[15]

The first paragraph of Article 89, which deals with state property, explicitly allows tautology: "The state is the sole owner of all state property." However, in the author's opinion, this provision was purposefully drafted in this form, because such a formulation would nullify any attempt of socialist enterprises to present their property as property rights. The second paragraph of this article clearly defines the real rights of socialist enterprises over their property: "State property transferred to state organizations is under the practical management of these organizations, these organizations shall exercise the right to own, use and dispose of property within the limits established by law in accordance with the purposes of their activities, planned tasks and the purpose of the property." At that time, the legal nature of this concept of "practical management" provoked heated debates among Soviet civilists. Some fundamental researchers of civil law think that the creation of such a real law is perhaps the most notable contribution of Soviet lawyers to the science of law. In fact, the concept of "practical management" was not a novelty of the Civil Code of 1964. It already existed in 1921 at the time of the introduction of the NEP and was recognized by the Soviet legal doctrine, but it was simply not formally included in the Civil Code of 1923. That is why the nature of the property rights of Soviet enterprises was the subject of scientific controversy in the 1920s.

According to Boris Martynov – a professor at the Moscow State Institute of International Relations – in Soviet civil law the relationship between the state and enterprises is similar to the concept of "fiducia" in Roman law and "trust" in general law. Martynov also uses the "divided theory of property" of the medieval feudal period to explain the division of property rights between the Soviet state and socialist enterprises. On this basis, he attributes the concept of "dominium direktum" (direct property) in Roman law to the state, and the concept of "dominium utile" (dependent property) to enterprises.[16] However, Martynov's theory ignores the substantive differences between the concepts of fiducia, divided property, and trust. Thus, although in the concept of fiducia the fiduciary is not the owner of the property, in a trust and divided property concepts several persons are considered to be the owners of the property and the property is divided between them.

In order to avoid any reference to the "divided theory of property" of the feudal era, Soviet scholars began to insist that the real owner of property was only the state. According to them, the right of enterprises to property is not a property right and should not be classified using traditional concepts of property. Thus, a new real law that combined the components of administrative and civil law – the law of "practical manage-

[14] GSOVSKI, V., *Soviet civil law: Private rights and their background under the Soviet regime*. Ann Arbor, 1949, p. 576.
[15] SUKHANOV, Y., The Concept of Ownership in Current Russian Law. In*: Law Review University of Tartu,* № VI, Tartu, 2001, p. 104.
[16] IOFFE, O. S., *Development of Civil Law Thinking in the USSR*. Milan, 1989, p. 211-212.

ment" emerged.[17] The Soviet doctrine of civil law accepted the right of "practical management" as a kind of limited real law. Although enterprises could exercise all the rights (possession, use, and disposition) of the owner, the state retained the right to increase the property (accession), and this was a decisive factor in determining the true owner of the property (i.e., the state).

The Civil Code of 1964 declared that private property originated from socialist property and was a means of meeting the needs of citizens. Unlike the Civil Code of 1923, the Civil Code of 1964 recognized only two types of property: socialist property (state or nationwide property, property of collective farms, other cooperative organizations and their associations) and private property (one of the means of meeting the needs of citizens). Private property was a substitute for special property.

The peculiarity of the Civil Code of 1964 was that it regulated property relations in a society where there was no private ownership of the means of production and land. Private property was not encouraged and was subjected to various restrictions. In fact, by its legal nature, private property in the Soviet civil law doctrine was nothing more than limited special property. Private property – limited to certain objects of a certain size – could only be owned by an individual, and was ultimately intended to meet the material and moral needs of the owner. It was emphasized that it was illegal for citizens to receive "effortless income" from private property.[18] Article 101 of the Civil Code of 1964 stated that a citizen may personally own one house (or part of a house). The maximum size of a house or part (parts) of a house belonging to a citizen by right of personal ownership may not exceed 60 square meters of living space. Private property could be inherited from one owner to another. If a citizen acquired a second home through a donation or inheritance, he had to sell, donate, or otherwise alienate any of those homes at his own discretion within a year. If it was not possible to sell the house within a year, the state organized a forced sale. In cases where it was not possible to sell the house compulsorily due to the lack of a buyer, the house was transferred to state ownership free of charge.[19] In such cases, a citizen's right to property depended on his luck: if there was a buyer, the owner could exercise his right of ownership, and if there was no buyer, the house was confiscated by the state. In other words, the state deprived the citizen of property.

Despite all these restrictions, private property could be considered special property, as the owner was given the right to own, use and dispose of the property. It is impossible to disagree with the opinion of the Soviet scientist Vladimir Gsovsky that "Soviet property rights showed that even in a socialist state, even a small amount of private property is inevitable."[20]

The Civil Code of 1964 defined two types of agreements: oral agreements and written agreements. The first refers to agreements that could be concluded orally for transactions up to 100 rubles, as well as for immediate transactions. Written agreements were of two types: simple agreements and agreements that had to be notarized. Simple written agreements were to be concluded during transactions of the state, cooperatives, public organizations and citizens in excess of 100 rubles, as well as transactions required by law in writing. For example, a loan agreement of more than 50 rubles had to be concluded in simple written form. Types of transactions, such as home sales, donations, and wills, had to be notarized.[21]

For the first time, the Civil Code of 1964 regulated the relations arising from the contracting of agricultural products, i.e., the conclusion of a contract for the purchase by the state. The contract regulated the relations between the collective farms, state farms and other farms that cultivate and produce agricultural products and the socialist organizations that receive these products. Despite the existence of a contract of deposit in economic practice, the Civil Code of 1923 did not mention this. New articles (Articles 421-432) on the contract of deposit were added to the Civil Code of 1964. According to the contract of deposit the depositee undertakes to safeguard property transferred to him by another party, and to return such property in good condition.

The Civil Code of 1964 also determined state compensation with regards to protecting socialist property. During the Soviet people struggle against Nazi Germany, many citizens were injured in bombings and other hostile operations while heroically rescuing socialist property. Due to the lack of relevant provisions in the Civil Code of 1923, the courts had difficulty determining the compensation to be paid by the state. The Civil Code of 1964 embodied this practice, as the article included the compensation for injury caused by the rescue of socialist property. Injury sustained by a citizen in rescuing socialist property from a danger threatening it must be compensated for by the organization whose property the injured party has rescued.[22]

For the first time, an article on protection of honor and dignity was created in the Civil Code of 1964. The foundations of civil law defined litigation as the primary method of protecting civil rights. According to the Civil Code of 1964, there were courts of general jurisdiction, arbitrations, arbitral tribunals and comrade judgement courts in Azerbaijan.

The predominance of socialist property and the degradation of private property created negative trends in the USSR's economy and society. In the late 1980s, the inefficiency of the socialist economy was already an indisputable and accepted fact. To alleviate the difficulties, the Gorbachev government introduced "perestroika" (reconstructing) and a series of unprecedented political and economic reforms. However, these reforms were ineffective, and on December 26, 1991, the USSR collapsed.

[17] IOFFE, O. S., *Development of Civil Law Thinking in the USSR*. Milan, 1989, p. 215-221.
[18] The Azerbaijan SSR Civil Code of 1964, Article 88.
[19] The Azerbaijan SSR Civil Code of 1964, Article 104.
[20] GSOVSKI, V., *Soviet civil law: Private rights and their background under the Soviet regime*. Ann Arbor, 1949, p. 576.
[21] The Azerbaijan SSR Civil Code of 1964, Article 39-41.
[22] The Azerbaijan SSR Civil Code of 1964, Article 468.

4. The Azerbaijan Republic Civil Code of 1999

The end of the twentieth century is considered a period of renaissance in civil law and is often associated with reforms in post-communist countries, including the need to build a market economy and a free society, as Soviet legal doctrine denied the division of law into public and private.

The collapse of the Soviet Union brought an end to the old system of public relations, and changes to the socio-political context in Azerbaijan. These changes would later pave the way for the implementation of necessary political, legal and economic reforms, as well as the development of a market-oriented economy and the rule of law. For this to happen, it was necessary to adopt the basic law of the country – the Constitution. A commission of 33 people was established in 1994 under the chairmanship of national leader Heydar Aliyev to prepare the draft Constitution of the independent Republic of Azerbaijan. The yearlong nationwide discussion resulted in a referendum held on November 12, 1995 that adopted the draft Constitution, which entered into force on November 27 of that year.

The new Constitution defined the foundations of modern society and the state, political institutions and the basic principles of building the Azerbaijani economy. The adopted new basic law was an impetus for the beginning and implementation of reforms in various spheres of life in the Republic of Azerbaijan. It also marked an important step in terms of proclaiming equality of rights and protection of human rights in the country. Thus, with the adoption of the new Constitution, Azerbaijan was heading toward a new direction of building the rule of law of the country.

This historical period prompted three major changes in the country: 1) a new phase for the country's economy; 2) strengthening of the principle of freedom of contract and the right to private property; 3) administration of a stable and predictable legal environment for entrepreneurial activity. Economic relations in Azerbaijan had to be modernized on the basis of market principles, and public administration had to move from an administrative-command system to a democratic system. Existing laws in the Soviet era were based on the concepts of state property and public administration in the economy, and the hastily drafted new laws on property after independence did not meet the requirements of the time. This situation made it necessary to prepare and adopt a new, fundamental legal document – the Civil Code, which was supposed to adapt civil law relations to the new political and economic realities. The deep and rapid social reforms carried out in the Republic of Azerbaijan in the 1990s also warrant the adoption of a new civil code as soon as possible. The civil legislation of the Republic of Azerbaijan had to be created from scratch, as the legislation of the former Soviet era served the interests of a centrally regulated economy and was by no means suitable for building a market economy.

Azerbaijan's experience in the field of civil law was insufficient, as there were not enough local specialists in this field. During the Soviet period, the creation of the country's legislation was largely under the hands of Russian legal experts. As a result, in the first 8 years of independence, the Republic of Azerbaijan was unable to adopt a new Civil Code and had to make do by amending the Civil Code of 1964. Thus, the young Republic was faced with the task of creating a modern civil legislation that would represent a complex and consistent system of interrelated, complementary legal norms.

The transition from a planned economy to a market economy involved a profound transformation process. This transformation process included extensive legislative reforms based on the Western model.[23] The role of German lawyers in the preparation of the draft of the new Civil Code should be especially noted. Based on the Agreement signed between the Governments of Azerbaijan and Germany on December 8, 1997, the lawyers of the German Technical Cooperation Society (GTZ) began to provide full support to legal reforms in Azerbaijan within the project "Legal Reforms in Transition".[24] GTZ implemented the project on behalf of the German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ). The project's head for the the Commonwealth of Independent States (CIS) was Rolf Knieper, a GTZ lawyer and professor at the University of Bremen.

The question may be asked why the United States, which is usually very active in contributing toward the legal reform of other countries, did not play any role in Azerbaijan? The main reason for this was Section 907 of the Freedom Support Act, adopted by the the US Congress in 1992 at the initiative of the Armenian lobby and prohibiting direct US aid to Azerbaijan government.

One of the first projects of German legal experts in Azerbaijan was a seminar in the Milli Majlis (National Assembly, the legislative branch of government in Azerbaijan) held by Rolf Knieper on the methods of drafting legislation for members of parliament. During the Soviet era, laws were drafted mainly in Moscow, not in Baku, which was why in the first few years of independence, there were very few local legal specialists in the field of drafting laws. It should be noted that GTZ, along with Azerbaijan, also provided assistance in drafting civil codes in Georgia, Armenia, Moldova, Mongolia, Tajikistan, Turkmenistan and Uzbekistan.[25]

In the drafting process of the new Civil Code, the German legal experts were mainly involved in the development of legal norms that play an important role in the daily lives of citizens, including lease, property and land contracts. They did not participate in the development of norms in areas such as inheritance and family law, because these areas had the characteristics and traditions of the Azerbaijani people. Thus, it would not be

[23] SEIDMAN, A. W., SEIDMAN, R. B., WAELDE, T. W., *Making development work: Legislative reform for institutional transformation and good governance.* The Hague, 1999, p. 115-117.

[24] On 1 January 2011, through the merger of three German international development organizations: the Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), the Deutscher Entwicklungsdienst (DED) and Internationale Weiterbildung und Entwicklung (InWEnt) German Corporation for International Cooperation GmbH (GIZ) was established.

[25] KNIEPER, R., *Rechtsreformen entlang der Seidenstraße: Aufsätze und Vorträge während der beobachtenden Teilnahme an einem gewaltigen Transformationsprozess*. Berlin, 2006, p. 146-149.

appropriate for foreign experts to develop norms in this area. In other words, the German legal experts were mainly active in drafting provisions that played a major role in economic development.

Finally, 8 years after gaining the independence, with the support of German legal experts, the Azerbaijan Republic Civil Code (hereinafter referred to as "the Civil Code of 1999") was adopted on December 28, 1999, and came into force on September 1, 2000. An interesting point is that although the Civil Code of 1999 was originally planned to come into force on June 1, 2000, it was postponed for 3 months.

The Civil Code of 1999, which is currently in force is the largest legal act in the national legislative system of Azerbaijan. Its structure is divided into general and special parts, consisting of 10 sections, 74 chapters and 1,325 articles.

The first section of the Civil Code of 1999 contains introduction provisions (legislation in the area of civil law, civil rights and obligations and their protection), the second section is about persons (natural persons and legal entities), the third section deals with the rights on property and articles, the fourth section is about agreements, the fifth section introduces periods (period of limitation), the sixth section consists of the general part of the law of obligation, the seventh section covers the obligations arising from agreements, the eighth section involves the obligations arising out of law, the ninth section deals with the obligations arising from the violation of civil rights (delicts), and the tenth section is about inheritance law.

The General Part of the Civil Code of 1999 states that the purpose of the Code is to secure the freedom of civil relationships based upon the equality of the parties without prejudice to affecting the rights of other persons. Unlike the civil codes of the Azerbaijan SSR, the new Code proclaims the equality of the subjects of civil law, the free will of the subjects of civil law, the independence of the participants of civil relationships with respect to their property, as well as the inviolability of property and freedom of contract.

In the Special Part, the relations arising mainly from the right of obligation and the right of inheritance are regulated. According to the Code, obligations arising from agreement, law and violation of civil rights (delicts) are different. The Code regulates the distribution of inheritance by law and will (intestate succession and testamentary succession).

Azerbaijan's civil legislation is based on the principles of freedom of contract, inviolability of property, non-interference in private affairs, renunciation of previous norms inherent in the administrative-command system of economic planning. These principles are heavily based on to the pandect system of the German Civil Code of 1896 (Bürgerliches Gesetzbuch) and the latest features of the Dutch Civil code. The essence of the systematization of civil law norms in the pandect system is to divide the norms of the civil code into general and special parts. Azerbaijan's civil legislation has features such as the division of the Civil Code into general and special parts, and the clear division of material and procedural norms. The codification of civil law in Azerbaijan is based on the theory of monism of private law, as civil and commercial relations are regulated by only one code. Therefore, the Civil Code of 1999 regulates economic relations of natural persons and legal entities, as well as the status and legal relations of commercial organizations.

Compared to the civil codes of most other CIS countries, the Azerbaijan Republic Civil Code of 1999 is more influenced by German civil law, such as the distinction between ownership, pledge, mortgage, easement and usufruct as independent property rights. Even some articles of the Civil Code of 1999 are taken directly from the German Civil Code BGB of 1896. For example, Article 439.2 of the Civil Code of 1999 on the performance of monetary obligations, which is very relevant nowadays, is drafted on the basis of paragraph 244.2 of the German Civil Code BGB of 1896.

At the same time, some chapters and articles of the Civil Code of 1999 are directly influenced by the Model Civil Code of the CIS and the Russian Federation Civil Code. Although the Model Civil Code of the CIS is adopted as the basis for the national civil codes of Russia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Uzbekistan and Armenia, the legislators from Azerbaijan, Georgia, Moldova, and Turkmenistan have chosen their own path in the development of national civil codes, with only partial harmonization with the Model Civil Code of the CIS.[26]

An example of the direct influence of the Model Civil Code of the CIS and the Russian Federation Civil Code is in Article 10 of the Civil Code of 1999 on the customs of business activity. The list of sources of civil law in the theory of Russian civil law also includes business customs. Article 5 of the current Civil Code of the Russian Federation, called "The Customs of the Business Turnover", states that the custom of the business turnover shall be recognized as the rule of behavior, which has taken shape and is widely applied in a certain sphere of business activities, and which has not been stipulated by legislation, regardless of whether it has or has not been fixed in any one document. The customs of the business turnover, contradicting to the provisions of legislation or to the agreement, obligatory for the participant in the given relationship, shall not be applied. The content of this article is exactly the same as Article 5 of the Model Civil Code for the CIS, called "business practices". A comparative analysis shows that the content of Article 10 of the current Civil Code of 1999, called "The customs of business activity", is completely taken from these two codes. In the Special Part of the Civil Code of 1999, most of the provisions in Section 7, "The obligations arising from agreement", including the types of agreements, are taken from the Section 4 "Particular Kinds of Obligations" of the second part of the Civil Code of the Russian Federation. Another feature of the codification of civil law in Azerbaijan is the formation of a separate Family Code in accordance with the Russian model, taking the norms of family law beyond the scope of civil law regulation.

However, there are many differences between the Azerbaijan Republic Civil Code of 1999 and the Civil Code of the Russian Federation, especially in terms of structure. For example, unlike the Civil Code of the Russian Federation, the Azerbaijan Repub-

[26] BOGUSTOV, A. A., Problemy vzaimodejstviya model'nogo i nacional'nogo grazhdanskogo zakonodatel'stva stran SNG. In: *Rossiyskaya Yusticiya,* № 3, Moscow, 2012, p. 21-24 (in Russian).

lic Civil Code of 1999 does not contain separate sections on intellectual property and private international law. Relations arising from intellectual property rights in Azerbaijan, along with the Civil Code, are mainly regulated by separate legal acts.

The preparation of a civil code is a long and arduous process. For instance, it took a full 66 years to draft the Civil Code of the People's Republic of China, adopted in 2020 and considered the "Civil Code of the XXI Century", as the first draft was prepared back in 1954. Over the years, extensive and detailed discussions have been held among legal experts on the drafts, scrutinizing every section, chapter, article, sentence, and even every word.

As aforementiond, in the first few years of independence, Azerbaijan did not do much to draft new civil legislation and codify civil law due to lack of local legal experts in the field of codification of civil law in the country. Although at first glance it seems that it took 8 years to adopt the Civil Code of the Republic of Azerbaijan, this document was in fact prepared in a very short time and its draft was not published in advance for public discussions.

The practice of applying the Civil Code in independent Azerbaijan for almost 21 years showed that further improvements are needed. Numerous, or more precisely, 107 amendments made to the Code and 40 articles removed from the Code from 1999-2020 confirms this opinion. Some of these amendments indirectly acknowledge the poor quality of some provisions of the Code, which include the rewriting of various articles of the Civil Code, discussions of new drafts of Chapter 4 on legal entities, as well as articles on limited liability companies and cooperatives, and the renaming of Chapter 50 on insurance contracts and Chapter 54 on securities.

Unlike the French Civil Code, the language of the Azerbaijan Civil Code is quite complex, with many abstract sentences and expressions that are incomprehensible to ordinary citizens. The main purpose of the adoption of the Civil Code should be to protect the rights of ordinary citizens, and to meet their current interests and needs. Thus, in order to meet this purpose, the Civil Code should be edited in a manner that is easily understood and interpreted by the citizens.

The Azerbaijan Republic Civil Code of 1999, which was prepared in a short period of time and adopted without public discussions, has its shortcomings such as inconsistencies, mixed provisions, weak legal technique, and a large number of imperative norms. In some cases, the failure to write the provisions of the Civil Code in plain language creates difficulties in interpreting individual articles, which directly affects the correct interpretation and application of the law. A number of provisions of the Russian Civil Code and the German Civil Code have been systematically and mechanically incorporated into Azerbaijani Civil Code without in-depth analysis. Despite these shortcomings, the Azerbaijani society has a relatively more promising regulator in the Civil Code of 1999 compared to the Civil Codes of the Soviet era.

5. Current situaton and development perspectives

The history of the codification of civil law in Azerbaijan shows that all three civil codes adopted during the twentieth century are based on the traditions of civil law and, in most cases, they include some provisions from the civil codes of other European countries. At the same time, it should be noted that the main role in the formation of civil law in Azerbaijan was played not by the classic pandect or institutional codes (German Civil Code and French Civil Code, respectively), but primarily by the Soviet-style Civil Code of 1922. As a result of differences in economy, politics and lifestyle, Azerbaijan's civil legislation has always had its own peculiarities. The existence of specific features of Azerbaijani civil law does not mean a departure from civil traditions, and in many cases can be compared with the provisions of civil law in countries belonging to the Romano-Germanic tradition of law. In this sense, the Civil Code, adopted in 1999, has a special and important meaning in terms of harmonizing the civil law of Azerbaijan with the civil law of European countries.

In general, the current civil law system in Azerbaijan can be characterized as transformed from a socialist to a Romano-Germanic legal system and oriented to a market economy. The civil legislation of Azerbaijan demonstrates certain features that reflect the national and common Islamic traditions. The way of life, thinking, and traditions of the nation have had a significant impact on the evolution and development of the national legal system.

Almost 30 years have passed since Azerbaijan gained independence. The country emerged from the severe crisis of the early 1990 s, built an independent economy, and became one of the leaders among the countries of the South Caucasus and the CIS. During these years, the Republic of Azerbaijan has implemented fundamental economic reforms that ensure the transition from a centralized economy to a market economy and a society that develops through the rule of law. Economic reforms are not possible without legal reforms that form the basis of the development of the state and society. Civil law plays a key role in building the market foundations of the economy. The poor quality of the Civil Code directly affects the development of Azerbaijan's economy, including non-oil sector and entrepreneurship.

As Azerbaijan has reached a new level of economic development, there is a need and ground for the country's civil law to enter a new stage of development. Although Azerbaijan has been building a national legal system for almost 30 years, significant progress has been made only in the field of public law. More successful legal acts in terms of legal language and legal techniques have been adopted in the areas of constitutional law, administrative law, criminal law and other public law. The Azerbaijan Republic Civil Code of 1999, which is the basis of private law and contains the provisions of civil law, is still far from perfect. After the reforms in the civil legislation, many shortcomings were identified in the application of the norms reflected in the Civil Code of 1999, and these shortcomings can be eliminated only through the further development of civil legislation.

Public law can be developed on the basis of a deductive method, and sometimes even most of the foreign law can be completely copied and applied in the country. In private law, this is not possible, as the inductive method must be applied to the development of special legal norms, including in-depth study, analysis and discussion of the experience and needs of society. The experience of developed countries once again shows that the national legal system is developing mainly on the basis of scientific discussions in the field of private law. For the development

and proper application of Azerbaijan's legislation, the country needs real and effective scientific discussions, not simulations. Existing laws should be constantly reviewed and criticized, and suggestions for their improvement should be made regularly.

Legislative activity in Azerbaijan is carried out almost exclusively by members of the Milli Majlis, the country's legislature. It is impossible to carry out proper legislative activity without taking into account the views of judges, lawyers, legal experts, scientists and civil society groups in the field of lawmaking. Transparency of lawmaking should be increased in Azerbaijan. To do this, scientific and practical conferences on civil law should be held in the country on a regular basis with the involvement of legal experts and public activists. In order to properly understand and legally apply legal norms, it is very important to clearly interpret their scientific understanding and rules of practical application. Discussions held at such conferences can contribute to improving the quality of legislative work, increasing the legal culture of the population, increasing the authority of law and the state.

Evaluating the results of the civil legislation adopted since the country's independence, it can be said that although most issues related to the establishment and development of the civil law system have been resolved, there is a great need for reform and re-regulation of the civil legislation. Thus, the emergence of new public relations is inevitable, and in this regard, as a dynamically developing country, Azerbaijan must move toward the improvement of civil legislation in order for the legislation to meet new requirements and keep pace with the times. In other words, it is very important to improve the existing civil legislation in Azerbaijan in line with the pace of development of public relations. The rapidly developing and changing public relations in the country give special urgency to the search for ways to optimize the practical application of the law.

Although the Civil Code is the main legislative act for the formation and development of market relations in the country, its effective implementation in the daily life of society remains an unresolved problem. To this end, the legislature, the courts and lawyers must work together to continuously improve the Civil Code. In order to study international experience in the field of civil law, it is necessary to regularly exchange views and apply the practices that are considered successful in the context of public relations in the country.

One of the main objectives of legislative activity is to ensure the principle of legal certainty in public relations. The principle of legal certainty, as one of the key aspects of the rule of law, requires the absence of "gray zones" that are not regulated by law, both among citizens and between citizens and the state.

The language of the Civil Code must be clear, fluent, and understandable to ordinary citizens, and the definition of the objects and subjects of civil law relations in the provisions of the Code must be precise and detailed, taking into account specific issues. Uncertainties in the Civil Code should not be allowed so that the parties do not implement these provisions in their own way.

At present, the issue of completing the legal system, ensuring its structuring, eliminating the contradictions and gaps adopted in previous years is urgent. Thus, the author makes the following proposals for the optimization of civil law in Azerbaijan:

1. Revision of all civil legislation, elimination of contradictions and re-codification of laws;
2. Inclusion in the Civil Code of norms regulating new public relations and reliably protecting the rights of citizens;
3. Further improvement of the basic principles of the civil legislation of Azerbaijan in accordance with the new level of development of market relations;
4. The practice of law enforcement and interpretation of laws should be reflected in the Civil Code;
5. Improving the norms on protection of property rights, healthy competition, implementation of agreements and anti-monopoly activities;
6. Use of the latest successful experience of civil codes of a number of European (Switzerland, the Netherlands, Belgium) and Asian (China, Japan, South Korea, Singapore) countries in the modernization of civil legislation of Azerbaijan;
7. More active involvement of foreign scientists and experts in the preparation of draft proposals on amendments and additions to the Civil Code;
8. Elimination of flawed language style and weak legislative techniques of the Civil Code, as well as making the language of the Code simpler and more understandable for citizens;
9. Improving the effectiveness of law enforcement practices;
10. Awareness of judges and lawyers through trainings;
11. Formation of legal awareness of citizens through mass media;
12. Public discussion of the adoption of new laws and amendments to conflicting laws that meet modern challenges with the participation of scholars and experts in the field of private law;

No country in the world has a perfect, flawless legislative and legal system. Legislation is in the process of ongoing reforms, and it is important that these reforms are in line with the dynamics of social development.

The need for reform in the civil legislation of Azerbaijan in the 1990s stemmed primarily from the desire to eliminate all norms that embodied the administrative and planned regulation of property relations.[27] Today, in contrast to the reforms of the 1990 s, the need for modernization and reform of civil legislation arose primarily from the need to ensure the stability of civil law and civil turnover. This, in turn, undoubtedly requires a more precise regulation of the norms on sources of civil legislation as a basis for future legal reforms.

Summarizing the above proposals, it can be said that the concept of development and reform of civil legislation in Azerbaijan should be transformed into a single strategy aimed at more effective regulation of market relations in country, gradually eliminating the "transitional" nature of market relations.

[27] PAVLOVA, N. N., Sravnitel'nyj analiz istochnikov grazhdanskogo zakonodatel'stva stran byvshego SSSR. In: *Vestnik Permskogo Universiteta,* № 3(17), Perm, 2012, p 164 (in Russian).

Thoughts on the Role of the Mosul Boundary Commision of the League of Nations in the Mosul Question*

*Katalin Siska***

Abstract

On the 24th of July in 1923 the Treaty of Lausanne settled the borders of the Turkish state except one area: the oil-rich Mosul Vilayet, which was desired both by Turkey and Kingdom of Iraq (under British tutelage). The parts agreed that if within a year they cannot decide on the disputed area, they turn to the League of Nations for help. The three-member Boundary Commission created by the League of Nations started its work in August 1924, then on the 24th of October designated a temporary border the so-called "Brussels line" which was the former North boundary of the vilayet.

Both parties presented their views to the League of Nations. Turkish experts have wanted a referendum in the area and outlined a final boundary at the Southern border of the vilayet placing Mosul under Turkish rule. According to the British – and the same Iraqi – proposal the referendum was unacceptable, as the area was strategically, geographically, economically and administratively too important and it was impermissible for an under-educated population to decide on its affiliation. Their experts proposed the Northern Mountain range of the area as final frontier because of its relatively small population and the area could have been well protected from a military point of view.

The work of the Commission – who examined the historical, ethnographical, geographical, geopolitical facts and principles of the area – was the target of many attacks and therefore got significant press coverage. They were accused of bias towards the Turks. In my study, I collected and analyzed the contemporary Hungarian (who referred back also to the British) press articles with the information that can be extracted from the reports on the committee's work and their circumstances in order to get a clearer picture of the decision-making process and the events surrounding it, the role of the commission in the judgement, as there is no document from which the opinion of the members on the issue can be revealed.

Keywords: *Mosul Vilayet; League of Nations; Hungarian Press; Republic of Turkey; Count Pál Teleki.*

1. Introduction

On the 24th of July in 1923 the Treaty of Lausanne settled the borders of the new Turkish state except one area: Mosul Vilayet.[1] Lord Curzon, the British Foreign Minister and Ismet Inönü the head of the Turkish delegation agreed that if within a year they cannot decide on the disputed area, they turn to the League of Nations for help.[2] In Geneva on the 30th of September in 1924 the League of Nations decided to set up the so-called Mosul Frontier Commission in order to decide the former Ottoman Mosul Vilayet's[3] affiliation. It was clear that the debate was based primarily on economic interests. The area of the Mosul Vilayet was 87,890 km^2, with approximately 800,000 inhabitants of mixed ethnicity and religion,

* The study was made under the scope of the Ministry of Justice's program on strengthening the quality of legal education.

** Katalin Siska, associate professor, Department of European and International Law, Faculty of Law, University of Debrecen, Hungary, email: siska.katalin@law.unideb.hu

1 FLESCH, I., *Atatürk és kora. Musztafa Kemál Atatürk függetlenségi háborúja és kormányzása*. Corvina, Budapest, 2004, p. 273-274.

2 SHIELDS, S., Mosul, the Ottoman Legacy and the League of Nations. In: *International Journal of Contemporary Iraqi Studies*, vol. 3, No. 2, 2009, p. 217-230.

3 Near the end of World War I, on October 30, 1918, the debilitated Ottoman Empire and the United Kingdom signed the Armistice of Mudros. The agreement stipulated a cessation of hostilities effective October 31, 1918. For the British, it was most desirable that Mosul should be occupied by the British force and General Marshall should send a detachment to Mosul to accept the surrender of the Turkish garrison. After discussions with Ali Ihsan Pasha, the local Turkish commander and communications between London and the Ottoman government, where the British justified their intent by reference to Clause 7 of the agreement as well as their intent to proceed in any event, the local commander was instructed to withdraw and the British occupied Mosul on 10 November 1918. In August 1920, the Treaty of Sčvres was signed to end the war, however the Ottomans still contested the British right to Mosul as being taken illegally, post-Mudros. Even when the Treaty of Lausanne was signed between Turkey and Britain in 1923, Turkey maintained that Britain was controlling the Mosul Vilayet illegally. British officials in London and Baghdad continued to believe that Mosul was imperative to the survival of Iraq because of its resources and the security of its mountainous border. Turkish leaders were also afraid that Kurdish nationalism would thrive under British Mandate and start trouble with the Kurdish population in Turkey. See FROMKIN, D., *A Peace to End All Peace: The Fall of the Ottoman Empire and the Creation of the Modern Middle East*. Macmillan, London, 2009, p. 372.

but mostly of Sunni Kurdish population.[4] The largest city, transport and economic hub were Mosul with a population of 100,000 habitats. The vilayet was under British occupation and administration where the Arab army, on Turkish territories a force of Christians and the British Army and Air Force stationed.[5] The value of the area was increased by its rich oil fields but at that time it was not yet possible to know that for a few years later 13.5% of the world's oil production will come from there.[6]

However, there was a very important difference between the British and Turkish expectations on the work of the League of Nations and the Commission. While the British thought that the League of Nations would decide the fate of the disputed area, the Turks saw the organization only as a kind of mediator. The Commission's duty was to examine the ethnic (Kurdish, Arabic, Turkish) and religious situation and the geographical, geopolitical importance of the region. The League of Nations was - apparently – given the opportunity to put the economic aspects in the background and decide in accordance with its original purpose in the interests of nationalities.[7] The area was desired both by Turkey and the Kingdom of Iraq (under British tutelage), primarily for its hypothetical oil-rich fields and its economically important railway lines. The work of the members of the committee, especially Count Pál Teleki's cooperation was the subject of many attacks. He was accused of bias towards the Turks and therefore his impartiality was constantly questioned. Teleki was very popular among the Turks years before his appointment in the committee, so obviously in the decision-making process he was in the focus of the international, mainly the British press. Questioning his and therefore the whole Commission's impartiality received a huge media attention.

2. The Commission

After negotiations failed to solve the Mosul question, the League of Nations set up the Frontier Commission in 1925 to determine the sentiments of the local population in Mosul. The Commission was authorized, based on its findings, to recommend a solution that the League would implement after consulting with the Iraqi, Turkish, and British governments. The appointment of a commission marked a diplomatic success for British diplomacy, since British officials had argued that appointing a commission was a procedure which the British Government had always thought would prove more effective for the solution of the dispute than a plebiscite. To determine the fate of Mosul, the Commission attempted to adopt a "balanced and scientific" approach. This scientific approach utilized a series of tests, based on geographical, ethnic, historical, economic, and strategic factors, and drew on the Commission's interpretation of the Mosul population's wishes. However, the Frontier Commission was not nearly as scientific as it purported to be. One of the three Commission members, Count Paul Teleki, was also a scholar - an expert in geography - and his academic works were largely known to the international scholarly community. He was a key member of the Commission, during the research period as well as during the writing of the report. It seems likely that it came about as a result of Paul Teleki's cultural and national background. Teleki's country—as was the case in all Central Europe—viewed religion as the most important marker of national identity, and it is likely that Teleki's emphasis on religion at the expense of ethnicity impacted the Commission's decision. When the members of the committee were selected, Pál Teleki, a former Hungarian Prime Minister, was among the first to be recommended by the American Royall Tyler[8], one of the economic representatives of the League of Nations.[9] Teleki[10] was

[4] TÍMÁR, E., Teleki Pál egy kevéssé ismert munkája, az ún. Moszul jelentés. In: *Földrajzi Közlemények*, vol. 49, No. 1–2, 2001, p. 65-80.

[5] A főcserkész mesél II. In: *Magyar Cserkész*, vol. 7. No. 2, 1926.

[6] CSEKE, L., Teleki Pál és a Moszul-Bizottság. In: *Földgömb*, vol. 14, No. 4, 2012, p. 40-47.

[7] A főcserkész mesél II. In: *Magyar Cserkész*, vol. 7. No. 2, 1926.

[8] His service as a delegate in the U.S. Reparations Commission (1920–1924) led him to become a deputy Commissioner-General of the Economic and Financial Section of the League of Nations in Geneva (1924–1928), where he supervised the economic reconstruction of Hungary. Consequently, he spent considerable time in Budapest.

[9] ABLONCZY, B., *Teleki Pál*. Osiris, Budapest, 2005, p. 257.

[10] The name and activities of Count Pál Teleki (1879–1941) as the Prime Minister of Hungary between 1920–1921 and 1939–1941 are well known, but his scientific work is largely unknown to the public. Geographer Pál Teleki in addition to Hungarian spoke German, French, French and Romanian, as well as Dutch and Italian. The Atlas of the History of Cartography of the Japanese Islands gained scientific fame for him in 1909 as a geography teacher at the University of Budapest. He translated Voyage of Discovery East of Japan, by Quast and Tasman, in 1639 from Dutch to Hungarian. He worked on this work for eight years. The atlas was already reported at the International Geographical Congress in Geneva a year before its publication. The great work was recognized with the Jomard Award by the French Geographical Society in 1911, and Pál Teleki was elected to the International Catorgraphic Association in 1913. Teleki gave a memorable speech at the Hungarian Academy of Sciences in 1917, entitled "The History of Geographical Thought." His study based on pure and clear philosophical reasoning, shows from a historical perspective, that the science of geography forms a bridge between the humanities and the natural sciences. The work proves that its author knew the results and research methods of history, ethnography, statistics, demography, but also meteorology and economics. He regularly studied the international literature, and we know that his work was one of the most cited geographers of his age. Teleki paid special attention to cartography. One of his most famous works was the "Ethnographic Map of Hungary" prepared for the peace talks that ended the First World War. The 1: 1 million-scale map, compiled onthe basis of the 1910 census, also provided a methodological innovation. When compiling the map, Teleki tried to show the relationship between the nationalities and the proportion of the areas they inhabited, so that the population density could stand out from the size of the uninhabited area. The work depicts the nationalities living in the Carpathian Basin in twelve colors. The work, which has been published in many editions, has also been published with Hungarian, German, French and English texts. It was the only map that the participants of the 1920 Paris peace talks saw at all. It also got its name there, from the color denoting Hungarian nationality: Carte rouge. Although the map was not accepted as an official document, the author's scholarly work was appreciated by politicians. That is why the League of Nations invited Teleki to the three-member Mosul Commission, established on September 30, 1924, to designate a new border between Turkey and Iraq. See BASSA, L., Teleki Pál és a térkép. In: *Tér és Társadalom* vol.4, No. 3 - 4, 1990, p. 175-183.

chosen for two important reasons. The internationally renowned geographer[11] was noticed worldwide for his pioneering, famous "Red Map"[12]. In addition, Teleki as a former prime minister had to deal with several ethnic problems in Hungary similarly, he was involved in the Commision. The only problem with him was his previous Turkish connections, but he preceded the accusation by stating that his acquaintances were adherents of the previous political system, having no connections with the regime of Mustafa Kemal Atatürk.[13] Another member of the committee was Colonel Albert Paulis[14], a retired Belgian colonel nominated by the Belgian government presiding in the League of Nations, and the president Einar af Wirsén,[15] Sweden's former envoy in Bucharest. Wirsén was elected as the President of the Commission mainly because Sweden was neutral during World War I.[16] The commission included two other secretaries of the League of Nations, a treasurer, two shorthand writers, Teleki's personal secretary Péter Incze, and Professor Johannes Hendrik Kramers, and a professor at the University of Leiden, as translator.[17]

Wirsén, Teleki and Paulis met on the 13th of November 13 in 1924, in Geneva, where the Mosul Commission was formally formed. Their first job was to study the League documents, the Treaty of Lausanne and French consular reports.[18] Teleki also used the Egyptian high school geographic books and atlases of 1922–1923 as publications of a developed but independent state in the region.[19] On the 25th of November the members of the Commission traveled to London, where they purchased the necessary equipment and began negotiations with the British Foreign and Colonial officials, who presented the British proposal. The Commission arrived in Ankara via Istanbul on the 3rd of January in 1925, where they received a memorandum from the Turkish government and then negotiated with President Mustafa Kemal Atatürk in Konya. At the same time British troops committed serious atrocities in the vilayet: bombing villages, threatening the population and thus moving them to the "Iraqi side". Teleki, Wirsén and Paulis arrived in Baghdad on the 16th of January in 1925. During their stay in Baghdad, the Commission visited several ministries, the Military Academy, hospitals, educational institutions, as well as markets, granaries, timber plants, shopping centers to map the economic relations of the capital with neighboring regions, especially the Mosul part. The Committee members during this time were guests of the British High Commissioner in Iraq, Sir Henry Dobbs[20] who tried to influence them by accusing the Turkish experts and asked for their replacement. The Commission refused the accusation and reported the incident to the Turkish authorities.[21] King Faisal of Saudi Arabia welcomed the Commission on the 17th of January. In his speech he emphasized, "Mosul belongs to Iraq like the head to the rest of the body." He finally stated that he wanted to live in peace and friendship with his neighbors and Iraqis respect the Turkish nation.[22]

The members of the Commission arrived in Mosul on the 27th of January in 1925, where they had their headquarters in the former residence of King Faisal. Teleki took a walk in the city that day, accompanied by two secretaries of the Commission, and was joined by Pasha Jevad[23] the head of the Turkish delegation who was wearing general uniform. During the walk, about 30 locals - according to Teleki, Arabs - gathered around them, kissing the pasha's hand and cheering Turkey. The crowd grew to 200 when some policemen, including a British officer appeared and began to disperse. There were also atrocities in the bazaar: one of the police officers started to beat a member of the crowd, Teleki had to intervene so that the situation would not get worse. When the crowd arrived in front of the Iraqi Nationalist Club, they met demonstrating students who wore Iraqi cockades and cheered King Faisal. It was likely that this was a pre-planned Turkish action - and response from Iraq – tried to manipulate the Commission.[24] Following the incident, regarding the protection of the Turkish delegation, the British administration wanted to impose restrictive measures that Turkish diplomats and experts could only leave their ac-

[11] KUBASSEK, J., Teleki Pál, a magyar politikai földrajz atyja. In: *Magyar Tudomány*, vol. 172, No. 8, 2011, p. 987-996.

[12] The ethnographical map of Hungary based on the density of population in 1919. This map was also available to the public in various bookstores and at newspaper publishing companies. A Hungarian newspaper called the *8* Órai Újság printed the first edition of this map on the 21st of February in 1919.

[13] ABLONCZY, B., *opt.cit.,* p. 257-258.

[14] Albert Paulis (1875–1933), Belgian military officer. In 1908 he was placed in the Congolese colony then commissioned to set up a Belgian garrison in Sudan, where he maintained the order by hard means. After the World War I, he returned to Congo, where played a significant role in building the railway network.

[15] Carl Einar Thure af Wirsén (1875–1946), Swedish diplomat, politician, military officer. From 1895 to 1902 he served as a military officer and then as a diplomat. He served as a military attaché in Rome and Sofia. Most of his work was related to the Balkans and Turkey. He witnessed the Armenian genocide. After World War I he served as administrator in several Baltic States then appointed envoy in Bucharest, Athens, and Belgrade. After leading the Mosul Commission, he became an envoy of Berlin and then Rome.

[16] ROGERS, J., The Foreign Policy of Small States: Sweden and the Mosul Crisis. 1924-1925. In: *Contemporary European History*, vol.16, No. 3, 2007, p. 349-369.

[17] A főcserkész mesél I. In: *Magyar Cserkész*, vol.7, No. 3, 1926.

[18] ABLONCZY, B., *opt.cit.* p. 258.

[19] TÍMÁR, E., *opt.cit.* p. 77.

[20] Henry Dobbs (1871-1934), British politician. Between 1923 and 1929 Iraqi British High Commissioner.

[21] OGYK SdN/1925. VII. 2.

[22] OGYK SdN/1925. VII. 2.

[23] Cevat Çobanli, Pasha Jevad (1870–1938): Turkish military officer, politician. In the First World War as a General served, he defended the straits as the national hero of the Turks. He was captured by the British for a short time after World War I and then gained a leading military role in the New Republic of Turkey.

[24] OGYK SdN/1925. VII. 2.

commodation with a police escort at a pre-announced time and place[25]. The Commission of course did not accept the British proposal as Turkish delegates needed full freedom of movement unaccompanied by the police in order to be able to talk to the local population in confidence and they would not start their work until these conditions were met.[26]

The situation was tense. On the 8th of February Dobbs arrived to help consolidate the situation with his presence, but instead of helping, he got into a conflict with the Commission again. Dobbs expressed the view that, as the area originally belonged to the Ottoman Empire, the position of the Turks was fundamentally stronger, so the Commission should pay special attention to every detail and underlying reports in order to avoid accusations of bias. Wirsén emphasized that the Commission was examining the views of all parties. After Teleki also acted against Dobbs, the High Commissioner apparently backed off adding that in his view it was possible that the British government would not accept the Commission's decision to launch separate investigations into parts of the vilayet. He also noted that although the League of Nations sought a "perfect balance" in the selection of committee members, he feared that the British public and government would think that "some members" had come under the influence of "one party". Wirsén who was increasingly irritated, emphasized that the League of Nations had elected the members of the Commission secretly who had been given complete freedom to investigate the Mosul territorial issue, so that anyone who criticized their work would act against the League of Nations. At the end of his speech the President stated that if Dobbs reaccused, there would be serious consequences.[27] Later Dobbs no longer started an open discussion with Wirsén and Teleki, but sharply criticized the Commission's actions in his reports to London.[28] Despite controversy generated in the press, the Commission continued its hard work in Mosul for a few more days - then formally[29] - and the members split up and carried out separate investigations.[30] Meanwhile Teleki was welcomed by scouts in all settlements.[31] The Commission left the Mosul Vilayet on the 18th of March in 1925.[32]

3. The decision and the reaction of the press

After a short rest, the members of the Commission met again in Geneva on the 20th of April in 1925 to work on their final reports.[33] Their task consisted mainly of three parts: to form a professional critique of the previous zoning proposals of the disputing parties; a scientific summary of the studies carried out in the field; drawing up a final border proposal on the basis of the previous two points.[34] Although there were occasional reports in the press that there was a hot debate at the time the protocol was drafted, as Wirsén supported the British, Teleki supported the Turkish position[35], from the reports and correspondence it can be concluded that there was an agreement among the members of the committee.

About the Turkish proposal the Commision stated that the referendum is not feasible and would not reflect real results. In the Mosul area the education is rudimentary, the social network is medieval or was in the feudal stage, while many of the inhabitants followed tribal leader or the landlord and did not form their own opinion on which state they want to belong to. People who were educated enough to form independent opinion were almost without exception on the side of the Turks. There was another problem reported, which was also mentioned by the British. There was not adequate neutral policing as well as armed forces in the area where the chance of a civil war was threatening and realistic. The committee based on all, did not propose to hold a referendum.[36] Teleki examined the possibility of the Southern border proposed by the Turks. In his report - which was published when he returned to Hungary in the 1926 Hungarian Geographical Yearbook - he criticized mildly that the domes of Jabal Hamrin are neither historical nor can they be considered a border from a climatic point of view.[37]

The British proposal was considered more realistic by the Commission and the planned Northern border was not objected with its sparsely populated mountains, although only a small part of the vilayet could be linked historically to Iraq. Unlike the British, the members considered important that the migration route of nomadic tribes should not cross the border. The committee's impartiality is shown by the fact that although they discussed several times with local British leaders and got serious criticism from the British side about the value of their operation yet retained its objectivity and did not stand for the much more helpful Turks. The Commission summarized its own research, which was mainly conducted by geographer Pál Teleki. The work was outstanding because before there has never been similar geographical, historical and ethnographic research in the Mosul area.[38]

[25] OGYK SdN/1925. VII. 2.
[26] OGYK SdN/1925. VII. 2.
[27] OGYK SdN/1925. VII. 2.
[28] ABLONCZY, B., *opt.cit.*, p. 259-261.
[29] A főcserkész mesél I. In: *Magyar Cserkész*, vol.7, No. 3, 1926.
[30] OGYK SdN/1925. VII. 2.
[31] SLUGLETT, P., *Britain in Iraq. Contriving King and Country.* I. B. Tauris & Co. London, 2007, p. 85.
[32] Ibid.
[33] Letter from Paul Teleki to Professor J. H. Kramers. Geneva, 13 July 1925 Documents sent by the League of Nations to Teleki to establish the border between Turkey and Iraq relating to its participation in the committee.
[34] MNL OL, K 37. 1. a) dossier No. 35 - 37. documents. 1925.
[35] Gróf Teleki Pál itthon. In: *Pesti Napló*, vol. 76, No. 175, 1925.
[36] OGYK SdN/1925. VII. 2.
[37] Pál Teleki, A moszuli vitás terület természetes tájai és határai. In: TELEKI, P., - KARL, J. - KÉZ, A. (ed.). Magyar *földrajzi évkönyv az 1926-os évre*. Magyar Földrajzi Intézet, Budapest, 1926, p. 54-57.
[38] OGYK SdN/1925. VII. 2.

In addition to several novum the Mosul report's main goal was that pioneering way how they dealt with the nationality question. The Commission primarily wanted a non-political decision to bring, so stressed that scientific research cannot give basis for a political decision.[39] The report was rather an extensive study, a specific proposal on the affiliation of the area. The Commission analyzed and commented the Turkish and British proposals and then outlined possible decisions and their expected consequences considering. They worded in a conditional manner throughout, thus avoiding that later they would be accused of partial bias. About the "Brussels line" however, it was stated that, with some corrections, appropriately this would be the strategic frontier, so essentially the Commission favors the British frontier proposal.[40] However, it was consistently emphasized that economic and strategic interests are not enough to be taken into account in the decision-making, but also the state (whose Mosul will belong to) must provide the law of self-determination for the nationalities living in the territory, especially the Kurds.[41]

Nonetheless Teleki's "pro-Turkish attitude" began to demonstrate by the British press, and due to the constant attacks[42], contrary to his custom, finally the former prime minister spoke out, refuting the accusations.[43] Though the committee returned in April, its voluminous report was only submitted to the General Secretariat of the League of Nations in August 1925. In the end, the committee's proposal did not favor Turkey, but Pál Teleki - although there is no official information about his opinion - was accused by some London newspapers (Morning Post, Daily Telegraph), whose articles were also published by Hungarian newspapers of allegedly biased towards the Turks. According to the reports the Hungarian Prime Minister did not perform his duties entrusted to him by the League of Nations in the Boundary Commission with the objectivity required for such an important international mandate. He forgot about that he did not participate as a representative of Hungary but the representative of the League of Nations. The former Hungarian Prime Minister showed too much sympathy toward the Turks. Teleki had always been in the company of Turkish delegates and Turkish dignitaries, made Turkish-friendly statements, and if he did not want to, but at least tolerated and accepted the propaganda that the Turks made with his name and person in front of the Iraqi population. This provided sufficient reason for outrage, but the problem was exacerbated by the situation when the Turkish press trumpeted to the world that the Committee of the League of Nations had fully embraced the Turkish point of view on the question of demarcation. The English press at that time made strong reference to a 'mystical informant' who hurried to tell the good news to the Turks.[44] However, the Turks protested the 'unexpected turnaround' because 'they had already been assured in advance that the committee had decided in Turkey's interest'. Although it was never revealed who this person was, the Daily Telegraph drew the attention of the English public to the constant efforts of the Turks to influence Belgian, Swedish and Hungarian members of the Commission, especially to compromise the Hungarian delegate of Count Teleki with whom they organized permanent Turkish-Hungarian friendship parades.[45] The pro-government newspaper Az Est, which took over the article stood up for the impartiality of the Hungarian politician. In order to protect the politician, statements were also published from Tevfik Rüsdi the Turkish Foreign Minister regarding the decision of the League of Nations[46] as both the committee and Pál Teleki undoubtedly acted in its best conviction, and both the Turkish and English Government owed their sincere thanks and gratitude to the committee in this delicate case.[47]

The final version of the report was published by the Commission on 16 July 1925 and printed in 2000 copies.[48] However in the political arena the report did not bring the results expected by Teleki, for the scientific work and the chapters on the protection of minorities the commission and Teleki gained greater international fame and recognition than before.[49] Although this was not an undivided success, as the journalist of newspaper Budapesti Hírlap formulated about the work of the geographer: "(…) the English were angry with him, and the Turks were not happy about him."[50] The announcement of the report has produced a strong patriotic reaction in the Turkish press. The Constantinople Cumhuriyet describes the British case as artificial, inconsistent, and founded upon imperialism and oppression. It derides the British arguments as mere propaganda and complains that the British purposely put every obstacle in the way of the Mosul Commission and persecuted those who voted in favor of Turkey. The newspaper is even indignant that the British should have raised the question of the fate of the Assyrian Christians. Sonn Saat and Vatan publish a message from Angora describing the ever-increasing tyranny exercised by the British at Mosul asserting many arguments

[39] TÍMÁR, E., *opt.cit*., p. 77.
[40] OGYK SdN/1925. VII. 2.
[41] CSEKE, L., *opt.cit*., p. 42.
[42] A félhivatalos Anglia kifogásolja gróf Teleki Pál moszuli magatartását. In: *Az Est*, vol. 16, No. 172, 1925.
[43] Jövő héten teszik közzé a Moszul-bizottság jegyzőkönyvét. In: *Pesti Napló*, vol. 76, No. 171,1925.
[44] Jövő héten teszik közzé a Moszul-bizottság jegyzőkönyvét. In: *Pesti Napló*, vol. 76, No. 172, 1925.
[45] Teleki Pál a népszövetségi bizottsággal Moszulba utazott. In: *Az Est*, vol. 16, No. 4, 1925.
[46] GÖLLNER, A., Látogatás Tevfik-Rusdi bég török külügyminiszternél a Hotel de la Paix-ben. In: *Az Est*, vol. 16, No. 217, 1925.
[47] Interjú Tevfik Rusdi bejjel. In: *Nemzeti Újság*, vol. 7, No. 198, 1925.
[48] Z. Khanzadan' letter to Pál Teleki, Genf, 06. 22. 1925., MNL, K 37. 1. a) dossier, No. 45-46. documents
[49] Letter from Paul Teleki to Professor J. H. Kramers. Geneva, 13 July 1925 Documents sent by the League of Nations to Teleki to establish the border between Turkey and Iraq relating to its participation in the committee. National Archives of Hungary, Documents of Prime Minister Pál Teleki (1924–1941) K37, 1. a) dossier. No. 20 - 21. documents, p. 58.
[50] A moszuli kérdés. In: *Budapesti Hírlap*, vol. 45, No. 5, 1925.

have been ordered there and that the police are dispersing with whips meeting of persons anxious to demonstrate that Turkey is compelling unwilling inhabitants of Mosul to sign petitions in contrary sense.[51]

Although the Commission adopted the British-Iraqi position in connection with the border, the British side did not wish to introduce the proposed minority measures. Tense diplomatic negotiations began a month and a half later, where only the Turkish side was willing to make concessions.[52] The report on the demarcation of the border between the two states was finally accepted by the League of Nations on the 2nd of September in 1925, but they did not dare to make a final decision. They referred the case to the International Court of Justice in The Hague whereas in the meantime, the Turks, who abandoned the negotiations, turned to weapons and through the 'Brussels line'[53] deported the masses of the population.[54]

The English press published this news and the League of Nations, led by General Laidoner, sent a committee to the area to examine the facts and to put an end to the riot, relying on the authority of the League of Nations. In this excited atmosphere, the Council did not want to decide on the affiliation of Mosul, much less because Turkey guessed the decision will be against their expectations and would not accept it.[55]

The Commission recommended three alternatives. As a first option recommended that Mosul could be permanently attached to Iraq, but only if England assumes the Iraqi mandate for another 25 years. If England did not undertake this, Mosul would be given to Turkey, and if England did not go into it, they would divide the disputed area. According to the division, the oil resources would have been given to Turkey. The Turkish government was aware that England would undertake to extend the mandate and was also aware that the League of Nations would not decide against England. Turkey dared to bring the case to the League of Nations because hoped to hold a referendum in this case the victory. However, none of the commission's three proposals was for a referendum.[56]

The League of Nations did not want to decide in September and, in order to postpone it, asked the Hague tribunal for an opinion on whether the forthcoming decision of the League of Nations was binding on the parties and the decision must be taken unanimously or by a majority. The Court of Justice has ruled that a unanimous decision of the Commission binding on the parties, but the parties cannot take part in the vote.[57] In December the Commission could no longer procrastinate the well-known decision that the council would judge the Mosul area to Iraq[58], i.e., England. Three conditions were further set out: 1. the English government must maintain the Iraqi mandate for another 25 years, 2. in public administration Britain must provide the Kurdish population with the same guarantees as established by the committee, 3. Britain has to accept the other proposals of the committee in particular as regards measures for reconciliation and the development of trade.[59] Finally the International Court of Justice in The Hague decided on the 16th of December approved the previously established "Brussels line" as the final frontier. The Turkish side did not go to the trial. The Mosul Vilayet went to Iraq, a state over the British were given a mandate for 25 years. Only the 10% of the oil extracted in the area was sentenced to Turkey.[60] The British House of Commons on the 21st of December accepted the Hague decision,[61] while the Turkish government did not recognize the right of the court and the League of Nations.[62] However the new border was in line with the one proposed by the Mosul Commission. Teleki was not happy with the decision, at the point that the Commission has examined most thoroughly and was "forgotten" from the final decision: the situation of minorities. The geographer in the Hungarian National Assembly- in his only speech during the session - sharply criticized the League of Nations and raised the possibility of Hungary exiting from it.[63]

4. Conclusion

"It is in the interest of the whole world to know the Mosul issue thoroughly because it affects not only the fate of individuals but the future of all countries in the Middle East in Asia. If the solution desired by the British government will be accepted in the middle of Asia Minor, England will find a military base in the Mosul area through the great roads connecting Turkey, Persia, and the Caucasus pass, which poses a great threat to neighboring countries. It poses a direct threat to Turkey and Persia, and further to the Caucasus."[64] - stated Tevfik Rüsdi bey in an interview on the Mosul Question. "Just look at the map shows that the solution planned by England will separate Turkey and Persia, and the latter will be squeezed between India and the new British Kurdistan. If the plan succeeds, England will have a monopoly over the whole of Pre-Asia. England now wants to make this large-scale effort. While other Western powers deal

[51] Advocate of Peace. The Mosul Question. vol. 87, No. 9., September 1925.
[52] A moszuli kérdés. In: *Budapesti Hírlap*. vol. 45, No. 205, 1925.
[53] Anglia háborúra készül Moszul ellen. In: Esti Kurir, vol. 3, No. 248. 1925.
[54] A moszuli kérdőjel. In: *Népszava*, vol. 53, No. 287. 925.
[55] Kemál pasa nagy beszéddel nyitotta meg Angorában a Nemzetgyűlést. In: *Az Est*, vol. 16, No. 248, 1925.
[56] A moszuli kérdés. In: *Budapesti Hírlap*. vol. 45, No. 205, 1925.
[57] A hágai törvényszék elé utalják a moszuli konfliktust. In: *Esti Kurir*, vol. 3, No. 210, 925.
[58] A moszuli kérdőjel. In: *Népszava*, vol. 53, No. 287. 925.
[59] A hágai törvényszék elé utalják a moszuli konfliktust. In: *Esti Kurir*, vol.3, No. 210, 925.
[60] LONGSRIGG, S. H., *Iraq, 1900 to 1950. A Political, Social and Economic History.* Oxford University Press, London–New York–Toronto, 1968, p. 55.
[61] KEITH, A. B., The League of Nations and Mosul. In: *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1926, p. 24.
[62] Moszul és Moszkva. In: *Budapest Hírlap*, vol. 45, No. 284, 1925.
[63] Speech by Pál Teleki at the 456th session of the National Assembly. In: *Napló*, vol. 35, No. 10-11, 1925, p. 250.
[64] A Népszövetség megkezdte a moszuli kérdés tárgyalását. In: *Nemzeti Újság*, vol. 7, No. 178, 1925.

with European and African issues, England is turning its attention to Asia. England also looks further and wants to gain a monopoly on the world's largest sources of petroleum, which are in pre-Asia and extend from Bassorah, the Persian Gulf, and Baghdad to Baku in the Caucasus. This is the policy of the so-called three B (Bassorah-Baghdad-Baku)."- he added.

The significance of the Mosul issue was therefore a global issue. The two neighboring states, Persia and Russia, were just as closely monitored as Turkey. Russia in particular was in aware that Mosul is the first step towards Baku.[65] Therefore, Moscow supported the Turkish position.[66] The decision was in the interests of the security of the two nations."[67] Behind Turkey's attitude on the Mosul issue, the diplomatic correspondent the "Daily Telegraph" discovered Moscow's influence and said on the Iraq issue: "If Britain resigns, it is to be expected that at least two powers, one former ally and one former enemy, will compete for Britain's legacy."[68]

Incidentally, England's position on the Mosul issue was illustrated in an article of the newspaper Financial News also published in Hungary. "England has so far invested Ł 150 million in Iraq and now it is time for this invested capital to profit. This, of course, requires stable unity between Iraq and Mosul. We hope that Mosul, under the leadership of England will soon face a huge boom that will be much greater than it would have been under any other state. Cotton production and the use of petroleum areas have already produced great results. If the League of Nations decides that Mosul will remain under English rule, England will not have to make any further sacrifices, but will only continue to use the capital invested. "[69]

In its final report, the Commission found the British arguments more acceptable than the Turkish ones. In its report, the Commission definitively concluded that the greater part of the population of the disputed territory is undoubtedly Kurd (about five-eighths). The Kurds were therefore numerically the most important factor. If the ethnic argument alone had to be considered, the necessary conclusion would be that an independent Kurdish State should be created, since the Kurds constitute five-eighths of the population. Since the ethnic data were not taken into consideration, the other most important "fact" to be determined scientifically what was the wishes of the Mosul population. It seemed that the Commission's expert, Teleki, tried to map the geographical distribution of the polled population. Considering all the Commission determined that Mosul's people were "more in favor of Iraq than of Turkey," but that this was not due to "any feeling of solidarity"; it was instead on account of economic reasons, and because of the desire to preserve the continuity of the British mandate.[70] In sum, according to the Commission, the Mosul population's priorities were first economic and second political—and only lastly ethnic. The Commission argued that the results of a plebiscite would be determined by the communities' leaders rather than the communities themselves. Ironically, this claim was not raised in the past, when the British solicited the opinions of "representatives of communities" and especially of the Christian representatives. Only once the communities under discussion were Muslim communities, in which the tribal chiefs also assumed traditional religious roles, was the Commission critical of their opinions.

To support the British argument regarding the impossibility of holding a plebiscite, the Commission argued that although the Kurds were by far the largest group, the ethnic mix in the region was so complicated that it would be impossible to draw a border along ethnic lines. But in determining that it was too difficult to draw racial boundaries between Arabs, Turks, and Kurds, the Commission took a problematic approach. In the analytical section of its report, the Commission alluded to "how the three races intermingle and how a mixed population is gradually being formed." Without providing the actual proportion of mixed marriages, the Commission arrived at the conclusion that "so great is the confusion of races" in the disputed territories, that it would be difficult to draw ethnic borders. The Commission also proposed that the Brussels line, which was the border drawn in the middle of the positions of the British and Turkish armies at the end of World War I, be used to solve the frontier problem. This solution divided the Kurds. Accordingly, it seems that the Commission found it easier to draw boundaries that would separate the Kurds from each other than to create boundaries that would separate Kurds from Arabs, who were already divided climatically and topographically.[71] In the end, the British strategy of "employing the League as an adjunct of British diplomacy"[72] proved to be successful, as the Commission's conclusions were clearly pro-British. The Commission rejected a plebiscite in Mosul and drew boundaries between the Arabs, the Kurds and the Turks.[73] In addition, the Commission proposed that the Brussels demarcation line should become the permanent border between Turkey and Iraq. These borders were "practically identical" to those Curzon had proposed much earlier.[74] The Commission awarded Mosul to Iraq on the condition that the British mandate be extended to twenty-five years and that certain guarantees be given to the large Kurdish population. On December 16, 1925, the Council of the League of Nations decided unanimously that Mosul was

[65] Moszkva támogatja Angorát Anglia ellen. In: *Nemzeti Újság*, vol. 7, No. 243, 1925.
[66] A törökök békésen akarják elintézni a moszuli kérdést. In: *Népszava*, vol. 53, No. 213, 1925.
[67] Mustafa Kemál pasa nem küldött delegációt a Népszövetség új ülésére. In: *Az Est*, vol. 16, No. 262, 1925.
[68] Harc a moszuli petróleumért. In: *Népszava*, vol. 53, No. 284, 1925.
[69] A Népszövetség a törökök ellen dönt a moszuli kérdésben. In: *Esti Kurir*, vol. 3, No. 280, 1925.
[70] FO 371/10825-007, E-2533.
[71] SHIELDS, S., *opt.cit*. p. 87.
[72] CRAIG, G. – GILBERT, F., *The Diplomats, 1919-1939*. Princeton Universty Press, 1994, p. 579.
[73] KIBAROGLU, M. – KIBAROGLU, A., *Global Security Watch of Turkey: A Reference Handbook.* Westport, Praeger Security International, 2009, p. 25.
[74] NICOLSON, H., *Curzon: The Last Phase, 1919–1925. A Study in Post-War Diplomacy.* New York: Houghton Mifflin, 1934. p. 328-340.

a part of Iraq, with a permanent border to be drawn along the Brussels line. In addition, the Council instructed the mandatory government of Iraq - along with the British, as the mandatory power - to guarantee that officials of the Kurdish be appointed for the administration of their country. The Council also instructed that the Kurdish language would be the official language in the Mosul administration and especially in the schools and the courts, and it stated that Kurds would be allowed to take part in the administration of Iraq.[75] Although the Commission criticized a few British arguments, it concluded with a pro-British stance that favored the status quo in the region. The Commission thought that the British successfully understood the wishes of Mosul people, and that it was therefore unnecessary to conduct a plebiscite. The Council's decisions spelled an end to the "scientific" discussions regarding the plebiscite, and the self-determination principle in the service of the military status quo. The League of Nations was given the opportunity on the affiliation of the disputed territory of Mosul to considering the Wilson's points and ethnic relations - make a decision that suits its own objectives. However, in this case it was also proved that behind the well-articulated ideas are superpower interests. What mattered primarily in the decision? The economic interests: the vital railway line and the increasingly important role of oil to Britain.[76]

Therefore, the Commission primarily wanted a non-political decision to bring, and stressed that scientific research cannot give basis for a political decision. In my opinion the 'unsuccessful outcome', the relatively awkward final decision on such a delicate matter likely came from the situation that the delegated governments were even more pleased with the 'ineffectiveness' of the mission's work, because all three states wanted to stay in good relations with England, but also did not want to lose Turkey's commercially exploitable sympathy. Although it is difficult to determine how the fate of the area and even the Middle East would have changed if the decisions of the League of Nations and Court of Justice in The Hague considered the Commission's proposals on the minority rights. It might be interesting to examine the current situation in the region in the light of the proposals of the Mosul Commission as the serious religious and ethnic conflicts led to the occupation of the city in 2014 and became one of the centers of the terrorist organization the Islamic State until its fall in July 2017.

[75] OGYK SdN/1925. VII. 2. Mosul Report. https://www.ogyk.hu/hu/e-forrasok

[76] KIBAROGLU, M. – KIBAROGLU, A., *Global Security Watch of Turkey: A Reference Handbook.* Westport, Praeger Security International, 2009, p. 25.

Susanne Beck/Stephan Meder (Hg.)

Jenseits des Staates? Über das Zusammenwirken von staatlichem und nichtstaatlichem Recht

Göttingen: V & R unipress, 2021, 230 S.

Wie verhalten sich außerstaatliche Normenregime zu staatlichen Rechtssystemen? Die Selbstregulierung verschiedener Felder und staatliche Normengeflechte lassen sich in ihren Funktionen, im partiellen Zusammenwirken und in den Konflikten wissenschaftlich nicht leichthin durchdringen. Es ist ein Forschungsfeld, das mehrere Bereiche von der Rechtsgeschichte bis zur aktuellen Rechtsentwicklung berührt und betrifft.

Die von Susanne Beck und Stephan Meder (Leibniz-Univ. Hannover) edierten, divergierenden, aber durch das übergreifende Erkenntnis-Interesse verknüpften und genährten Ergebnisse der Ring-Vorlesungen präsentieren fundamentale, rechtshistorisch, zivil-, straf-, wirtschaftsrechtlich und soziologisch intendierte Ansätze zu einer bedeutsamen Debatte. Die vielseitigen Analysen widmen sich der Eigenlogik normativer Systeme, den gegebenen oder zunehmenden Entkoppelungen von nationalen oder internationalen Regelungssystemen.

Das im Anschluss an Talcott Parson entwickelte, theoretische soziologische Normen-Gefüge des sog. AGIL-Schemas im Unternehmenssystem der Wirtschaft (Dirk Baecker) bietet für die engere Frage der Zusammenhänge von staatlichem und nichtstaatlichem Recht allenfalls einen eher abgehobenen, eigenlogischen Erwägungen und Ableitungen verpflichteten Überbau von unjuristisch gesehenen und auch nicht moralisch verstandenen „Normen“ als „Leitbilder“.

Alte und neue Fragestellungen beherrschen Bereiche, in welchen „regulierte Selbstregulierung“ in Gestalt neuer Materien wie dem *extraterritorial law* als Problem der Anwendung nationalen Rechts auf Auslandssachverhalte zunehmend auftaucht (Stephan Meder/Claudia Kurkin). Die Problemfelder extraterritorialer Praxis - zwischen *Judicial territorialism und Sustainable Development Goals* mit den aufgefächerten, grundsätzlichen Zielen von Grundrechten und Umwelt werden, auch in historischen Ableitungen und Exkursen, expliziert – mit grundsätzlichen Ansätzen hin zu an *aequitas* orientierten Ausnahmen vom territorialem *jus strictum*. Durch Globalisierung und Digitalisierung verstärken und erweitern sich Problemlagen. Sie sind zwar auch Gegenstand traditionellen, historisch gewachsenen Internationalen Privatrechts, produzieren jedoch, wie die Studie zeigt, weitergehende, nicht allenthalben gelöste Fragestellungen.

Reflexionen über historisch übernommene, durch Gewohnheit entwickelte, von oben oktroyierte oder gar selbstregulierte Rechtsquellen lassen die produktive Perspektive zu auf Genese und Gestalt geschichtlicher Lehren und Institutionen – bei Gustav Hugo das verschriftlichte Produkt „faktischer sozialer Interaktion“ (Christoph Sorge). Diese luzide Sicht auf Hugos vertieft in Augenschein genommene Rechtsquellenlehre im Kontext der „Franzosenzeit“ deutet das vielschichtige Werk als Plaidoyer gegen Absolutismus und staatszentrierten Bonapartismus für ein „Recht, das sich so ganz von selbst macht“ - in dieser eingängig-locker anmutenden Formel womöglich dann missverständlich, entspräche sie nicht den fein ziselierten Grundlagen einer hier präsentierten komplexen Rechtstheorie. Sie wird u.a. in der Auseinandersetzung etwa mit zeitgenössischen Rechtslehrern, auch mit Hegel, in neuer Betrachtungsweise vorgestellt. Ihr zufolge vermochte die politische Intervention des Code Napoléon die Quellen des römischen Rechts oder des Gewohnheitsrechts nicht zu verstopfen oder zu ersetzen.

Konkrete, aktuelle und diskutierte Beispiele von Selbstregulierung als Alternative zum staatlich gesetztem Recht: als vertrautes Gelände die Versicherungswirtschaft (Alexander Djazayeri) mit ihren Statuten der Verbände und Unternehmen, einem Verhaltenskodex für Vertrieb und Datenschutz, handelsgebräuchliches ungeschriebenes Rückversicherungsrecht und Prozeduralisierung durch autonome Verfahrensregelungen liefert sie reiches Anschauungsmaterial für recht problematische autonome Gestaltungsräume. Ob damit aber wirklich die Interessen von Unternehmen und Versicherungsnehmern *gleichmäßig* besser berücksichtigt werden (S. 96)? Nach dem bekannten pointierten Wort, dass oft einige gleicher sind als andere, ist der, welcher Versicherungen und derjenige, der Prämien nimmt, keineswegs im gesicherten Stand eines gleichgerechten, selbstregulierten Privilegs. Auch wenn z.B. Allgemeine Geschäftsbedingungen dieses Zweigs der Aufsicht unterliegen, so ist doch deren Wirkungsmacht aus diversen Gründen, die zu diskutieren wären, nicht sonderlich durchschlagend. Wenn ansonsten Verhaltenskodizes nicht allgemein, sondern nur für beigetretene Unternehmen gelten, werden die kritisch zu befragenden Grenzen eines nicht sonderlich streng geachteten *Code of Conduct* zudem mehr als deutlich.

Im Gegensatz dazu bietet die komplementäre Regulierung im Arbeitsrecht „*das* Referenzgebiet“ für private, normativ wirkende Selbstregulierung (Roland Schwarze). Mit der normativ durchtränkten primären und sekundären Selbstregulierung (Tarif-, Betriebsautonomie, Dienst- und Betriebsvereinbarungen etc.) wird die komplementäre Zuordnung zur staatlichen Regulierung und der jeweilige sachlich gebotene oder genutzte Spielraum offenbar. Autonomie erscheint hier als verdichtete Abhängigkeit von Normensystemen, die in Bezug auf Genese und Kontrolle von stärkeren Zusammenhängen als in anderen Feldern charakterisiert ist.

Kompensatorischer Schutz gehört zu den Erfordernissen der Dysfunktionen von Vertragsautonomie. Er bedarf der sozialstaatlichen Regulierungsgebote, der Stärke der Akteure und ggf. auch der staatlich notwendigen Schließung von Wirkungslücken. In diesem Forschungsfeld lassen sich Kontexte vielleicht am leichtesten aufzeigen, zumal auch die historische Forschung der arbeitsrechtlichen Entwicklung vergleichsweise weit reicht.

Wie sich neue Formen regulativer Kooperation im Kommunikations- und Strafrecht bewähren oder nicht bewähren, vermag die interessante Spannung zwischen privaten Regelsystem und dem Strafrecht zu identifizieren (Susanne Beck/Maximilian Nussbaum). Wie stellt sich das noch in der Erprobung befindliche Verhältnis von Gemeinschaftsstandards sozialer Netzwerke zum Strafrecht im Kontext des NetzD-Strafrechts dar? Der kritische, dogmatische und kriminologisch-sozialwissenschaftliche Blick vermag Inkongruenzen zwischen privatrechtlichen und strafrechtlichen Maßstäben aufzudecken. Danach scheinen Normen und Praxis noch auf einem Trampelpfad in mehr oder weniger „sauberen" Kommunikationsräumen mühsam sich zu bewegen, in welchem ökonomisch motivierte Akteure privater Selbstregulierung plus staatliches Kontrolldefizit wenig dazu beitragen, mit gesellschaftlicher Transparenz ein System sozialer Regeln im Netz zu entwickeln. Solche subtilen Analysen von regulierten „Kooperations-Designs" im Netz von Selbstregulierung und Selbstermächtigung unter schwächlich normativ gestylter Aufsicht, gekleidet ins härene lückenstarrende Gewand staatlicher Kontrolldefizite vermitteln innovative Perspektiven auf enge Zusammenhänge von „technologischer Faktizität" und „kontrafaktischer Garantien" (S. 57).

Fragmentarischer Zustand und offensichtliche Aporien des Völkerstrafrechts in Verbindung mit dem Internationalen Strafgerichtshof, mit Strafvollstreckung und Strafvollzug jenseits des Staates - besser verstanden als: jenseits eines *einzigen* Staates - tangieren Fragen der Zurechnungsnormen, eines Kodex von Tatbeständen und das Konzept einheitlicher Sanktionsrealisierung (Georgia Stefanopoulou). Das in der Regel höhere Interesse an spektakulären, meist lange post factum stattfindenden Prozessen vor dem IStGH und seinen Strafaussprüchen verflacht dann eilends zum Desinteresse am Strafvollzug, der sich unter differenten Umständen meist im jeweiligen Ursprungsland abspielt.

Der als aktienrechtlich bedeutsam geltende „Corporate Governance Kodex" (DCGK) kann als Exempel für die fragwürdige Genese von Rechtsgeltung ohne staatliche Rechtsetzung dienen (Petra Buck-Heeb). Wenn Freiwilligkeit und Sanktionsmangel – mit dem Güte-Siegel des BGH – als Charakteristikum eines verfassungsrechtlich ohnehin problembelasteteten selbstgeschaffenen Rechts der Wirtschaft fungieren, bleibt die instruktiv vorgestellte akademische Debatte der *Comply-or-explain*-Mechanismen (§ 161 AktienG) vergleichsweise kraftlos für Rechtspolitik oder Praxis – bis hin zur bekannten Folgenlosigkeit von „Diversity Management" oder Angemessenheit von aktienrechtlich seit jeher gnädig abgesegneten Vorstandsvergütungen. Die damit formulierte Kritik ist einmal mehr bemerkenswert.

Faktisch, rechtlich und aktuell bedeutsam nimmt sich die Vorstellung von staatlich regulierter Selbstregulierung in Gestalt von *Compliance Monitorships* aus. Für den VW-Konzernjuristen Malte Wilke liegen die minutiös gepriesenen Vorzüge von monetär unterfütterten *Non-Prosecution-Agreements* auf der Hand. *Compliance Monitorship, Plea-Agreements* und (strafrechtliche) Sanktionsfreiheit für deviante Unternehmen haben in den USA - auch kritisch diskutierte - Tradition. Compliance Systeme standen 2021 sogar Pate für ein gescheitertes deutsches Verbandssanktionen-Gesetz. Die Frage bleibt, ob Wilkes kenntnisreich, mit allen Nuancen und Finessen detailfreudig und fast begeistert vorgestelltes US-System tatsächlich ein so nachahmenswertes Vorbild sein sollte. Prävention und Ahndung von abweichendem Verhalten wohlorganisierter kriminogener Protagonisten (oder gar von Gangs in Klein- oder Großindustrien) mittels penibel ausgehandelter namhafter Bußzahlungen in Millionen- oder Milliardenhöhen wären meines Erachtens in ihren faktischen Effekten erst noch notwendiger Gegenstand von weiterer Forschung und Evaluierung, bevor eine rechtspolitische Imitation einer rechtlich fundierten Bußgeldindustrie als Rezept probate Vorsorge und zivilistisches Medikament massenweise sich anböte. Immerhin stehen Interessen von Eignern, Staat, Wirtschaft und Gemeinwohl bis hin zu historisch und sozialwissenschaftlich seit langem intensiv Ergebnissen von Kriminologie und Strafrechtsdogmatik in speziellen Gemengelagen heutiger Entwicklungen auf dem Prüfstand. Die Lehren aus der Praxis von Monitoring scheinen so fragil zu sein wie die Effekte auf unternehmerische Praktiken. Das könnten die neueren Enthüllungen und Debatten etwa nur um Facebook aufzeigen, das trotz bekannter Agreements mit staatlichen Instanzen in den Vereinigten Staaten und Bußgeldvereinbarungen offenbar wiederum eigene Wege geht, die durch Whistleblowing sogar das US-Parlament jüngst erreichten.

Die Zweispurigkeit von staatlichem Recht und privater Normsetzung steht im Zentrum der Kooperation von Staat und organisiertem Sport (Klaus Vieweg). Haftungsfragen, Doping und Immissionsschutz bilden hier den begrenzten Ausschnitt vielfältiger Probleme der „Flickenteppiche" unterschiedlichster Regelungen, welche statt durch staatliche Normen und Systeme über relativ untangierbare privatautonome Verbands- und Monopolstrukturen geprägt werden. Sinn und System solchen Sportrechts wird hier tendenziell vergleichsweise beifällig kommentiert. Gewiss kommt ihm eine Entlastungsfunktion zu, auch eine womöglich bessere Sachnähe wegen der Entscheidungsgremien von Sportfunktionären. Das Defizit an staatlicher Normierung oder Kontroll- bzw. Korrekturmechanismen scheint mit populärer oder juristischer Akzeptanz von Kompromiss-Entscheidungen zu korrelieren. Der Hang oder Zwang zu möglichst undurchdringlicher Autonomie der die lichtscheuen Arkana schützenden Strukturen bis hin zu weitgehend intransparenter bis fragwürdiger Verbandsgerichtsbarkeit mit eigenen Mitteln und Maßstäben bilden seit jeher die Signaturen eines medial so beachteten und einflussreichen wie ökonomisch wesentlichen Bereichs.

Wie angesichts der politischen, ökonomischen und populären Bedeutung der organisierten Events im Sportsystem eine Beachtung der Momente und Wertmaßstäbe des allgemeinen Rechts mit verfassungsrechtlicher grundierter Justizgewährungspflicht erreicht werden kann, bleibt weithin offen. Die Realität der nationalen und internationalen Verbandsstrukturen, Entscheidungs-

und Konfliktlösungen entspricht kaum rechtsstaatlichen Ansprüchen auf externistische Transparenz, Einhegung von Monopolen, rechtliche Überprüfung von Vertrags-, Verwertungs-, Arbeits- oder Freizügigkeitsrecht, - vom Steuerrecht oder der Permanenz von Skandalen durch Leaks und punktuelle Aufklärung durch investigative Medien ganz zu schweigen. Die hier gebotene partielle formalrechtliche Bestandsaufnahme vermag immerhin auf einige Ausmaße rechtlicher Defizite und ungelöster Problemstellungen implizit aufmerksam zu machen. Die kritischen Schwerpunkte des Sportrechts bedürfen gerade in punkto Selbstregulierung und staatlicher Normsysteme weitergehender Analysen.

Albrecht Götz von Olenhusen*

* Prof. Dr. jur. Albrecht Götz von Olenhusen, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Deutschland, E-Mail: goetzal@hhu.de

---

Julia Paschwitz

Verantwortlichkeit von Online-Archiven bei überholter identifizierender Verdachtsberichterstattung

Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2021, LXVI und 256 Seiten. Zugleich Diss.jur. Bonn, 2021

A*udacter calumniare semper aliquid haeret*

Überholte Verdachtsberichterstattung über Personen, Produkte oder Firmen kann, wenn sie zuvor durch Namensnennung oder andere Identifizierung geschah, Persönlichkeits- und andere Schutzrechte verletzen, sowie psychische und materielle Schäden bewirken: indem das, was unkorrigiert im Archiv überdauert, unkritisch zu neuem Leben in Medien erwacht und weiter wuchert. Das Problem ist faktisch wie rechtlich von besonderer Brisanz, seit der weithin ungehinderte digitale Zugriff auf Online-Archive schnell und gern als probate Quelle für etablierte und andere, besonders für soziale Medien dienlich ist.

Die scheinbar wahren, aber nicht durchweg zutreffenden Fakten eines weltweites Aufsehen erregenden Falles – Formel 1 Chef Max Mosley *vs* News of the World - sind bekannt. Seine Beurteilung durch Gerichte in Großbritannien und vor Gerichten der EU soll hier nicht erneut aufgerollt, sondern nur als ein Exempel genannt werden: in welchem es sich um heimlich aufgenommene intime private publizierte Video- und Fotomaterialien und Zeitungsartikel (ohne behauptete nationalsozialistische Konnotationen bei seinen sexuellen Eskapaden) handelte.[1] Der Zusammenhang mit seinem Vater, dem britischen Faschistenführer Sir Oswald Mosley hatte das offenbar fälschlich nahegelegt, lange via Google zu besichtigen.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat nun schon mehrfach das so genannte Recht auf Vergessenwerden nach der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) anerkannt.[2] Um das Grundrecht im Internet durchzusetzen, muss sich ein Betroffener an die jeweiligen Suchmachinenbetreiber wenden. Hier geht es um unrichtige, veraltete, überholte, als wenig erfreulich oder persönlichkeitsrechtlich gar nicht oder nicht mehr hinnehmbar empfundene Daten, Bilder, Fotos, Filme, Kommentare oder andere Beiträge. Dass der „digitale Radiergummi", *the right to be forgotten*, nicht weltweit wirkt, hat der EuGH 2019 dekretiert. Das brisante Thema ist Gegenstand zahlreicher Forschungen verschiedener Disziplinen.[3] Es tangiert auch und nicht zuletzt die Historie, die Zeit- und Rechtsgeschichte, den Medienalltag jener Postillen, die auf Sex & Crime abonniert sind, je mehr alle Disziplinen auch auf das kulturelle Gedächtnis von digitalen Archiven, von Plattformen im Netz, auf digitalisierte Akten- und Archivbestände zurückgreifen.

Die jüngst veröffentlichte Bonner Dissertation (Betreuerin: Louisa Specht-Riemenschneider) verficht die These, dass, um einen Interessen-Ausgleich zwischen betroffenen Beteiligten herzustellen, die Verantwortlichkeit von Online-Betreibern zu erweitern sei. Pflichten-Überwachung durch europäische Aufsicht sei überdies angesagt. Die eindringliche Studie präsentiert deskriptiv und definitorisch, was Online-Archive, Suchmaschinen und die neuere Judikatur zur rechtmäßigen Bereitstellung von Nachrichten auf Abruf zu bieten haben.

Das Rechtsproblem, dass Nachrichten durch Zeitablauf und andere nicht beeinflussbare, unvorhergesehene Umstände nicht nur an Relevanz verlieren oder gewinnen, sondern in punkto absoluten oder relativen Wahrheitsgehaltes oder objektiver Rich-

[1] Vgl. dazu NLMR 3/2011 – EGMR; LG Hamburg U.v.24. 1. 2014 324 O 264/11 - openjur 2014,3249 (nach Rechtsmittel verglichen. Die anrüchigen Bilder waren weltweit bei Google konserviert zu besichtigen).

[2] EuGH 13. 05. 2014 C 131-12, vgl. ferner Jure Globocnik: The Right to Be Forgotten is Taking Shape, In: GRUR INT 2020, 380-388; vgl. auch Ruben A. Hofmann in: MR 2020, 247 zu BVerfG Recht auf Vergessen II.

[3] Siehe unlängst die Arbeit von Murad Erserbetci: Einführung der EU-Datenschutz-Grundverordnung: Auswirkungen und Handlungsempfehlungen für die Unternehmensbereiche, Geschäftsleitung, Personal sowie Informationstechnologie. Zugleich Diss. Luxemburg, DBA 2020, in: Andre Reuter/Thomas Gergen (Hg.), EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement, herausgegeben vom European Institute for Knowledge & Value Management (=EIKV), Luxembourg, volume 43, Luxembourg 2020.
https://ideas.repec.org/b/zbw/eikvsw/43.html [01. 02. 2022].

tigkeitsgewähr dem Zahn der Zeit stets ausgeliefert sind, ist überhaupt nicht neu. Vorverurteilung durch Aufrechterhaltung von Verdachtsmomenten, Prangerwirkung und Stigmatisierung entfalten weiterwirkende Beeinträchtigung, wenn kein Schutz gegen Zugriff auf nunmehr unrichtige, weil veraltete oder aus anderen Gründen korrekturbedürftige Daten oder Dokumente gewährt wird. Sie waren oder sind einmal wahr gewesen, jetzt aber in Händen naiver, flüchtiger, sorgloser oder boshafter Nutzer ein gern genutztes Instrument, einem früheren totgeglaubtem Verdacht in aktuellem Gewand neues Leben einzuhauchen – ein schlichtes Zitat kann ungeprüft so nicht nur wahre Wunder, sondern wenig zauberhafte Unwahrheiten oder öffentlich weiterwabernde Gerüchte bewirken. Dennoch ist *the right to be forgotten* eine Notwendigkeit: Denn anderenfalls kämen auch nach vielen Jahren oder Jahrzehnten längst getilgte Straftaten ans Licht der Sonnen, peinliche Affairen, ein Blick auf intime, lang ausgelöschte Fotos oder heimlich archivierte Filme tangierten womöglich selbst die inzwischen allersauberste Unschuldsvermutung. *The net does not forget*.

Die bislang entwickelten Grenzpfähle gegen öffentlich verkündeten falschen Verdacht erschienen auch Juristen lang als völlig hinreichend.

Absolute Schutzrechte wie Persönlichkeits-, Bild- oder Resozialisierungsrechte nebst Informationszugangsbefugnissen und Informations- und Meinungsfreiheit geraten in die nun gerade nicht neuen, aber jetzt qualitativ und quantitativ brisanteren Interessenkonflikte. Der Rechtsordnung konnte durch normative Modelle, vor allem durch neue Rechte wie das innovative „Recht auf Vergessenwerden" erfolgreich gelingen, grundrechtliche Abhilfe zu schaffen – etwa gegen das in Permanenz tagende, gusseiserne Gedächtnis von Google, welches sich von lästigen Folgen seiner Nutzung am liebsten großmütig freizuzeichnen trachtet.[4] Riesige Datenmengen von Panama Papers bis Pandora Papers, um nur solche zu nennen, vermitteln zuweilen sogar allgemein zugänglich fragwürdige oder der Interpretation und Einordnung bedürfende Informationen.

Anonymisierung, Pseudonymisierung, Sperren oder andere technische Mittel, die namentliche oder sonstige begriffliche Suche zu unterbinden, haben sich als nicht recht durchführbar, als enorm kostenintensiv oder als so löcherig erwiesen, dass sogar in europäischem Maßstab der Diskurs um eine angeblich überfällige Reform nicht verstummen will.

Das von der EU-Judikatur entwickelte *right to be forgotten* hat in beachteten Entwicklungsschritten durch EuGH und BVerfG Anerkennung und Ausformung gefunden. Es wirkt als ein möglicher Schutzwall vor allem gegen Berichte über Personen, die durch Portale für jeden namentlich auffindbar und womöglich skandalisierbar sind. Der BGH hat in jüngster Zeit seine bisherige Judikatur dem EuGH anpassen müssen. Ein *right to delisting* hat Löschungsmöglichkeiten erweitert. Dennoch ist deutlich, dass persönlichkeitsrechtlich fundierte Grundrechtsinteressen auch bei nachteiligen Presseveröffentlichungen fortdauernde öffentliche Interessen nicht *generell* überwiegen. Der BGH hat dazu sehr konkrete und pragmatisch handhabbare Kriterien entwickelt.[5]

Als Dauerproblem bleibt die Not der Abwägung en Detail und im Einzelfall zwischen Recherche-. Meinungs-, Informations- und Unternehmensfreiheit erhalten. Werden Korrektur oder Löschung abgelehnt, bleibt nur das Forum der Gerichte. Das macht faktischen wie rechtlichen Schutz schwer kalkulierbar, für Lieschen Müller & Otto Normalverbraucher finanziell kaum erschwinglich. Man überantwortet den Kläger dann ohnehin der langen harten Bank der Justiz mit ihren so oft beklagten Unwägbarkeiten. Auch wird der Online-Archivbetreiber nach Art. 85 DSGVO gesetzlich besonders privilegiert: Datenschutz und Art. 5 GG müssen in einträchtiger Harmonie existieren: So verlangt es das Datenrecht. Wie ist dem Dilemma beizukommen? Der nicht hinreichende Schutzeffekt durch den Pressekodex lässt, wie die Verfasserin treffend aufzeigt, Schutzlücken sperrangelweit offen.

Das liegt freilich in der „Natur der Sache". Denn das von den Medien weithin selbst geschaffene, nicht gesetzlich abgesicherte und kaum durch Sanktionsbefugnisse angereicherte, meist nur nachträglich müde eingreifende „Standesrecht" der Branche war nie ein scharfes Schwert, sondern ein luftiger Schleier für lässliche Sünden - fast immer ohne gravierende Konsequenzen: Man weist *post festum* hin, eine leichte Rüge, und alles ist vergeben und schnell vergessen. Offen zutage liegende Defizite (bleibender Verdacht bis Rufmord wiederkehrend und ohne Chance auf Restitution oder Herstellung von ruinierter Reputation) sind zwangsläufige bleibende Folgen.

In Anlehnung an das NetzDG, dessen Rechtmäßigkeit noch immer in Frage steht, sollen Lücken durch Organisationspflichten geschlossen werden. Sie müssten in Zukunft dem Online-Archivbetreiber auferlegt werden. Damit wären dann Melde- und Anzeigefunktionen und ein Beschwerdeverfahren verbunden. Aber lehrt nicht gerade die bisherige Erfahrung mit diesem Gesetz, dass es, schwach renoviert und von der erbarmungslosen Realität von Hass und Hetze überholt, den Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen, Häme, Schmähkritik und „Hate Speech" im weithin zugänglichen und dauerhaft fragwürdige Wirkung zeitigenden Netz bei weitem nicht gewährleistet?

Der Vorschlag der Arbeit plädiert einmal mehr für ein angeblich heilsames Technikformat; dafür fand man bereits eine elegante Definition: *data protection by design* oder auch genannt *privacy by design*. Damit wird eine aufwendige Organisationspflicht für die Implementierung von Persönlichkeitsschutz postuliert. Unterlassungs-, Löschungs- oder Gegendarstellungsrechte würden auf diese Weise ins wohlgehütete und so profitable Feld der Online-Archivbetreiber auf andere Art und Weise präventiv oder reaktiv so integriert, dass die überholte Realität unzutreffender, womöglich rechtswidriger oder jedenfalls nicht mehr verwertbarer Daten & Fak-

[4] Jan Wiesmantel: Das „Recht auf Vergessenwerden" im Internet nach dem „Google-Urteil" des EuGH – Begleitung eines offenen Prozesses, Berlin 2017; Carin Becker: Das Recht auf Vergessenwerden. Tübingen 2019.

[5] BGH Urteil v. 27. 7. 2020 VI ZR 405/18 – ASB Mittelhessen; EuGH Urteil v.24. 9. 2019 – C 136/17 - NJW 2019, 3503ff: EuGH NJW 2019, 3499; BVerfG NJW 2020,314 – Recht auf Vergessen II.

ten sich nicht zum Nachteil eines Beschwerten bemerkbar machen soll. Aber wird das ein Rezept sein gegen neugierige, emsig unbelehrbar waltende Suchmaschinen, die ungefiltert auch älteste Speicher nur so zu leeren vermögen, wie sie mit ungesäubertem Leergut der Namen und Suchbegriffe einst angefüllt wurden?

Hier soll demnach eine speziell ausgeformte, neu wirkende, aber doch letztlich dogmatisch althergebrachte *Verkehrssicherungspflicht* sich als Modell anbieten. Auf dem legalen Laufsteg mag das, wenn nicht die Judikatur dem Konflikt doch mit anderem Maß und Modus Rechnung tragen sollte, zu einer gesetzlichen Novelle führen. Der Verfasserin schwebt als Wachhund obendrein eine zentrale EU-Aufsichtsbehörde vor. All dies könnte womöglich nur über eine EU – weite Norm allmählich an Statur und Struktur, mit bürokratischer Präzision und mühsam an technischen wie rechtspolitischen Klippen vorbeigesteuerter Dampfer-Fahrt gewinnen.

De lege ferenda werden in der Arbeit diverse normative, technische und institutionelle Scheidewege sachkundig und ausführlich diskutiert.

Es bleibt der prinzipielle Einwand, dass Online-Archiv- und Suchmaschinen-Betreiber als solche selbst *a priori* keine Gefahrenquelle eröffnen oder unterhalten und dass sie in aller Regel nach Anlage und Intention keine Ursache setzen, dass ein einmal archivierter Bericht, ein Bild, Film oder Dokument sich durch Umstände der zeitlichen Distanz oder veränderte Entwicklungen, Erkenntnisse oder Erfahrungen, durch neue Quellen, Experimente, Daten oder wissenschaftliche Entwicklungen als unrichtig, unwahr oder überholt erweist. Den Schaden richten Nutzer an. Der Nutzer, jeder Journalist, das jeweilige Medium ist niemals der eigenen Prüfung und Sorgfalt enthoben. Ein Archiv ist per Definition weder investigativer Akteur noch per se arglistiger Aktivist im lukrativen Skandal- oder intrigantem Verdachtsgeschäft. Die stumpfsinnige Suchmaschine ist nichts als ein äußerst findiges Instrument im mit Ewigkeitswert bedachten Gedächtnis der als erinnerungswürdig aufbewahrten Materialien. Es liefert, doch es recherchiert und prüft nicht selbst und es bewertet oder korrigiert auch nicht von selbst. Man ist mit Registratur und Verwaltung vollends ausgelastet. Wer selbst etwa durch Eingabe von Arsen keine Ursache setzt, ist rein rechtlich nicht ohne weiteres auch ein deliktischer Betreiber einer hochgiftigen Gefahrenquelle. Warum also sollte ein Unschuldsengel haften und wie und wofür? Wo, so fragt sich, sucht und findet man die eigentlichen Brunnenvergifter, die losen Informanten und dubiosen Quellen? Wer muss, wer darf sie beseitigen? Und Wie schnell, nachhaltig, auf welche Art und Weise?

Wen keine vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtwidrigkeit trifft: weshalb soll oder muss dessen Verantwortung und Haftung erweitert und mit unabsehbarem Kostenaufwand belastet werden? Schadensersatz soll ohnehin in dem gradlinigen Modell der Verfasserin keinen Platz finden. Doch gerade um Reputationsschäden geht es primär oder letzten Endes in den meisten Fällen unrichtig erhobener Medien. Verdachtsschäden zu vermeiden ist im Grunde eine Pflicht oder Obliegenheit von medialen Nutzern von Archivgut. Öffentliche unliebsame Folgen unrichtiger, überholter Verdachts-Reportagen mit ihren denkbar enormen Schäden sind jedenfalls angesichts der im Vergleich mit Großbritannien oder den USA eher schmäleren deutschen Schadensersatzsummen kaum einmal zu kompensieren. Archive sind Sammeldepots und keine Reparaturbetriebe für materielle Vermögensverluste oder seelisches Schmerzensgeld.

Solche schwerwiegenden, schon immer diskutierten Argumente sind bekanntlich seit längerem auf dem Gabentisch der Gesetzgeber oder naheliegende Garanten für noch nicht ausgeräumte Zweifel an vertretbaren Lösungen. Die Studie liefert deutschen und europäischen Diskussionsstand im Kontext (allerdings nach dem Stand vom Oktober 2020).

Weil nach Julia Paschwitz Ansprüche auf Unterlassung, Löschung und Schadensersatz gegen Online-Archiv- und Suchmaschinen-Betriebe evt. ganz ausscheiden sollen, wird sich eine (überholte) Verdachtsberichterstattung angeblich nicht unterbinden, allenfalls minimieren lassen. Traditionelle Presse-Archive haben allerdings sich für ihre mehr oder weniger spektakulären Bereiche im Blick auf überholtes, fragwürdiges oder konfliktives Archivgut einen recht simplen, preiswerten, schlichten Sperrvermerk eingerichtet oder einen korrigierenden Nachbericht vorgezogen, mit praktischem Nutz- und Schutzeffekt gegen gefahrengeneigte Publikationsprodukte der Zukunft, welche älteres Archivgut ungeprüft recycelt. Solche praktischen Exempel sind jedenfalls für Normalbetriebe von Medienarchiven bereits äußerst hilfreich. Für den Forscher, der Archive nutzt, sind allerdings oft gerade auch Ursachen, Hintergründe und Entwicklung von Fehlleistungen interessant. Hier liegen Fragestellungen der Sozial-, der Rechts-, der Kriminalwissenschaften auf dem Tisch. Man ist auf ungeläuterte, ungesäuberte Archivbestände angewiesen. Forschung gründet auf Strukturen, auf Namen, auf Personen -mit und ohne Charakter. Und alle Arkana sind nun einmal das Salz in der Suppe der Skribenten jedweder Art und Güte. Das Recht auf Vergessenwerden sollte die Geschichtsvergessenheit nicht zwingend begünstigen.

Gegenwärtig – und womöglich auch *de lege ferenda* – soll, so eine der krasseren Schlussthesen, bei Abwägungen in der Regel das Interesse der Öffentlichkeit und des Online-Archiv-Betreibers gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht *generellen* Vorrang genießen (S. 255)!

Damit gerät solche akademische Arbeit in deutlichen Konflikt mit vom EuGH subtil entwickelten Abwägungskriterien pro & contra „Vergessen“. Auf diesem Wege würde, zu Ende gedacht, wohl auch ein Teil der deutschen Judikatur zum Schadensersatz durch Schmerzensgeld bei schwerer Persönlichkeitsrechtsverletzung durch überholte Verdachtsmitteilung zu Makulatur. Und keinen Betroffenen, sondern nur die Medien würde es sehr freuen, wenn selbst offenbar Unrichtiges nicht mehr, wie bisher, mit dem ja ohne Verschuldensnachweis durchsetzbaren Unterlassungsanspruch am einfachsten korrigiert werden könnte, weil öffentliches Interesse alles prinzipiell überwöge. Würde damit nicht sogar das ehrwürdige Institut der faktisch fokussierten Gegendarstellung auf dem Altar öffentlicher Interessen geopfert? Das auf Abwägung hinauslaufende Prüfungsprogramm sollte angesichts

widerstreitender Rechtspositionen von ähnlichem Gewicht doch besser beibehalten werden. Prinzipiell ist nach EuGH und nach BVerfG (1 BvR 16/13 und 1 BvR 276/17) die „Auslistung" vom deutschen Bundesgerichtshof nicht generell zugesagt worden. Ein Anspruch bedarf der Abwägung im Einzelfall.[6] Das BVerfG hat in den Entscheidungen „Recht auf Vergessen" I und II maßgebliche Leit-Linien gezogen für den Umgang mit Altmeldungen durch Suchmaschinenbetreiber und in Online-Archiven. In dem vielen noch bekannten Mordfall aus dem Jahr 1981 ging es um Berichte im Online-Archiv des SPIEGEL. Hier überwog angeblich nach längerem Zeitablauf das Interesse des Betroffenen. Im zweiten Fall siegte das Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Doch die ambivalenten Kriterien sind für Verlage, für Online-Archive und Suchmaschinen-Betreiber nicht leicht zu beachten und zu wahren. Die Judikatur jedenfalls lässt ein öffentliches Interesse nicht *generell* die Oberhand gewinnen. Es ist auch sehr die Frage, inwieweit die sich abzeichnenden Linien der europäischen Judikatur auf Nachrichten-Portale oder auf soziale Medien sich übertragen lassen, ganz zu schweigen auf Webseiten.

Der an dem relevanten, brandaktuellen und komplexen Thema des deutschen Medienrechts interessierte Leser wird durch die vorgestellte instruktive Forschungslandschaft und durch detaillierte Deskription und Würdigung der deutschen und europäischen Judikatur bereichert. Die nicht einbezogene und nicht genannte, thematisch naheliegende Münsteraner Dissertation (2019) von *Anna Sophie Heuchemer* zur „Folgenbeseitigung im Äußerungsrecht. Betroffenenschutz bei überholter rechtmäßiger Verdachtsberichterstattung" (Hamburg 2020) bietet bereits eine ähnlich interessante und willkommene Ergänzung.[7] Mit Paschwitz' Erweiterung des Rechts-Designs plus Oberaufsicht einer öffentlichen EU-Institution wird wohl weder der präventive Schutz noch eine effektive Schadensrestitution gegen selbstgeschaffene Lizenzen für medialen Rufmord gewährleistet. Wer immer künftig durch digital und archivisch genährte, überholte Verdachtsmomente negativ betroffen sein wird, könnte das technisch-organisatorische Design als zu wenig hilfreich, als umständlichen Umweg empfinden. Ob und inwieweit dieser *de facto* und *de jure* im juridischen Niemandsland eingeführt werden wird, steht derzeit sowieso nicht fest.[8]

Während der sorgsam geschärfte Blick auf die deutsche und europäische Rechtsentwicklung *de lege lata* und *de lege ferenda* sich auf solchen, schon recht weiten Pfaden erheblich verzweigt und in der EU schon komplexe rechtspolitische Debatten im gelobten Lande der Lobbies und sonstiger organisierter Interessen produziert, in denen kompromissfähige Lösungen noch offen stehen, halte ich *e i n e* wesentliche Einschränkung an dieser Stelle anzumerken für notwendig:

Über die genannten Einblicke hinaus muss die in der Studie ausgeklammerte Sicht auf weniger filigrane Implementierungen der Rechtssysteme im fernen, aber digital so nahen Ausland, also die Einbeziehung künftiger Rechtsvergleiche unvermeidlich sein. Denn der Schutz gegen *„reporting based on suspicion"*, ein *right to delisting* oder zur sog. *forced amnesia* hat etwa in der US-amerikanischen Forschung und im normativen Flickenteppich dieses Landes keine entsprechende Konjunktur. Hier macht sich vor allem der Grundsatz „freedom of expression" breit. Rechtsschutz gegen „suspicious reporting" ist in vielen ausländischen Rechtsordnungen entweder anders, weniger positivistisch oder kaum so effektiv entwickelt, folgt auch anderen Kommunikationsgesetzen und nationalen Voraussetzungen. Das aber hat mindestens faktische Rückwirkungen auf *suspicious reporting* im internationalen Zuschnitt.

Wenn es im Zeichen globaler Archive, verbesserter Zugänge, extensiver Aufbewahrung und weitreichender digitaler Recherchemöglichkeiten investigativer Medien zu „überholter Verdachtsberichterstattung weiterhin in globalem Maßstab kommen wird, was nach aller Erfahrung die Regel ist, weil der Interessent sich an fernen Archiven digital meist kostengünstig oder gratis bedienen darf, dann wird eine europäische Gouvernante den überholten Verdachts-Beeinträchtigungen kaum einen wirksamen rechtlichen, technischen oder organisatorischen Riegel vorschieben können. Eine primär deutsche und europäische Perspektive allein auf rechtliche Remedur gegen „überholten Verdacht" greift gegen global archivierte und ebenso zugängliche Verdachtsinhalte wohl eher zu kurz. Eine Rechtsordnung des Internets und eine Sicht auf konfligierende internationale Rechtssysteme im globalen Informations-Netzwerk könnte die Perspektiven verändern.

Albrecht Götz von Olenhusen*

* Prof. Dr. jur. Albrecht Götz von Olenhusen, Heinrich–Heine–Universität (HHU) Düsseldorf, goetzal@hhu.de

6 BGH VI 405/18; VI ZR 476/18. Die Judikatur zur Speicherung von Berichten in Online–Archiven war und ist nicht immer für die Medien hilfreich und angemessen. Sh. dazu Albrecht Götz von Olenhusen: Medienfreiheit und Persönlichkeitsrechtsschutz in der Online-Berichterstattung. In: UFITA 2014, I, 85-108, hier aus Anlass der Kriminalberichterstattung in Sachen Kachelmann.

7 Die bereits genannte Studie von Carina Becker: Das Recht auf Vergessenwerden, Tübingen 2019, in der besprochenen Arbeit nicht berücksichtigt, präsentiert den Katalog von Abwägungskriterien in der Trias Betroffener– Informationsanbieter-Nutzer, entwickelt die relevanten differenzierten Fallkonstellationen wie zeitgeschichtlich veranlasste Kriminalberichterstattung, Verdachtsberichterstattung, Verfehlungen und differenziert auch zwischen Fremd- und Eigenveröffentlichungen inclusive Netzwerke, Blogs, Foren.

8 Vgl. dazu auch: Michel J. Reymond: The Future of the European Right to be Forgotten, in: Latin American Law Rev. 2019; sh. ferner Alexander Golland: Das „Recht auf Vergessenwerden" unter Geltung der DSGVO: Anwendungsbereich und Rechtsmäßigkeit. In: Datenschutz-Berater 2019, S.234 ff.

Christian Augustin / Thomas Gergen

„von Natur im Besitze des Gedankens selbst". Elmar Wadles Auseinandersetzung mit dem gewerblichen Rechtsschutz und dem Urheberrecht im Deutschen Bund

Homburg: Siebenpfeiffer-Stiftung, 2022, 96 S.

Das wissenschaftliche Werk Elmar Wadles erstreckt sich auf zahlreiche Felder der Forschung, welche von der Rechtsgeschichte des Mittelalters, der frühen Neuzeit bis zum 19. und 20. Jahrhundert reichen. Als ihm die Phalanx deutscher und internationaler Rechtshistoriker zu seinem 70.Geburtstag eine voluminöse Festschrift dedizierte, wurden vor allem seine profunden Leistungen für die Geschichte des Urheberrechts gewürdigt.[1] Diese etwas eingeengte Sicht muss an dieser Stelle einer weiteren Perspektive Platz machen.

Nach Studien in Heidelberg und München, nach der Habilitation in Heidelberg und Tätigkeit als Professor in Bielefeld wirkte Wadle im Saarland mit enormer Ausstrahlung ins benachbarte Frankreich, als Inhaber des Lehrstuhls für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Rechts, als Mitherausgeber der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte und als Gründer der Saarbrücker Forschungsstelle „Geschichte des Geistigen Eigentums". Mit seinen Sammelwerken „Geistiges Eigentum" legte er mehr als nur singuläre „Bausteine" zur Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts vor.[2] Sie sind charakteristisch für die quellengestützte Verbindung von Rechtsgeschichte mit Wirtschafts- und Sozialgeschichte, aber auch durch ihre Einbettung der normativen und faktischen Geschichte des Urheberrechts in die Epoche der zunehmenden Industrialisierung. In dieser so umfassenden wie tiefschürfenden Perspektive werden die engeren Zusammenhänge zwischen Urheber-, Marken-, Patent- und Wettbewerbsrecht nicht lediglich dogmatisch oder primär ideengeschichtlich analysiert, sondern im Kontext der Wirtschaftsgeschichte des 19. Jahrhunderts oftmals exemplarisch so präsentiert, dass sich zentrale Eckpunkte oder Scheideweg einer historischen Gesamtentwicklung wie in einem Prisma anschaulich offenbaren. Auf dem Hintergrunde solcher Pilotstudien zu zentralen Einzelentwicklungen wurde stets ein nach Methode und Durchführung klares Konzept moderner Rechts-, Sozial- und Wirtschaftsrechtsgeschichte deutlich.

Dem bedeutenden Rechtshistoriker sind zwei neue gehaltvolle Studien gewidmet. Sie konzentrieren sich auf gleichermaßen bevorzugte Forschungsgebiete des 19. Jahrhunderts: speziell die Geschichte des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts. Der Historiker und Wirtschaftsrechtler Christian Augustin legt eine Analyse der gewerblichen Schutzrechte, insbesondere des geistigen Eigentums und des Markenrechts vor. Er widmet sich im Kontext einschlägiger Arbeiten Wadles zunächst zwei Vormärz-Juristen, Philip Jakob Siebenpfeiffer (1789-1845), dessen Eigentumsbegriff, und Georg Friedrich Rebmann (1768-1824), mit denen sich Wadle als Kenner der Geschichte des Vormärz ebenfalls befasst hat, dann aber vor allem Wadle selbst als einem bedeutenden Pionier interdisziplinär orientierter Forschung. Seine Arbeiten zu Schutzrechten wie Firmen- und Fabrikmarke sowie zu Warenzeichen seit dem 19. Jahrhundert auf dem Weg zum modernen Marken-, Muster- und Zeichenrecht zeichnen sich durch ihre Verbindung historiographischer, rechtshistorisch akzentuierter wie sozioökonomisch geprägter Grundlagen aus. Sie knüpfen an die bekannten Studien von Ludwig Gieseke zur Rechtsgeschichte des Urheberrechts (1957, 1995) an, weiten aber die Blickwinkel aus, sei es durch urheberhistorische exemplarische Detailuntersuchungen oder sei es durch subtile Einblicke ins gewerbliche Schutz- und Wettbewerbsrecht.

Mit der detaillierten Würdigung der Forschungskonzepte und Ergebnisse zu gewerblichen Schutzrechten im Zusammenhang ihrer Entwicklung im Zeitalter der Industrialisierung liefert Augustin nicht nur einen kompetenten Überblick. Ihm gelingt auch eine angemessene Einordnung und Bewertung der spezifischen Fortschritte historischer Forschung auf einem Gebiet, in welchen Ideen-, Sozial-, Wirtschafts- und Unternehmensgeschichte nicht so oft als integraler Bestandteil moderner Historiographie verstanden werden. Ein Schüler von Elmar Wadle, der heute in Luxemburg als Ordinarius lehrende Thomas Gergen, hat solche dem traditionellen Privilegienzeitalter noch weit bis ins 19. Jahrhundert verhafteten Vorstellungen mit allen Nachwirkungen auf die Rechts-, Wirtschafts-, Politik- und Kulturgeschichte untersucht. Tradiertes elitär und absolutistisch geformtes Privilegiendenken konnte auf solche Art und Weise kameralistischer Gewerbepolitik im Interesse eigener Druck- und Verlagsindustrie jahrzehntelang

[1] Siehe allen voran Martin Vogel, Elmar Wadle und die Geschichte des Urheberrechts: in: Tiziana J. Chiusi/Thomas Gergen/Heike Jung (Hg), Das Recht und seine historischen Grundlagen. Festschrift für Elmar Wadle zum 70.Geburtstag. Berlin 2008, S.1-10. Dort eine Bibliografie seiner Schriften nach dem Stand von 2008 am Ende des Buches.

[2] Elmar Wadle: Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte. Weinheim 1996. Der zweite Band erschien unter dem gleichen Titel (II), München 2003.

noch in einigen deutschen Ländern des zersplitterten Deutschen Bundes, vor allem jedoch in Württemberg, das seit der Mitte des 18. Jahrhunderts grassierende Problem des Nachdrucks normativ, wirtschaftlich und politisch, überdauern.[3]

Der Rechtshistoriker Wadle, der zu „allen Facetten des geistigen Eigentums" gearbeitet hat (Thomas Gergen), zählt zu den herausragenden Gründern einer rechtshistorischen Schule, aus der eine ganze Reihe von ihm vorbildlich ausgebildeter und geförderter Wissenschaftler mit einer Vielfalt von durch seine Methoden und Ansätze geprägten Forschungsergebnissen hervorgegangen ist, zumal sie wie er den entsagungsvollen, aber produktiven Gang in reichhaltige Archive nicht gescheut haben. Man muss sehr bedauern, dass es Wadle nicht mehr vergönnt ist, seine zahlreichen fundamentalen exemplarischen Studien zur Geschichte des Urheberrechts vom Privileg bis zum modernen Recht des geistigen Eigentums anders als geplant in einer speziellen durchgehenden Zusammenfassung und Ausarbeitung vorzulegen. Thomas Gergen hat Wadles fertiges Konzept des Urheberrechts auf dem langen Weg seit dem Privilegienwesen über den partiell strafrechtlichen Nachdruck-Schutz hin zum Urheberrecht der Moderne mit Recht aus dem Vorlass gehoben und erstmals zutreffend beleuchtet.

Nicht fehl geht, wer Wadles stringent durchgehaltene und wirkungsmächtige Forschungsansätze und seine vielschichtigen, methodisch wie substantiell höchst ertragreichen Studien zum Urheberrecht und zum Gewerblichen Rechtsschutz nicht getrennt, sondern als eine untrennbare Einheit, gewissermaßen als erhellende Betrachtung von zwei Seiten einer einzigen Medaille sieht. Die rechtshistorische Forschung vermag so das geistige Eigentum als Gegenstand der Genese vielfältiger subjektiver Handlungsrechte in ihren spezifischen individuellen, monopolistischen oder kollektiven und bedingt sozial schützenden Ausformungen, Ausstrahlungen in kulturelle Felder und Interdependenzen und in einer vor allem ökonomisch geprägten Entwicklung ambivalenter Eigentumsbildungen und Eigentumsverschiebungen in der Geschichte des geistigen Eigentums zu erkennen. Der schillernde Begriff des geistigen Eigentums gewinnt damit nicht zuletzt durch die hier vorgestellten Lehren und Forschungen Elmar Wadles eine besondere, weit über normative Errungenschaft hinaus reichende, vielseitige und vielschichtige Dimension.

Albrecht Götz von Olenhusen*

* Prof. Dr. jur. Albrecht Götz von Olenhusen, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Deutschland E-Mail: goetzal@hhu.de

[3] Thomas Gergen, Die Nachdruckprivilegienpraxis Württembergs im 19. Jahrhundert und ihre Bedeutung für das Urheberrecht im Deutschen Bund, Berlin 2007.

Marek Kuryłowicz

Rzymskie prawo oraz zwyczaje grobowe i pogrzebowe. Studia i szkice.

Lublin: Werset, 2020, 288 S.

Der Lubliner Verlag Werset hat kürzlich eine Monographie von Marek Kuryłowicz mit dem Titel *Rzymskie prawo oraz zwyczaje grobowe i pogrzebowe. Studia i szkice.* (*Römisches Recht, die Grab- und Bestattungsitten. Studien und Skizzen.)*, veröffentlicht. Professor Marek Kuryłowicz ist einer der herausragendsten zeitgenössischen polnischen Romanisten, Verfasser zahlreicher Publikationen sowohl zum römischen Privat- und öffentlichen Recht als auch zur Geschichte des römischen Rechts in Polen und zur europäischen Rechtstradition. Er ist ein exzellenter Rechtshistoriker, Experte für weitere antike Rechte, Gelehrter, Kenner der Kunst, Betreuer von mehreren erfolgreich abgeschlossenen Dissertationen, Gutachter in vielen Promotions-, Habilitations- und Professorenverfahren.

Die oben genannte Studie stellt ausgewählte Probleme des römischen Grab- und Bestattungsrechts vor. Diese erscheinen immer in einem breiten Kontext: des Lebens, der Familie und des Familienrechts, der Erben und des Erbrechts, der öffentlichen Aktivität und der Politik, der alltäglichen Erfolge, Misserfolge und Gefahren. Der Autor stellt auch eine Lebensphilosophie dar, die entweder ein pessimistisches oder ein optimistisches Bild vom Tod und „Leben nach dem Leben" beinhaltet. Das Ganze richtet sich nicht nur an Romanisten und Historiker, die sich mit der Antike beschäftigen, sondern auch an ein breites Spektrum von Lesern, die sich für Geschichte, Recht, Brauchtum und Kultur des antiken Roms interessieren. Damit hat das Buch – wie vom Autor beabsichtigt – eine weitgehend populärwissenschaftliche Dimension. Positiv hervorzuheben ist der hierdurch entstandene, klare und leserfreundliche Charakter des Buches. Die Argumentation baut auf einer gründlichen Analyse der Quellen auf. Bei den Quellen handelt es sich um Textfragmente der römischen Juristen, literarische Texte und schließlich um epigraphische Quellen, insbesondere lateinische Grabinschriften. Sich mit letzteren zu beschäftigen ist faszinierend. Obwohl man dafür in der Regel elementare Kompetenzen mitbringen muss, kann man in der Arbeit Marek Kuryłowicz sehen, wie sich das wirkliche Leben im Inhalt der Inschrift widerspiegelt.

Die in der Studie präsentierten Ausführungen beziehen sich hauptsächlich auf das frühe Kaiserreich, aber es gibt auch Hinweise auf spätere Epochen, einschließlich die Zeit des christlich-römischen Staates. Die neue Religion beeinflusste nämlich die Bestattungspraxis maßgeblich.

Die obigen Anmerkungen mögen Assoziationen mit einer der früheren Veröffentlichungen von Marek Kuryłowicz wecken, nämlich der Monographie mit dem Titel *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie* (*Recht und Sitten im antiken Rom*) (Lublin 1994, 2. Auflage, 2020). Und das zu Recht. In gewisser Weise ist diese neueste Veröffentlichung eine logische Fortsetzung der vorherigen, denn auch dort ist das Grab- und Bestattungsthema präsent, aber unter den anderen dort diskutierten Themen kaum ausgeprägt. Hier ist es dagegen ein Leitthema, aber – wie im Leben – in moralischen, rechtlichen, wirtschaftlichen und sogar philosophischen Zusammenhängen dargestellt.

Das Buch ist eine Sammlung von Essays, deren gemeinsamer Nenner sowohl die Grab- und Bestattungsfragen als auch die die Grabstätten und Beerdigungen begleitenden Rituale sind. Die Sammlung umfasst daher neben der Einleitung bis zu 21 kleine Kapitel, von denen fast jedes eine eigene Geschichte über ein Element des Grab- und Bestattungsrechts erzählt.

Die ersten beiden Kapitel (Ius sepulchri – *Römisches Grab- und Bestattungsrecht*; *Gräber und Grabmale* – sepulchra et monumenta) sind breit gefassten terminologischen und technischen Fragen gewidmet. Danach führt der Autor die Leser in verschiedenste Facetten des Grab- und Bestattungsrecht ein. *Grabanlagen und Gärten* ist ein Kapitel über den Bau und die Organisation der Umgebung von Grabstätten, das auf natürliche Weise mit Kommentaren darüber angereichert wird, wer die Entscheidungen in diesen Angelegenheiten getroffen hat. Die Verbindung zum vorherigen Kapitel ist der Hinweis auf die darin enthaltenen Überlegungen, wer in einem bestimmten Grab begraben werden könnte. Bereits im nächsten Kapitel *Straßengräber, Mausoleen, Kolumbarien und Katakomben* wird diskutiert, welchen Regularien diese unterlagen, welchen Charakter sie haben und wie unterschiedlich die Grabstätten organisiert werden können. Das Kapitel *Grabsteininschriften* enthält allgemeine Informationen zu lateinischen Epitaphen, die aus der Natur der Sache eine Fundgrube an Wissen über die Gesellschaft und ihre Bräuche aus der Zeit ihrer Entstehung sind, was in den nächsten Teilen der Studie deutlich sichtbar wird. Die folgenden Kapitel – *Cicero über das Pontifikalrecht und die Bestattungsvorschriften des Zwölftafelgesetzes*; *Horaz – ein Dichter auf dem Stadtfriedhof* und *Ovids „Klagelieder" und Bestattungssitten* – sind Reflexionen unterschiedlicher Emotionsebenen – gestützt auf literarische Texte – sowohl hinsichtlich der Einstellung zum Tod selbst als auch hinsichtlich der Bestattungen. Einige mögen von einem in der Literatur auftauchenden Thema des Todes im Wasser, insbesondere auf See, überrascht sein. Der unter solchen Umständen erlittene Tod erschreckte die alten Römer aufgrund des Fehlens einer Begräbnisstätte auf der Erde. Die Kapitel *Jedes Menschen Ende ist gleich – Bestattungen, Beerdigungen und Trauer*, sowie *Zeremonien und Bestattungskosten und Totenfeste* sprechen über die Folgen des Todes eines Familienmitglieds – in Bezug auf die Entstehung bestimmter Rechte und Pflichten, alle damit verbundenen Bräuche, die Organisation der Bestattung unter Berücksichtigung des Willens des Verstorbenen hinsichtlich der Form der Zeremonie, ihrer Kostenabrechnung und schließlich die Art und Weise der Verehrung des Verstorbenen. Die Kapitel *Öffentliches Begräbnis – Glanz und Gefahren der Politik* und *Ohne Erinnerung, ohne Bestattung, ohne Begräbnis* betreffen zwei gegenüberliegende Pole der Organisation von Bestattungszeremonien: einerseits pompöse Pracht, aber auch Risiken, die auf Teilnehmer des öffentlichen Lebens warten, die versuchen, eine solche Beerdigung zu verdienen; andererseits – die grausamen Folgen einer Verurteilung für manche Verbrechen. Das Kapitel *Epitaphe und Eheleben* umfasst eine Reihe von Kapiteln, in denen Grabsteininschriften ausführlicher untersucht wurden. Das oben erwähnte Kapitel ist gefüllt mit Beispielen von Grabinschriften, die die außergewöhnlichen Tugenden verstorbener Ehepartner preisen. Der Essay *Und ich werde Dich nicht bis zum Tode verlassen* setzt den Gedanken fort, der im vorherigen ausgedrückt wurde, das heißt ein Lob für harmonische und dauerhafte Ehen, ein Lob, das natürlich mit den Texten der erwähnten Epitaphe belegen wird. In den Kapiteln *Grabsteine, Inschriften und Erben* sowie *Modi und Vermächtnisse in Grabsteininschriften* werden in Bezug auf die zuvor besprochenen Themen die Fragen des Testierens und Vererbens sowie der Erlangung von Vermögenszuwendungen zu Lasten des Erbes dargestellt. Darauf folgt das Kapitel *Rechtsschutz von Gräbern, Verboten und Anordnungen* gefolgt von einer Darstellung der fantasievollen *Flüche und Zaubersprüche, Bitten, Drohungen und Strafen*, die sich auch auf das Problem der Grabschändung beziehen. Die letzten beiden Kapitel sind *Das schwierige Leben und posthumer Ruhm von Ancarenus Nothus* und *Bleibe die Passanten stehen… römische Gespräche mit den Toten.* Das zweite bezieht sich auf eine Vielzahl von Grabinschriften, in denen der Verstorbene sich sogar an den zufälligen Passanten wendet, mit ihnen in einen Dialog tritt und so für einen Moment dem Raum der Anonymität entflieht. Die Anfertigung solcher Inschriften ist eine schöne Sitte, die in Rom und in den Provinzen weit verbreitet war.

Wie der Verfasser schlussfolgert (S. 266): „Die Formel eines Gesprächs zwischen dem Verstorbenen und einem Passanten lässt […] paradoxerweise sagen, dass römische Friedhöfe und Grabsteine voller Leben waren. Was folgt aus all ihrer Philosophie? Insgesamt nicht viel, denn das menschliche Schicksal ist immer und überall gleich: […] Zuschauer, Zuschauer, ich war, wer du bist, und du wirst sein, wer ich jetzt bin".

Das Thema der Studie ist dem Anschein nach bedrückend, aber schön und mit Liebe für das Leben erzählt. Auch die Geschichte des Helden des vorletzten Kapitels, Ancarenus Nothus – eines armen, höchstwahrscheinlich römischen Bürgers ist optimistisch: Er freut sich in den Worten der Grabinschrift, dass er sich nach seinem Tod keine Sorgen mehr um Miete und Gicht machen muss.

Dagmara Skrzywanek-Jaworska*

* Dr. Hab. Dagmara Skrzywanek-Jaworska, LL.M. (Münster), Lehrstuhl für Römisches Recht, Rechts- und Verwaltungswissenschaftliche Fakultät der Universität Łódź, Polen, E-Mail: Dskrzywanek@wpia.uni.lodz.pl

Paul Bushkovitch

Succession to the Throne in Early Modern Russia. The Transfer of Power 1450–1725

Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2021, XV, 397 p.

„Succession to the Throne in Early Modern Russia. 1450-1725“, die zuletzt erschienene Monografie des amerikanischen Russlandhistorikers Paul Bushkovitch verspricht eine „revisionist history“, ein neues Erklärungsmodell zu einem Thema, für das es in der Geschichtswissenschaft lange Zeit keinen Erklärungsbedarf zu geben schien.

Als historiografisch ausgemacht galt für den vorpetrinischen Moskauer Staat die Anwendung der Primogenitur, jener Nachfolgeordnung, bei der die Großfürsten (ab 1547 Zaren) zwecks Fortdauer der Herrschaft innerhalb der Rjurikiden-Dynastie bzw. ab 1613 des Hauses Romanov den Thron dem ältesten Sohn vererbten. Andere Arten des Machttransfers, wie die Herrscherwahlen von 1598, 1607 und 1613 werden lediglich als ein Abweichen von der Regel, ein durch das Aussterben der Hauptlinie der Rjurikiden-Dynastie (1598) und die darauf folgende „Zeit der Wirren“ ausgelöstes Ausnahmephänomen behandelt. Dieses weitgehende Kontinuität garantierende Modell, so die Lesart, destabilisierte Peters I. Thronfolgegesetz von 1722. Ausgerechnet diese zwecks Stärkung der Position des Monarchen erlassene Verfügung, dass es dem Herrscher fortan freistehe seinen Nachfolger testamentarisch zu bestimmen, bereitete den Boden für die „Epoche der Palastrevolten“ – jener vom Tod Peters I. (1725) bis 1801, dem Jahr des Regierungsantritts Alexanders I., dauernden Periode, als einflussreiche Adelseliten mit Unterstützung der Palastgarde in schneller Abfolge vermeintlich schwache Herrscher an die Macht „putschten“.

Dieses aufgrund seiner Gradlinigkeit attraktive Modell widerlegt Bushkovitch nun. Seiner Ansicht nach regelte ab 1450 die Thronfolge der Moskauer Herrscher die väterliche Designation. Solch klare Absage an die automatische Primogenitur im frühneuzeitlichen Russland stellt Peters Gesetz von 1722 in ein anderes Licht. Da es sich bei einem Testament um eine Form der Designation handelt, brachte das Gesetz in der Praxis keine grundlegenden Änderungen. Es verankerte lediglich, so Bushkovitch, de facto Bewährtes. Die tatsächliche Innovation lag beim Thronfolgegesetz von Paul I. (1797); erst dieses schrieb die automatische Primogenitur fest und machte damit erstmals in der russischen Geschichte die besondere Benennung des Erben durch den Herrscher überflüssig.

Bevorzugter Thronfolger war in der Regel der älteste Sohn. Aber die Primogenitur war weder kodifiziert noch die einzige Option. Auch wenn beim Herrscher das letzte Wort lag, gewohnheitsrechtlich oder schriftlich fixiert, gänzlich unabhängig im Sinne von „absolut“ handelte er nie. Die Entscheidung „a combination of personal ability and charisma, the ability to negotiate the realities of governance“ (S. 32) blieb stets Verhandlungssache, Ergebnis eines Zeit und Umständen angepassten Kompromisses zwischen Herrscher, Erben und weltlichen sowie kirchlichen Eliten - „the actors in the drama of succession“ (S. 36).

Von diesen Szenarien des Machttransfers im frühneuzeitlichen Russland, den Bemühungen von Großfürsten, Zaren und zuletzt Imperatoren die Nachfolge der von ihnen auserwählten Erben zu sichern, handelt Paul Bushkovitchs Buch. Und um diese stories of succession geht es auch; jedenfalls in den thematisch ausgerichteten Kapiteln II bis VI. In diesem Teil des Buches, das implizieren bereits Kapitelnamen und Zwischenüberschriften, absolviert der Leser quasi einen Schnellkurs. Beginnend mit der Expansion des Moskauer Staats in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts und endend mit dem Tod des vierjährigen Peter Petrovich (1719), durchläuft er die dreihundertjährige Geschichte von Herrschaftsübergaben und Legitimationsstrategien. Auf zirka zweihundertfünfzig sorgfältig recherchierten, auf vielfältigem, teilweise erstmals veröffentlichtem Quellenmaterial beruhenden Seiten erfährt er nicht nur von väterlicher Designation, Segnungen, Treueeiden und Zarenwahlen, sondern auch von Intrigen, Familienfehden und der Auswirkung biologisch-medizinischer Faktoren auf die Thronfolge. Es geht um die häufig unterschätzte Bedeutung von weiblicher Herrschaft und schließlich den Einfluss von Zeit- und Zeitgeist auf Ideen und Praktiken des Machttransfers. Die Epoche des Barocks, der vorsichtige Vorbote einer kulturell-geistigen Europäisierung während der Regierungszeit des zweiten Romanov-Zaren, Alexei Michailovich (1645-1676), leitete die Säkularisierung des bisher rein religiösen Hofzeremoniells ein. Prozessionen, die Zurschaustellung des Erben zu Lebzeiten Herrschers, Oden und Lobesreden, die des Zaren weltlichen Ruhm und Taten priesen, bedeuteten „a radical innovation in Russian culture… [that] affected the image and presentation of the heir as well“ (S. 197). Die weitere Entwicklung ist bekannt. Ausbildung und Vorbereitung auf den Thron Alexei Petrovichs (1690-1718), Peters Erstgeborenem, erfolgten nach europäischen Standards jener Zeit.

Außenpolitisch befand sich Russland auf dem Höhepunkt; Erfolge und Sieg im Großen Nordischen Krieg (1700-1721) hatten ihm Integration in die „Pentarchie“ der europäischen Großmächte und seinem Herrscher den Titel Imperator eingebracht. Ein Nachfolger für Reich und Reformwerk jedoch fehlte. Peters ältester Sohn hatte seine Hoffnungen enttäuscht, wofür er 1718 sein Leben ließ; und Peter Petrovich, der Sohn aus zweiter Ehe, auf dem nun alle Hoffnungen lagen, starb im Jahr darauf. Aus dieser Situation heraus ist Peters I. Thronfolgegesetz von 1722 zu verstehen, von dessen Zustandekommen, Folgewirkung und Rezeption

Kapitel VII handelt. Wenn Bushkovitch Peters Gesetzestext paraphrasierend schreibt „Alexei's wickedness grew from the custom of succession to the eldest son. Since he was the eldest son, he saw no reason to obey his father" (S. 296), richtet sich dies nicht gegen die Primogenitur als solche. Es ist als Absicherungsmoment zu begreifen, als die schriftlich fixierte Freiheit des Herrschers einen geeigneten Thronfolger zu ernennen, aber nicht wie oft angenommen, als „letzte Konsequenz einer rationalen, vom Zufall der Geburt befreite Wahl" (M. Hildermeier). Der Zusatz, dass der Thron auch einer dritten (außerhalb des engeren Kreises der Romanov-Familie stehenden Person) übertragen werden könne, blieb in der Praxis Theorie. Peter hinterließ kein Testament. Aber indem er seine zweite Frau Katharina krönte, signalisierte er „by inaction, however… a continuation of Russian tradition" (S. 326).

Dynastische Verwirrungen, wie die russische Geschichte des 18. Jahrhunderts zeigt, verhinderte Peters Sukzessionsregelung nicht. Vor Intrigen und Gewalt aber, wie Bushkovitch argumentiert, bot auch Pauls I Thronfolgegesetz keinen Schutz. Katharinas II. Sohn war 1796 friedlich an die Macht gekommen, jedoch nur vier Jahre später wurde er von der Palastgarde gestürzt und ermordet. Den Thron bestieg Pauls Sohn, Alexander I., und erst danach bis zum Ende der Romanow-Dynastie verlief die Thronfolge nach dem Gesetz. Dies allein der Überlegenheit der automatischen Primogenitur gegenüber der testamentarischen Erbfolge, also der Regelungskraft von Gesetzen, zuzuschreiben, unterschätze, so Bushkovitch, dass Monarchien sowohl Institution, aber auch Familie sind. Somit war es durchaus „not trivial that the descendants of Michael Romanov to 1762 consisted of a large number of healthy women and a smaller number of males, most of whom… died young" (S. 11).

„Succession to the Throne in Early Modern Russia" zeigt überzeugend, dass bis zur Zeit Peters I. die Entwicklung des russischen Staates und seiner Erbfolgepraxis keine einfache Geschichte des Triumphs der Primogenitur war. Es war die Geschichte der Bemühungen des Herrschers, die Nachfolge des von ihm designierten Erben zu sichern. In den meisten Fällen war das der älteste Sohn, aber nicht zwingend. Alle Herrscher „made a show of presenting the heir" (S. 331), und alle segneten sie ihre Söhne auf dem Sterbebett mit dem Thron, wenn sie dazu in der Lage waren. Denn darauf, dass der Brauch allein die Nachfolge des designierten Erben sicherstellen würde, vertraute keiner von Russlands Herrschern. „Juggling all these balls in the air…", wie Bushkovitch treffend subsumiert, „… was an important part of the monarch's task" (S. 332).

Ein Spiel mit mehreren Bällen zugleich betreibt aber auch Bushkovitch. Darauf, dass er noch ein weiteres Anliegen unterbringen möchte, weisen die Kapitel I und VII hin. Bushkovitchs These, dass „absolutism is not a helpful concept in understanding the Russian state in the early modern era" (Preface. XII), ist richtig. Und deren Herleitung aus der Revision einer Deutung von Feofan Prokopovichs zur Rechtfertigung des Thronfolgegesetzes von 1722 verfasstes Traktat „Pravda voli monarschei" (Wahrheit über den Willen der Monarchen) verdient alle Zustimmung. Streng betrachtet aber ist dies ein eigenständiges Thema, zumal sich so der Schwerpunkt des Buches auf die Regierungszeit Peters I verlagert, ein Gebiet, auf dem der Autor seine Expertise bereits bewiesen hat. Die davor liegende fast dreihundert Jahre umfassende Zeitspanne reduziert dies jedoch, leider, da nämlich hervorragend recherchiert, zu einem thesenstützenden Auftakt. Das ist schade, denn hier besteht tatsächlich Forschungsbedarf.

***Elena Borodina, Alice Plate** **

* Elena Borodina and Alice Plate, Forschungsstelle für die Veröffentlichung von Primärquellen (Laboratory for the Study of Primary Sources), Uraler Föderale Universität, Jekaterinburg, Russische Föderation, aliceplate@mail.ru

---

Jiří Bílý

Od Homéra k Alexandru Velikému. Boj o moc a právo v klasickém Řecku

[Since Homer to Alexander The Great. The Struggle for Power an Law in Classical Greece]
Prague: Petrklíč, 2021, 412 p.

The engaging book uniquely introduces the reader to the classical Greek period, when everything we consider typical of antiquity was born. The readable text does not only presuppose dry facts and events; on the contrary, we know the time from many points of view - we learn what was at the beginning in the earliest mythical times, when the state and law were formed in Greece, how the Greek economy worked, what contemporary politics and Greek democracy, and what the common man lived. In addition, the book, of course, describes the historical realities that moved the world at the time, from the wars with Persia to the incredibly successful campaign of Alexander The Great. The main heed is devoted to Athenian state. The book has a full complement of notes to give depth to the text. Additionally, the full bibliography will be appreciated by the historians of this period. Finally, there is a very useful index. All this makes the text more meaningful.

Athenian law lacked the formalism of Roman and other ancient legal systems; indeed, it lacked even the degree of formal linguistic usage present in modern civil- and common-law systems. There are a number of reasons for this. Essentially, Athens lacked the means by which precise legal terminology could arise. The necessary preconditions were simply not present. Statutes tended to be imprecise in their meaning, a profession of jurists failed to develop, and the fact that most cases were decided by the verdict of several hundred dikastai - without discussion and by majority vote - left no room for authoritative rulings to which one might

subsequently appeal. In a carefully nuanced essay, to which a brief précis is in danger of doing violence, Bílý takes us through the use of language by litigants, or more precisely by the logographers or ghost-writers who produced speeches for them, showing how the system worked through the art of persuasion rather than the reception of established interpretation and rules. The language and the rhetoric, however sophisticated, needed to be comprehensible by an essentially nonprofessional court, where litigants spoke on their own behalf. However, this is not to say that the language of the court and the language of the street were mutually exchangeable. Ordinary words did develop specialized meanings in the courts. What they did not do was to develop autonomous meanings which carried independently of their users' intentions.

Bílý shows, that the lack of a specialized legal profession did not mean, however, that people were not advantaged or disadvantaged before the courts. Participation - as dikastai, as witnesses and as public officials, and of course as litigants - was wide in democratic Athens; or it was for adult male citizens. As large numbers of dikastai were required, many male citizens would have become quite experienced in the ways of the court. This inevitably created difficulties for others, whatever the level of transparency in the proceedings. Strangers, for example, could be significantly disadvantaged. Metics, the free non-citizens who were resident in Athens, enjoyed only limited participation while women, who could not testify, were represented by male citizens when litigants and rarely seem to have been present in court. We find that those who had social influence outside of the court are likely to have had distinct advantages inside the court too. Rich men who had financed public works had reason to feel that they were in credit with the citizens who would be giving their verdicts. The drama of the court had much in common with Athenian theatre, not least in that the cases were judged by non-experts:‚what made the process „democratic" was not that poor contestants would have stood an equal chance if pitted against rich ones, but that it was the démos (common people) which was allocating the prizes among the elite'. Just as the Athenians lacked the autonomy of legal language, so they appeared to have lacked the notion that the operation of the law was autonomous from outside pressures.

The idea that it is desirable for law to be autonomous from political and social pressures is closely associated in the modern mind with the concept of the rule of law, and the question of how (if at all) the latter concept was regarded at Athens has been much debated over recent years. It is certainly true that there is a lot of language about the rule of law in our texts. In the law-court speeches of the Attic Orators, the rule of law is routinely described as a good thing, and is associated with Athens rather than with non-democratic regimes. However, we should be wary of assimilating such language to our own. We are conditioned, mainly by lawyers, or at least by those lawyers who are not critical legal theorists, to regard the statue of justice as blind: that is, to believe that extraneous social pressures should have no influence on the practice of the courts. There is certainly no systematic attempt at Athens to distinguish between those bodies which undertake political deliberation and those which exercise legal judgement (that is, to construct a doctrine of separation of powers). What is significant here is not simply that the same bodies of government could fulfil both political and judicial functions, such that the Boulę or Council of Five Hundred was not only the executive committee for the Assembly but could also hear some cases and impose fines in its own right, and such that the Areiopagos was simultaneously the main Athenian court for homicide and also at times a deliberative body. What is more significant is that nobody in antiquity thought to complain about this.

Bílý emphasizes one of the characteristic features of Athenian law - it is the overlapping range of procedures and penalties available against a particular offender. This has been well analyzed by Bílý, on the basis of a passage in Demosthenes, which implies that social grounds determine the choice of how to prosecute for instance a thief. (It is important to remember here that Athenian prosecutors were typically private individuals, not public officials.) Demosthenes says that a powerful man who feels confident (at least vis-ŕ-vis the prospective defendant) could afford to select apagôgę (summary arrest), which was a particularly high-profile, high-penalty and high-risk strategy, rather than the alternatives of ephęgęsis (denunciation), graphę (public prosecution), or dikę (private prosecution); he classifies each of these procedures as successively less risky for the prosecutor but correspondingly involving lower penalties for the defendant. Of course, we have only Demosthenes' word that social factors like confidence were the reason for the overlapping procedures, but this was presumably plausible to the dikastai who heard him say it.

This assumption that social and indeed political criterion will influence a law court is reflected in many other aspects of Athenian law-court oratory. One of the most striking illustrations arises out of a distinctive feature of public finance at Athens, which was that the role of the public treasury was kept to a minimum. Services which might have involved state expenditure, most notably the financing both of civic festivals and of warships, were instead imposed on rich individual sponsors as what are conventionally called ‚liturgies'. The system had elements of compulsion, in those rich men who could not find an excuse were obliged to undertake the liturgy, and had to spend a fixed minimum; but those rich men who were politically active could deliberately overspend, and this was a recognized way of investing in the kharis (or ‚gratitude') of the public, which you could then cash in the form of political support. Written in a fresh and vigorous styles gently provocative, this book offers an admirable suvery of some major aspects of the history of classical Greece.

Karel Schelle*

* Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc., Department of the History of the State and Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic, email: karel.schelle@schelle.cz

Annex:
XV. Jahrestreffen der Jungen Romanisten

Einleitende Bemerkungen zu den Beiträgen der Referentinnen und Referenten des XV. Jahrestreffens der Jungen Romanisten

(Introductory Remarks on the Essays of the Speakers of the XVth Young Scientists Meeting on Roman Law)

*Matthias Ehmer und Francesco Verrico**

Abstract

On September 13th and 14th 2021 the University of Würzburg (Germany) hosted the XVth Young Scientists Meeting on Roman Law. The following introduction sums up themes and presentations of the Meeting. A list of useful databases concerning the research on Roman Law, which was developed during our workshop, is also attached. After the introductory remarks three speakers present their essays, based on their presentation at the Meeting.

Keywords: *XVth Young Scientists Meeting on Roman Law; proceedings; databases on Roman Law.*

1. Vorträge des ersten Tages und „Datenbank-Workshop"

Am 13. und 14. September 2021 fand das XV. Jahrestreffen der Jungen Romanisten statt.[1] 26 Doktoranden, Post-Docs und Habilitanden aus Deutschland, Österreich, Italien, Ungarn und der Schweiz sowie unser Gastreferent José Luis Alonso sind der Einladung zu dieser größten deutschsprachigen Tagung für Nachwuchswissenschaftler des römischen Rechts nach Würzburg gefolgt. Als örtlicher Fachvertreter eröffnete Wolfram Buchwitz das Treffen mit einem Grußwort, in dem er als Gründungsmitglied des Collegiums Junger Romanisten den zu Beginn informellen Charakter der Zusammenkünfte hervorhob, der sich heute noch in der Bezeichnung als Treffen statt als Tagung widerspiegelt.

Unter dem Vorsitz Gregor Albers' (Bonn, D) sprach am Montagvormittag zunächst István Bajánházy (Miskolc, H) zur „Urkundenfälschung im römischen Recht", die er am Beispiel von Ciceros Verrinen, in denen er als Schriftsachverständiger fungierte, behandelte.[2] Es folgten die Vorträge von Michael Binder (Wien, A) über „Prozessrechtliche Besonderheiten beim Bürgenregress nach der Lex Publilia"[3] und Julia-Katharina Horn (Münster, D) über „Prozessrechtliche Betrachtungen zum Senatus Consultum Silanianum im edictum provinciale".[4] Das von Tanja Johannsen (München, D) geleitete Nachmittags-Panel eröffnete Armin Heßelschwerdt (Tübingen, D), der über „Delikte des *servus communis* gegen einen Miteigentümer" sprach. Eine schriftliche Ausarbeitung seiner Exegese von Ulp.-Ofil. D. 10, 2, 16, 6 wird voraussichtlich im Rahmen seiner Dissertation über den *servus communis* erscheinen. Im letzten Vortrag des ersten Tages behandelte Jakob Kepplinger (Linz, A) die „*transactio* mit einem Putativerben". Der Gegenstand seines Vortrages ist Teil eines laufenden Forschungsprojekts zu ausgewählten Strukturfragen des Vergleichs im klassischen römischen Recht, dessen Ergebnisse monographisch erscheinen werden. Den Abschluss bildete ein Workshop zum Thema „Datenbanken", in dem sich die Teilnehmer zu den modernen Hilfsmitteln und Methodenfragen

* Mag. iur. Matthias Ehmer und Francesco Verrico, LL.M. sind wissenschaftliche Mitarbeiter und Doktoranden am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Historische Rechtsvergleichung und Zivilprozessrecht von Professor Dr. Wolfram Buchwitz an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Deutschland, E-Mail: matthias.ehmer@uni-wuerzburg.de und francesco.verrico@uni-wuerzburg.de

1 S. demnächst auch den Tagungsbericht von HORN, J., In: Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto, vol. 11, 2021.

2 Schriftfassung seines Vortrags in diesem Heft, S. 219.

3 Schriftfassung seines Vortrags in diesem Heft, S. 227.

4 Schriftfassung ihres Vortrags in diesem Heft, S. 233.

der Romanistik austauschten. Die dabei entstandene Liste von Datenbanken, die aus Sicht der Teilnehmer für die romanistische Forschung nützlich sein können, findet sich – um einige Anmerkungen ergänzt – im Anhang zu diesem Beitrag.

2. Vorträge des zweiten Tages, v.a. zum Schwerpunktthema der juristischen Papyrologie

Der zweite Tag stand im Zeichen der zum Schwerpunktthema des Treffens erklärten juristischen Papyrologie. Als einer der renommiertesten Vertreter dieses Fachs trug unser Gastreferent José Luis Alonso (Zürich, CH) unter dem Titel „Pistis. What can the papyri do for us?" zu Grundlagen und Methodik der juristischen Papyrologie vor. Dabei betonte er einerseits ihren Nutzen für die Romanistik, andererseits die vielfältigen Aufgaben in der Papyrologie selbst: Von rund einer Million bekannter Papyri sind bisher nur 80.000 ediert. Im Anschluss präsentierten unter dem Vorsitz von Francesco Verrico (Würzburg, D) Nachwuchswissenschaftler der juristischen Papyrologie ihre Arbeiten: Michele Pedone (Neapel Federico II, I) sprach über „Römische Prozessprotokolle in den Papyri", Lucia Consuelo Colella (Neapel Federico II, I) gab einen Überblick und berichtete von Neuigkeiten im Bereich der „Römischen Testamentsurkunden auf Papyrus (1.-3. Jhd. n.Chr.)".[5]

Salvatore Marino (Neapel Federico II, I) leitete das Nachmittagspanel, in dem Josef Hermann Pig (Innsbruck, A) unter dem Titel „Die Schenkung auf den Todesfall und ihr Spannungsverhältnis zum Pflichtteilsrecht" mit einer vertikal rechtsvergleichenden Untersuchung die Brücke von der römischrechtlichen *donatio mortis causa* zum österreichischen ABGB von 1811/12 und der jüngsten Änderung der entsprechenden Norm schlug, die am 1. Januar 2017 in Kraft trat. Eine schriftliche Ausarbeitung der Untersuchung wird in der Dissertation des Referenten zu finden sein.

3. Ausblick, Fazit und Dank

Den Abschluss der Tagung bildete die Terminierung des nächsten Treffens: Das XVI. Jahrestreffen der Jungen Romanisten wird vom 11. und 14. Mai 2022 in Macerata (I) stattfinden. Für Rückfragen, namentlich, ob gegebenenfalls eine kurzfristige Teilnahme möglich ist, stehen die Organisatoren des Treffens, Julia-Katharina Horn und Francesco Verrico zu Verfügung.[6]

Zeitlich deckten die Vorträge das ganze Spektrum romanistischer Forschung vom Beginn der Frühklassik (1. Jh. v.Chr.) bis zur Rezeptionsgeschichte der naturrechtlichen Kodifikationen ab, methodisch reichten sie von streng dogmatischer bis zu philologisch-quellengeschichtlicher Betrachtung.

Wir danken einerseits unserem Gastreferenten José Luis Alonso für sein Kommen und den gewährten Einblick in Ziele und Perspektiven der juristischen Papyrologie, andererseits dem Universitätsbund der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und den Juristen Alumni Würzburg für ihre großzügigen Spenden. Unser besonderer Dank gilt dem Rechtshistoriker Jaromír Tauchen (Brünn, CZ) für die Möglichkeit, die Beiträge im *Journal on European History of Law* zu veröffentlichen und unserem Kollegen, dem Jungen Romanisten Radek Černoch (Brünn, CZ) für die Vermittlung.

4. Anhang: Liste romanistisch relevanter Datenbanken[7]

Juristische Quellen

http://riedlberger.de/amanuensis	Amanuensis. Freeware, download, offline nutzbar. Textbestand von Romtext: C.I.C., Gai. inst., Epit. Ulp., PS, Vat., Coll., CTh., ‚Leges Barbarorum', weitere vorjustinianische Texte, (Munizipal-)Gesetze, SCa. Zahlreiche Suchoptionen für ein oder mehrere Wörter (hintereinander oder im fr. mit + getrennt), mit und ohne Endungen, z.B. gladi* für gladi(-us, -i, -o, -um, -orum, -is).
https://bia.igsg.cnr.it/index.php	Bibliotheca Iuris Antiqui. Freeware, online, Registrierung erforderlich. Bestehend aus Fontes (im Wesentlichen mit dem Quellenbestand von Amanuensis identisch, keine Vorteile in der Nutzung), Thesaurus und Opera (bibliographisches Archiv bis 2005, dazu s. auch DRANT).
https://www2i.misha.fr/flora/servlet/LoginServlet	DRoits ANTiques database. Freeware, online. Bibliographische Datenbank mit über 56.000 Nachweisen und zahlreichen Suchoptionen.
http://www.intratext.com/IXT/LAT0866/_FA.HTM	IntraText. Freeware, online. Alphabetische Liste der in den Digesten verwendeten Wörter mit Angabe der Häufigkeit ihrer Verwendung und Auflistung der Stellen (etwa für type-token-Recherchen).
https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/	Droit romain – The Roman Law Library. Freeware, online. Textdatenbank mit Gesetzen, SCa, Konstitutionen, foedera etc. Wortlaut sollte an Quellenausgaben überprüft werden.
http://dbtvm1.ilc.cnr.it/digesto/DBT_Isapi.dll?AZIONE=CERCALIBRO & HTM=0 & LINGUAGGIO=*&LIBRO=1 & SIGLA=DIG_L	Freeware, online. Zweisprachige Ausgabe der Digesten mit italienischer Übersetzung bis zum 32. Buch.

[5] Die Referentin wird ihre vorgestellten Editionen im Juli dieses Jahres auf dem „XXXe Congrčs International de Papyrologie" präsentieren und voraussichtlich in den entsprechenden Tagungsbänden publizieren.

[6] Anfragen per E-Mail an jungeromanisten@gmail.com.

[7] Ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Alle Links zuletzt abgerufen am 3.3.2022.

FIURIS	Archivio elettronico per l'interpretazione delle fonti giuridiche romane. CD-Rom, 2. Aufl., 2003. Nicht mehr zu beziehen.
ACTI 2.0	Bereitgestellt von der Universität Bern

Außerjuristische Quellen

https://about.brepolis.net/library-of-latin-texts/#:~:text=%20Library%20of%20Latin%20Texts%20%201%20Introduction.,text%20that%20are…%204%20Flyer.%20%20More%20	Library of Latin Texts, bestehend aus -A (literarische Quellen) und -B (spätlateinische und juristische Quellen). In Deutschland über DBIS verfügbar online: LLT-A deutschlandweit DFG-gefördert frei zugänglich (https://dbis.uni-regensburg.de/frontdoor.php?titel_id=4539), LLT-B ggf. über Universität lizensiert. Umfangreiche Textbestände mit ausdifferenzierten Suchmöglichkeiten nach Wortformen, Syntax etc.
https://latin.packhum.org/browse	PHI Latin Texts. Freeware, online. Textbestand mit zahlreichen Recherchemöglichkeiten (Autoren- oder Wortsuche) und Angabe der verwendeten (häufig weniger bekannten bzw. nicht mehr ganz aktuellen) Editionen.
https://www.loebclassics.com/browse?pageSize=10 & sort=relevance	Loeb Classical Library. Ggf. über Universität lizensiert, online. Editionen lateinischer und griechischer Quellen. Suchoptionen nach Sprache, Zeitalter, Gattung/Thema und einzelnen Begriffen bzw. Wortverbindungen.
https://www.degruyter.com/database/btl/html?lang=de	Bibliotheca Teubneriana Latina Online. DeGruyter, ggf. über Universität lizensiert, online. Editionen sämtlicher in vorgenannter Reihe erschienener lateinischer Texte.
https://www.hs-augsburg.de/~harsch/augustana.html	Bibliotheca Augustana. Freeware, online. Datenbank mit Texten verschiedenster Sprachen und Jahrhunderte.
https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/home.html	LacusCurtius. Freeware, online. Lateinische (u.a. Gellius!) und griechische Texte, teils mit englischer Übersetzung.
http://stephanus.tlg.uci.edu/	Thesaurus Linguae Graecae. Tw. freeware, tw. registrierungspflichtig, online. Quellencorpus (für Vollzugang Registrierung erforderlich) und Wörterbücher, u.a. Liddell/Scott mit Zitationsvorschlag (http://stephanus.tlg.uci.edu/lsj/01-authors_and_works.html, insoweit frei zugänglich).
https://thesaurus.badw.de/tll-digital/index/a.html	Thesaurus Linguae Latinae. Freeware, online. Für eine einheitliche Zitation der lateinischen Autoren.
http://www.rassegna.unibo.it/autlat.html	Freeware, online. Von der Universität Bologna bereitgestellte, nach Autoren geordnete Übersicht der online frei verfügbaren Ausgaben lat. Texte.
http://patristica.net/graeca/	Patristica. Listen patristischer Quellen mit Weiterleitung zu Textausgaben.
http://patristica.net/latina/	
http://cpps.brepolis.net/aph/search.cfm	L'Année philologique. Lizensierung durch Universität erforderlich, online. Bibliographie mit umfangreichem berücksichtigtem Zeitschriftenbestand.
https://dbis.uni-regensburg.de/dbinfo/dbliste.php?bib_id=ub_wue & colors=511 & ocolors=40 & lett=f & gebiete=9	DBIS. Liste der Datenbanken mit Verfügbarkeit in Deutschland (nach Universität verschieden).

Geschichtswissenschaftliche Datenbanken

https://referenceworks.brillonline.com/cluster/New%20Pauly%20Online	Brill's New Pauly. Tw. freier Zugang; überwiegend nur, soweit durch Universität lizensiert, online.
https://de.wikisource.org/wiki/Paulys_Realencyclop%C3%A4die_der_classischen_Altertumswissenschaft/B%C3%A4nde	Realencyclopädie. Freeware, online. Vollständig digitalisiert bis XII,2 (Libanon), II A,2 (Sila) und S IV (Ledon)
https://www.worldhistory.org/index/	Worldhistory. Freeware, online. Lemmatisch, örtlich oder zeitlich geordnete Enzyklopädie; quasi „Wikipedia mit Autorenangabe"

https://dbis.uni-regensburg.de/dbinfo/dbliste.php?bib_id=ub_wue & colors=511 & ocolors=40 & lett=f & gebiete=26	DBIS. Liste der Datenbanken mit Verfügbarkeit in Deutschland (nach Universität verschieden).

Papyrologische Datenbanken

http://papyri.info/	Freeware, online. (Durch-)Suchen von Papyri, führt den Bestand verschiedener Datenbanken (u.a. HGV, s. sogleich) zusammen. Zitierhinweise.
http://aquila.zaw.uni-heidelberg.de/start	Heidelberger Gesamtverzeichnis (HGV) der griechischen Papyrusurkunden Ägyptens. Freeware, online.
https://www.trismegistos.org/index.php	Trismegistos. Freeware, online.
https://aaew.bbaw.de/tla/index.html	Thesaurus Linguae Aegyptiae. Freeware, online, Registrierung erforderlich. Im Schwerpunkt paläographisch, mit Übersetzungen.
http://aere-egke.be/BP/?fs=1	Bibliographie Papyrologique en ligne. Freeware, online.

Epigraphische Datenbanken

http://www.edr-edr.it/edr_programmi/res_complex_comune.php?lang=it & ver=simp	Electronic Archive of Greek and Latin Epigraphy (EAGLE). Freeware, online.
https://edh-www.adw.uni-heidelberg.de/inschrift/suche	Epigrahische Datenbank Heidelberg. Freeware, online. Römische, italische und provinziale Inschriften.
https://db.edcs.eu/epigr/epi.php?s_sprache=de	Epigraphik-Datenbank Clauss/Slaby. Freeware, online.
https://arachne.dainst.org/project/cilopac	Corpus Inscriptionum Latinarum (CIL) Open Acess. Freeware, online. Noch unvollständig.
https://inscriptions.packhum.org/allregions	PHI Packhum – Inschriften. Freeware, online. Speziell für griechische Inschriften

Urkundenfälschung im römischen Recht, Cicero als Schriftsachverständiger

(Forgery in Roman Law, Cicero as a Graphologist)

*István Bajánházy**

Abstract

Wax-tablets were often used as writing materials in the Roman Republic. They had a wide range of application, not only for contracts and last wills, but for bookkeeping as well. The soft wax was however not fully protected again the later modifications e.g. again the document-forgery. So special technic for the protection were developed: the so-called two-sided documents. But the documents used for bookkeeping remained one-sided open documents, so the later modifications were further possible, but not without any trace. Cicero found such forgery during his investigation for the preparation of his lawsuit against Verres, the former governor of Sicily, about extortion of the inhabitants of the province.

Keywords: *Roman Law; Marcus Tullius Cicero; publicani; wax-tables; document-forgery.*

1. Einleitung

Im Folgenden möchte ich einen Überblick über die verschiedenen Urkundentypen im alten Rom geben, dann beschäftige ich mich mit den Wachstafeln und mit ihrem Schutz gegen die nachträgliche Verfälschung der geschriebenen Texte. Dann kehre ich zu meinem Hauptthema, zu Ciceros Untersuchung der Wachstafeln der Publikanengesellschaft in Sizilien zurück. Cicero nahm zuerst diese Bücher nur deswegen unter die Lupe, weil er die Hoffnung hatte, einige Beweise über die Geldgeschäfte im Zusammenhang der Erpressungen von Verres zu finden. Er fand zwar nicht den Namen von Verres, aber von einem Verrucius, den niemand kannte und erkannte auch klare Indizien für eine nachträgliche Veränderung der Namen. Dies führte ihn zu dem weiteren Problem, wie er dieses klare und schriftliche Beweismittel vor das Gericht in Rom bringen kann, weil diese Bücher von Sizilien laut einer speziellen Regelung für Sizilien nicht ausgeliefert werden durften. Er fand die Lösung in einem privatrechtlichen Prozess auf Vorlegung der Dokumente.

2. Die Urkunden

Urkunden nennen wir alle Stoffe, die Informationen (Zeichnen oder Schriften) für die Zukunft aufbewahren können. Dazu kommt als weitere Voraussetzung, wie das Trägermaterial und die Technik der Schrift die spätere spurlose Streichung oder Beseitigung des Textes verhindern können.

In der Geschichte der Menschheit wurden verschiedene Stoffe als Trägermaterial benutzt. Am Anfang wurden wahrscheinlich Stein, später auch Marmor genutzt, die die Aufzeichnungen für lange Zeit und ohne die Gefahr der späteren und spurlosen Streichen oder Beseitigung bewahren konnten. Infolge seines Gewichts konnten steinerne Aufzeichnungen nur für Proklamationen an Ort und Stelle benutzt werden (z.B. lex Puteolana,[1] das Zollgesetz von Asien[2]).

Später wurden in Babylon Urkunden aus gebranntem Ton erfunden. Der Ton war vor der Feuerung sehr weich und dadurch geeignet für die Ausführung der Aufzeichnungen. Nach der Ausbrennung wurde er hart, sodass man die Aufzeichnungen nicht mehr spurlos ändern konnte. Hier erscheint auch schon die Doppelurkunden-Technik, das bedeutet, dass die zwei Urkundenblätter mit den inneren Seiten zusammengefügt und mit einer Schnur zusammengebunden waren, die gesiegelt war, sodass man ohne Beschädigung der Schnur oder der Siegel keine Änderungen auf den inneren Seiten vornehmen konnte.

Die gleiche Technik nutzte man später auch für die Urkunden aus Metall (Gold, Bronze oder Eisen). Aus dem Metall wurden Tafeln hergestellt und darauf wurden die Aufzeichnungen eingraviert. Urkunden aus Goldtafeln waren Trägermittel für besonders wichtige, feierliche, meist sakrale Schriften, z.B. die Goldbleche von Pyrgi, mit etruskischen und fönizischen Inschriften.[3] Überliefert ist auch, dass die wichtigsten Gesetze und Diplome schon in der republikanischen Zeit auf Bronze-

* Dr. Bajánházy István PhD, Univ. Dozent, Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Universität Miskolc, Ungarn, E-Mail: jogbajan@uni-miskolc.hu

1 LEX PARIETI FACIUNDO PUTEOLANA (105 v. Chr.) FIRA III., S. 472-475.

2 ENGELMAN H. – KNIBBLE D., Das Zollgesetz der Provinz Asia, *EA 14* (1989), S. 1-169.

3 CIE 6316., *Corpus Inscriptionum Etruscarum*, Vol.II., Sect.1., Fasc.4., Roma, 2017

tafeln veröffentlicht wurden (z.B. das Zwölftafelgesetz[4], das *foedus Cassianum*[5], die Denktafel der Reiter von Campanien[6]).

Urkunden aus Metall wurden in der Zeit des Prinzipats weit verbreitet und das Hauptmaterial für Militärdiplome,[7] die als Beweise für die Vollendung der Dienstzeit der Soldaten und bei Peregrinen den damit einhergehenden Erwerb der römischen Bürgerschaft dienten.

Diese Materialien waren aber für die Anforderungen des alltäglichen Geschäftslebens nicht praktikabel, weil sie entweder teuer waren und mehr Zeit für die Aufzeichnungen brauchten, wie bei den Metalltafeln, oder sie waren schwer und zerbrechlich, wie die Tontafeln; hier war auch der Zeitverbrauch für Erstellung (Brandzeit) ein Nachteil.

Im alten Rom waren deswegen andere Lösungen beliebt und verbreitet. Diese hielt man üblicherweise für „originelle" römische Lösungen, doch haben die Römer sie von den Etruskern übernommen. Zu nennen sind zunächst die Linienrollen, bei denen die Texte an weißen Linien mit schwarzer oder roter Tinte geschrieben wurden (z.B. das *liber linteus zagrabiensis*,[8] *libri magistratuum*,[9] *libri annales*).[10]

Des Weiteren nutzte man mit Gips geweißte Holztafeln, auf die der Texte mit Tinte geschrieben wurde. So wurden die Edikte der Magistraten gefasst und veröffentlicht. Interessant ist, dass auch hier Fälschungen vorkamen:

> D. 48.10.32. pr.: „Wer ausgestellte Edikte absichtlich verfälscht, wird heutzutage mit der Strafe der Fälschung belegt."[11]

Ferner waren Wachstafeln (*tabulae ceratae*) in Gebrauch, die wahrscheinlich von den Etruskern aus Griechenland importiert wurden; schon Homer kennt dieses Trägermaterial.[12] Die Römer übernahmen und gebrauchten es vielfältig. Die Wachstafeln wurden schon von dem Anfang der republikanischen Zeit an genutzt und sie blieben auch in der späteren Zeit beliebt. Die Technik der Herstellung war, dass man aus einem Holzblock eine hochrechteckige Tafelform aussägte und die Tafel auf der einen Seite noch wie ein Becken vertieft wurde, das dann mit warmem Bienenwachs gefüllt wurde. Nach seiner Aushärtung wurde das Wachs durch die Seiten des Holzes auf seinem Platz gehalten. In das Wachs konnte man den Text mit einem aus Holz oder Knochen, später aus Elfenbein oder Metall hergestellten Schreibstift (*stylus*) mit dem gespitzten Teil einkratzen. Die Fehler konnte man mit dem anderen, ungespitzten Ende des Schreibstifts, sofort streichen. Diese Tafeln dienten für Notizen, Aufzeichnungen, Schularbeiten, aber auch für Briefwechsel. Dafür waren sie besonders deshalb geeignet, weil der ursprüngliche Text von dem Empfänger gelöscht werden konnte und auf derselben Tafel die Antwort geschrieben und zurückgeschickt werden konnte; ferner wurden sie auch für Buchführung, Verträge und Testamente benutzt.

Später kam noch der Papyrus aus Ägypten nach Rom. Infolge seines geringen Gewichts konnte man ihn leicht transportieren, sodass er besonders für das Geschäftsleben im römischen Weltreiches geeignet war. Sie wurden aber nicht nur für Briefe verwendet, sondern auch für Verträge und öffentliche Urkunden (z.B. Geburtsurkunde aus Ägypten). Hier wurde auch die gleiche Technik benutzt, was bei den Doppelurkunden der Wachstafeln: zwei oder mehrere Blätter wurden mit Schnur zusammengenäht, um den Innentext zu schützen.[13]

Noch später verbreitete sich das Pergament (es stammt ursprünglich aus der Stadt Pergamon in Kleinasien) in dem Römerreich, das ein sehr dünn ausgearbeitetes Blatt aus Tierhaut war. Das wurde die Hauptschreibfläche in der Spätantike und in dem Mittelalter gewesen.

2.1 Schutz der Urkunden vor Fälschungen

Man kann sich die Frage stellen, was man im alten Rom als Urkundenfälschung ansah. Anfangs hatten die Römer noch keine Urkunden benutzt, da die Schriftkunde noch fehlte oder nur für weniger zugänglich war. So kennen wir in den Zwölftafelgesetz eine gesetzliche Regelung weder von Urkunden, noch von Urkundenfälschung. Später wurden die Schriftkenntnisse verbreitet und dadurch sind auch die Geschäftsbücher erschienen. Die ersten schriftlichen Geschäftsbücher wurden höchstwahrscheinlich bei der Staatskasse (*aerarium publicum*) angewendet.

---

[4] Liv. 3.57.10.: *„Priusquam urbe egrederentur, leges decemvirales, quibus tabulis duodecim est nomen,* in aes incisas in publico *proposuerunt."* Livy, The Loeb Classical Library, London, 1988

[5] Liv. 2.33.3.; Cic. Balb. 53. Cicero Pro Balbo, The Loeb Classical Library, London, 1987

[6] Liv. 8.11.16.: *„Equitibus Campanis civitas Romana data, monumentoque ut esset, aeneam tabulam in aede Castoris Romae fixerunt."*; Siehe noch SHERWIN-WHITE A.N., *The Roman Citizenship*, Oxford, 1973, S. 39-53.

[7] Dazu siehe die Forschungen von Werner ECK, (z.B. ECK W. – MacDONALD D. – PANGERIA D., Die Krise des römischen Reiches unter Marc Aurel und ein Militärdiploma aus dem Jahr 177 (?), In: *Chiron* Nr.33, 2003, S. 365-346., ECK W., Fünf 'Ehreschriften' auf Bronze aus Spanien, In: *Chiron* Nr. 27, 1997, S. 195-207. Siehe noch: MANN J.C., Honesta Missio from the Legions, In: ALFÖLDI G. - DOBSON B. - ECK W. (Hrsg.), *Kaiser, Heer und Gesellschaft in der Römischen Kaiserzeit,* Stuttgart, 2000, S. 153-162.

[8] In etruskischer Sprache gefasst, aus dem 3. Jh v. Chr, einen rituellen Text enthaltend; der Stoff wurde später in Ägypten für Mumifikation verwendet und noch später während der Forschungen der Mumie in Zagreb entdeckt. Siehe noch: OLZSCHA K., Interpretation der Agramer Mumienbinden, In: *Klio,* Nr. 40 (1939).

[9] Liv. 4.20.8.: *„Quis ea in re sit error, quod tam veteres annales quodque magistratuum libri.";* Liv. 4. 7. 10: *„neque in libris magistratuum."*

[10] Liv. 4.7.10: *„neque in annalibus priscis."*

[11] D. 48.10.32. pr.: Modestinus libro primo de poenis: *„Hodie qui edicta proposita dolo malo corrumpunt, falsi poena plectunctur."* Alle Übersetzungen der Digestentexte sind von: Das Corpus Juris Civilis, (Hgg.) OTTO C.E., SCHILLING B., SINTENIS C.F.F., Leipzig, 1832.

[12] Hom. Il. 6.168-170: „Aber er sandt' ihn gen Lykia hin, und traurige Zeichen / Gab er ihm, Todesworte geritzt auf gefaltetem Täflein: / Dass er dem Schwäher die Schrift darreicht', und das Leben verlöre.", Hom, Il. 6.176-177: „Jetzo fragt' er den Gast, und hieß ihn zeigen das Täflein, / Welches ihm sein Eidam, der herrschende Prötos gesendet." https://www.projekt-gutenberg.org/homer/ilias/ilias062.html.

[13] ERMAN H., Zum antiken Urkundenwesen, In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung (ZSS),* Weimar, Nr. 26., 1905, S. 456-478., S. 463-464.

KNAPOWSKI verknüpft die Ausbreitung ihrer Benutzung schon mit der Beute aus den Sammnitenkriegen im 3. Jh. v. Chr.[14] Solche Geschäftsbücher (*tabulae publicae*) sind auch bei Livius während des zweiten punischen Krieges erwähnt.[15] Gellius schrieb über mehrere Arten von Geschäftsbüchern im Privatrecht auch: *„mensae rationibus"*, *„chirographum exhibitione"*, *„tabularum obsignatione"*.[16]

Die Urkundenfälschungen wurden relativ spät gesetzlich reguliert. Wir wissen nur, dass man sich in der Gesetzgebung von Sulla von 81 v. Chr. (*lex Cornelia de falsis*[17]) mit den Urkundenfälschungen beschäftigt hat. Dieses Gesetz war nicht nur in der Zeit von Cicero, sondern auch in der ganzen klassischen und nachklassischen Zeit (mit einigen Modifikationen durch Senatus Consulta) in Kraft geblieben. Aus den Digesten können wir den früheren Anwendungsbereich der *lex Cornelia* entnehmen:

> Paul. D. 48.10.16.1.: „Paulus hat gesagt: Die Strafe des Cornelischen Gesetzes trifft Jeden, wer auch andere falsche Urkunden, als Testamente, besiegelt hat. 2. Auch jeder Andere, wer in Rechnungen, Urkunden, öffentlichen Schreiben und irgend einem andern nichtbesiegelten Gegenstände eine Fälschung begangen, oder zur Verhehlung der Wahrheit Etwas verschwiegen, genommen, zerstört, hinzugesetzt, oder die Siegel erbrochen habe, werde in der Regel mit derselben Strafe ohne allen Zweifel belegt." [18]

Wir können behaupten, dass alle nachträgliche Veränderungen des Originaltextes – ungeachtet davon, ob die Urkunde gesiegelt oder ungesiegelt war – als Fälschung galt.

Die nachträglichen Veränderungen der Schriften bei den geöffneten Wachstafeln waren besonders leicht. Das machte diese sie zum idealen Trägermaterial für das Erlernen des Schreibens und Lesens. Das bildete auch einen Vorteil für provisorische Aufzeichnungen; die Tafeln waren zur Wiederverwendung geeignet, ein Teil von archäologischen Funden stammt von diesen für Neuverwendung zusammensammelten und gelagerten Wachstafeln. Das war aber auch ein großer Nachteil für das Rechtsleben, das nach Erhaltung der originalen Texte verlangte. Man könnte also denken, dass die spurlose Veränderung der Schriften auf Wachstafeln leicht und die Veränderung der Schriften auf Papyrus schwer war. Doch so eindeutig war es nicht. Die Veränderung an den Wachstafeln hinterließ immer Spuren; so wurden die Tafeln für die Neuaufwendung lieber aufgewärmt, sodass man mit dem geschmolzenen Wachs die ganze Tafel neu ausgießen konnte. Dagegen konnte man die Tinte auf dem Papyrus mit Wasser leicht abwaschen und diesen danach wieder beschreiben. ERMAN bewies, es wurde für Tintenmaterial in der Antike noch kein Metall, sondern Pflanzenmaterial benutzt. Diese sind aber wasserlösliche Stoffe, so konnte man mit Wasser abwaschen und danach auf dem getrockneten Papyrus wieder neu schreiben. Deswegen wurden auch hier die wichtigsten Dokumente so hergestellt, dass die Schriften nur auf einer Seite geschrieben waren und die zwei Blätter mit Schrift zueinander zusammengenäht waren (Doppelurkunde). Es war also die gleiche Technik, wie wir es aus den Wachstafelfunden kennen. Bei dem Wachs war also die Gefahr der Fälschung nicht so groß, doch wurde hier auch die Technik erfunden, zwei Tafeln zu verwenden und mit einer Schnur zusammenzubinden (*diptychon*). Die originalen Texte kamen immer auf die Innenseiten, die Tafeln wurden aufeinander gelegt und mit einer gesiegelten Schnur verbunden. Die äußeren Seiten wurden nicht mit Wachs bedeckt, sondern dienten als Deckel. Später wurde diese Lösung weiterentwickelt und meist drei (Dreitafeln = *triptychon*), manchmal auch vier oder noch mehr Tafeln (*polyptychon*) benutzt. Sie konnten also eine Buchform bilden, nur die praktische Handhabbarkeit ließ mit zunehmender Dicke nach, weshalb wir im alltäglichen Leben hauptsächlich nur die Zwei- und Dreitafelform finden.

Die ersten zwei Tafeln bewahrten auf ihren inneren Seiten den Originaltext, der nur vor Gericht veröffentlicht wurde. Die äußere Seite der zweiten Tafel diente als Trägerfläche für die Siegel und die innere Seite der dritten Tafel diente zur inhaltlichen Zusammenfassung des inneren Textes der ersten beiden Tafeln. So konnten die Vertragsparteien während der Laufzeit des Vertrages auf die vertraglichen Bedienungen immer zugreifen. Der Verschluss der Tafeln war zuerst nicht gesetzlich vorgeschrieben. In der Praxis war – nach den archäologischen Funden[19] –eine Nut an der Seite verwendet und man hat einen Schnur darin laufen lassen, um die Schnur zu siegeln. Das wurde aber durch das *SC. Neronianum* (61 n. Chr.) geändert und vorgeschrieben, dass man die Tafeln mit Löchern versehen musste, und drei Schnüre dadurch laufen mussten (*triplex linum*).[20] Ab diesem Zeitpunkt ist die Anwendung der Löcher überall verbreitet, was auch durch archäologische Funde bewiesen ist.[21] Doch waren in der Rechtsprechung gelegentlich auch andere Formen zum Schutz der Originalität des Testaments anerkannt: Wenn jemand die Wachstafeln ohne Schnur in einem Leinwand

---

[14] KNAPOWSKI R., *Der Staatshaushalt der Römischen Republik*, Frankfurt am Main, 1961, S. 3.: „Zu Anfang des III. Jahrhunderts bemerken wir hierin eine auffällige Änderung und zwar zum ersten Mal sogar schon im Jahre 295."

[15] Liv. 26.36.11.: *„(…) tanto certamine iniecto ut prima aut inter primos nomina sua vellent in publicis tabulis esse, ut nec triumviri accipiundo nec scribae referundo sufficerent."*

[16] Gell. 16.2.7., Gellius, The Loeb Classical Library, London, 1978

[17] ROTONDI G., *Leges publicae populi romani*, Hildesheim-Zürich-New York, 1990, S. 356-357. Dazu: D. 48. 10. 25.: *Ulpianus liber septimo ad edictum: „Qui nomine praetoris litteras falsas reddidisse edictumve falsum proposuisse dicetur, ex causa actione in factum poenali tenetur, quamquam lege Cornelia reus sit."*

[18] D. 48.10.16.1.: Paulus libro tertio responsorum: *„Paulus respondit legis Corneliae pona omnes teneri, qui etiam extra testamanta cetera falsa signassent. 2. Sed et ceteros, qui in rationibus tabulis litteris publicis aliave qua re sine consignatione falsum fecerunt vel, ut verum non appareat, quid celaverunt subripuerunt deleverunt subiecerunt resignaverunt, eadem poena adfici solere dubium non esse."*

[19] PÓLAY E., A dáciai viaszostáblák szerződései (Die Verträge der Siebenbürgerischen Wachstafeln), Budapest, 1972, S. 42.

[20] Suet. Nero 17: *„Adversus falsarios tunc prinum repertum ne tabulae nisi pertusae ac ter lino per foramina traiecto obsignarentur"*., Suetonius Vitae Caesarum, The Loeb Classical Library, London, 1989, siehe noch: PÓLAY S. 41-42.

[21] PÓLAY S. 42.

als Umschlag verpackt und das Leinen versiegelt, erkennt man das auch als gültiges Testament an.[22]

Testamente wurden noch während des ganzen Prinzipats hauptsächlich auf Wachstafeln geschrieben, deren Echtheit anders gefährdet war: Die Fälschungen zielten nicht gegen die gut geschützte Schrift in den Tafeln, sondern gegen den Willen des Erblassers. Unter Zuziehung falscher Zeugen wurde in echte Tafeln nicht der Wille des Erblassers, sondern der Wille der Fälscher getragen.

3. Wachstafeln in der Buchführung

Die Wachstafeln fanden breite Verwendung für Geschäftszwecke und in der Buchhaltung. Dabei nutzte man offene Dokumente, sodass eine Fälschung der Aufzeichnungen technisch nicht schwer war. Im Folgenden zeige ich einen sehr interessanten Rechtsfall im Bereich der Fälschung der Buchführung. Unsere Quelle dafür ist die Rede von Cicero gegen Verres aus dem Jahre 70 v. Chr. Es ist auch deswegen interessant, weil das die einzige Klageschrift von Cicero war; die anderen Gerichtsreden von Cicero sind immer Verteidigungsreden.

Cicero war hier als römischer Vertreter der Kläger der Provinzbewohner Siziliens gegen den ehemaligen Provinzstatthalter Gaius Verres tätig. Die Hauptklage wurde wegen Erpressungen (*crimen repetundarum*) des Angeklagten während seiner Amtzeit (74-71 v. Chr.) in der Provinz Sizilien erhoben. Der Beklagte hat hohe Summen von den Bewohnern der Provinz – ungeachtet, ob sie römische Bürger, oder nichtrömische Bürger waren – erpresst. Er hat diese Erpressungen mit verschiedenen Mitteln und Arten verwirklicht. Einige Bewohner mussten auch Barkredite mit hohen Zinsen von der Steuerpächtergesellschaft in Sizilien aufnehmen, um diese Summen an Verres auszahlen zu können und dadurch ihr Leben und Vermögen zu sichern.

Cicero war als Ankläger sehr tüchtig und betrieb sorgfältige Recherchen sogar in Sizilien, ist also dorthin gefahren, um Beweismaterial zu finden. Dabei fand er Zeugen und auch Nachweise (von den Zeugen oder von unbekannten Informanten), dass er schriftliche Beweise in den Büchern der Publikanengesellschaft finden konnte. So wollte er diese Bücher auch sehen. Er berichtet aber nur, dass er die Bücher selbst sehen konnte, nicht, warum er die Bücher einsehen konnte. Wir können darauf verschiedene Antworten geben:

Entweder waren diese Daten für alle römische Bürger zugänglich, wie heute die öffentlichen Daten, oder Cicero war ein Mitglied dieser Pachtgesellschaft. Es kann aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass Cicero informell, durch seine Bekannten einen Zugang zu den Büchern erhielt oder als offizieller Ankläger in einem öffentlichen Strafprozess.

Die erste Möglichkeit kann man öffentlich-rechtlich, auf der Basis des Gemeininteresse begründen, wie das BADIAN meint.[23] Diese Gesellschaften übten öffentliche Aufgaben aus, und dazu bekamen sie in einigen Rechtsbereichen eine Sonderstellung.

Gegen die strengen Regeln der Zwölftafeln – *privilegia ne iroganto*[24] – wurden doch spezielle Normen für die *publicani* angewendet. Sie sind teils nach Gewohnheitsrecht,[25] teils durch schriftliche Rechtsquellen entstanden, hauptsächlich in den Edikten des Prätors[26] in Rom und den Statthalter[27] in den Provinzen. Die Existenz dieser speziellen Normen zeigt deutlich die Macht der *publicani*.[28] Auch der Vertrag mit dem Staat konnte weitere spezielle Regeln und Vergünstigungen sichern.[29] Wir können wohl annehmen, dass ihre Arbeit von jedem römischen Bürgern kontrolliert werden konnte, weil ihre Tätigkeit als „gemeine Sachen" (*res publica*) galt. Wir wissen aber, dass diese Pachtgesellschaften alle fünf Jahren gegeneinander auftreten, um bei den Versteigerungen für die Pachtgeschäfte das beste Angebot für Rom anzubieten. Das spricht aber für die Geheimhaltung ihrer inneren Angelegenheiten (Einkommen, Kosten usw.). Deswegen können wir einen allgemeinen öffentlichen Zugang zu der Buchhaltung ablehnen.

Die zweite Möglichkeit ist, dass Cicero ein Mitglied der Gesellschaft war. Wir wissen, dass in dieser Zeit diese Gesellschaften auch eine Art von „Aktien" (*partes*)[30] ausgegeben haben, die auch Kleinbürger in Rom kaufen konnten und die sie zu einem Anteil an den Gewinnen berechtigte. Wir können nicht ausschließen, dass Cicero (auch kurz vor seiner Anreise auf Sizilien) ein Anteil gekauft hatte und dadurch das Recht zu Zugang der Bücher erwarb. Mangels Beweis können wir aber auch diese Ansicht ablehnen.

Die dritte Möglichkeit kann sein, dass Cicero informell sein Zugang sichern konnte. Wir wissen, dass er das Haupt der Gesellschaft (*L. Vibius*) in Rom vor seiner Anreise besuchte und mit ihm geredet hat. So konnte er dessen Erlaubnis oder sogar

---

[22] D. 28.1.22.7.: Ulpianus libro trigesimo nono ad edictum: *„Signatas tabulas accipi oportet et si linteo, quo tabulae involutae sunt, signa impressa fuerint."* siehe noch: ERMAN S. 466.

[23] BADIAN E., *Zöllner und Sünder, Unternehmer im Dienst der römischen Republik*, Darmstadt, 1997, S. 96: „Die Geschäftsbücher (*tabulae*) der Pachtgesellschaft waren öffentliche Dokumente".

[24] LDT IX.1.; Cic. Leg. 3.14.44., Cicero De legibus, The Loeb Classical Library, London, 1988

[25] MARQUARDT J, *Römische Staatsverwaltung*, Leipzig, 1876, S. 184: „da von den ungesetzlichen Forderungen der *publicani*, die keineswegs einzeln vorkamen, sondern Jahrhunderte lang als ein Gewohnheitsrecht betrachtet wurde".

[26] D. 19.1.19.: Gaius edictum praetoris titulo de publicanis; D. 39. 4. 5.pr.: Gaius ad edictum praetoris urbani titulo de publicanis

[27] Cic. Att. 6.1: *„Quorum unum est provinciale… in eodem omnia de publicanis…"*, Cicero Epistulae ad Atticum, The Loeb Classical Library, London, 1980

[28] LENEL hat die Regeln in dem XXXII. Abschnitt des *Edictum Perpetuum* rekonstruiert. LENEL O., *Das Edictum Perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Aalen, 1974, S. 387-388.: *„De publicanis"*. Ähnlich ist der Titel der *Digesten*, in den D. 39.4: *„De publicanis et vectigalibus et commissis"*, und auch Ulp. D. 39.4.1.1.: *„Hic titulus ad publicanos pertinet."*. Dies sind interessante Beweise für die frühe Existenz des Spezialrechts, sog. *ius singulare.*

[29] *lex portorii Asiae* § 12., 19., 23., 33., 34. Siehe: ENGELMAN H. – KNIBBLE D., Das Zollgesetz der Provinz Asia, *EA 14* (1989), S. 1-169.

[30] Pomp. D. 17.2.59.pr.; Cic. Rab. Post. 2.4., Cicero Pro C. Rabirio Postumo, The Loeb Classical Library, London, 1979; Cic. Vatin. 12.29., Cicero In Vatinium, The Loeb Classical Library, London, 1966

Befehl an den Leiter der Gesellschaft in Sizilien (*promagister*) haben. Dem widerspricht aber Ciceros Bericht, dass er das Haupt der Gesellschaft unangekündigt besuchte und gleich bei ihm Urkunden (Briefe) versiegelte.[31]

Cicero hat vernünftig gehandelt, weil wir wissen, dass ein Mann namens Apronius, Mittäter von Verres, seine Bücher vernichtet hatte und später damit argumentierte, dass er überhaupt keine Bücher führte, was in dem Kreis der römischen Elite in dieser Zeit ganz unglaubwürdig war.[32]

Wir wissen auch, dass die Beziehung zwischen Verres und die Publikanengesellschaft am Anfang sehr schlecht war; Carpinatius hat in seinen Briefen von Diebstählen des Verres gegen die Gesellschaft geschrieben.[33]

Später wandelte sich aber diese Beziehung und die Beamten der Publikanengesellschaft haben sich – nach Anfrage von Verres – entschieden, einige Briefe, die sich mit den früheren Geschäften von Verres beschäftigten und auch einige Einschreibungen in den Büchern noch vor dem Prozess vernichten lassen.[34]

> (173) „daß in den Papieren der Gesellschaft sich nichts befände, was für seine persönliche Sicherheit oder seinen allgemeinen Ruf von übler Bedeutung werden könnte." [35]

Die Beamte der Gesellschaft waren also sehr hilfreich für die ehemaligen Geschäftspartner der Gesellschaft und ordneten die Entfernung aller Angaben an, die für Verres später nachteilige Wirkung hätten haben könnten:

> (173) „Man wird sich einig und beschließt, alle für den Ruf des Gaius Verres eventuell schädlichen Schriftstücke zu entfernen und dahin zu wirken, daß aus diesem Vorkommnis dem Gaius Verres keinerlei Unannehmlichkeit erwachsen könne." [36]

Cicero hatte deswegen nur wenige Beweise, nachdem diese Dokumente vernichtet worden waren:

> (176) „Wenn jene Briefe *nicht* laut Beschluß der Zehntpächter durch die Beamten der Gesellschaft fortgeschafft worden wären," [37]
>
> (166) „Die wurden bekanntlich auf gemeinsamen Beschluß hin beiseite geschafft." [38]

Wir können deswegen behaupten, dass in dieser Situation eine informelle Erlaubnis für Zugang zu den Büchern nicht plausibel ist.

Die vierte Möglichkeit beweist Ciceros Handlungen in Rom: Er konnte den Zugang zu den Briefen und die Versiegelungen nur so verwirklichen, wenn er schon offiziell der Ankläger war, also hatte das Recht der Anklageerhebung gegen Caecilius schon vor Gericht erworben und dadurch galt er als eine offizielle Person des Gerichtsverfahrens. Meiner Meinung nach gilt dasselbe für seine späteren Handlungen auf Sizilien, sodass er als offizieller Teilnehmer des Gerichtsverfahrens zur Einsichtnahme in die Bücher berechtigt war.

4. Ciceros Untersuchung der Geschäftsbücher

Durch die Einsichtnahme hat er zunächst mehrere Namen gefunden, die während der Statthalterschaft von Verres (74-71 v. Chr.) riesige Summen mit Wucherzinsen von der Pachtgesellschaft aufgenommen haben, um sie als Erpressungssummen an Verres auszahlen zu können.

Den Pachtgesellschaften standen riesige Bargeldmengen zur Verfügung und es war ihnen erlaubt, damit Geschäfte zu machen. Im antiken Rom gab es wesentlich weniger Bargeld als heute; dazu kam noch, dass die Bürger und die Bewohner einige Arten von Steuern in Bargeld leisten sollten: So mussten auch gutsituierte Leute, deren Vermögen hauptsächlich aus Ländereien und aus Materialen, Läden bestand, regelmäßig Bargeldkredite aufnehmen. Deswegen blühten die Bankgeschäfte mit Wucherzinsen, obwohl der römische Staat immer gegen den Wucher kämpfte.

Das Rechtsgeschäft wurde also in unserem Fall so geschlossen, dass das kreditierte Geld nicht dem Schuldner, sondern direkt einer Drittperson ausgezahlt worden ist. Der Geldtransfer wurde in den Ein- und Ausgabenbücher (*tabula accepti et expensi*) aufgezeichnet. Cicero benutzt hier auch den *terminus technicus* des schriftlichen Vertrags des römischen Rechts: *nomen (transciptum)*. Das Geld wurde von der Gesellschaft der Drittperson ausgezahlt, doch der Schuldner bleibt in der Obligation für die Rückzahlung mit Zinsen.

Der Name der Drittperson war immer ein gewisser C(aius) VERRUCIUS, G(ai) F(ilius), was ganz ähnlich wie C(aius) VERRES G(ai) F(ilius) klingt! Interessant war für Cicero noch, dass dieser Mann in Sizilien erscheint, nachdem Verres die Statthalterschaft übernahm und sofort verschwand, als Verres die Insel verließ! Der zweite Punkt undurchsichtige Punkt für Cicero war, dass niemand diesen Mann kannte! Das war sehr merkwürdig, weil er – laut der Angaben der Bücher – sehr reich sein musste, was bedeutete, dass er mit verschiedenen Leuten geschäftliche Beziehungen hätte unterhalten müssen. Darüber fand Cicero aber keine Informationen.

Als Cicero die Eintragungen näher ansah, erkannte er, dass auch Veränderungen in den Büchern vorkamen: der Text war bis VERR unverändert, von dort an aber umgeschrieben, wie mehrere Stellen bestätigten.

> (187): „Als uns diese Erkenntnis deutlich aufging und wir die Gesellschaftsbücher bereits in Händen hielten, fielen uns plötzlich einige Stellen auf, an denen der Text korrigiert

---

[31] Cic. Verr. 2.2.74. (182). Cicero In C. Verrem, Divinatio in Q. Caecilium, The Loeb Classical Library, London, 1989

[32] Cic. Verr. 2.3.47. (112): *„Non ex Apronii tabulis, quas ego cum conquirerem non inveni, et cum in ius ipsum eduxi ut conficere se tabulas negaret."*

[33] Cic. Verr. 2.2.70. (171)

[34] Cic. Verr. 2.2.73. (180): *„quaeram remotaene sint litterae?"*

[35] Cic. Verr. 2.2.71. (173): *„ne quid esset in litteris sociorum quod contra caput suum atque existimationem valere posset."*

[36] Cic. Verr. 2.2.71. (173): *„Statuunt illi atque decernunt ut eae litterae quibus existimatio C. Verris laederetur removerentur, operaque daretur ne ea res C. Verri fraudi esse posset."*

[37] Cic. Verr. 2.2.71. (176): *„Si istas litteras non decreto decumanorum magistri removissent"*

[38] Cic. Verr. 2.3.71. (166): *„Decreto decumanorum remotae sunt."*

worden war; die ursprünglich geschriebenen Worte waren ausradiert und es sah aus, als hätte das Blatt einige frische Wunden. Sofort schöpften wir Verdacht und konzentrierten unsere Augen und Gedanken auf diese Stelle. Da fand sich nun eine Summe gutgeschrieben an einen gewissen *Gaius Verrucius*, und zwar konnte man deutlich sehen, daß alle Buchstaben bis zu dem zweiten r unverändert beibehalten worden waren, während die übrigen sämtlich auf der ausradierten Stelle standen; ein zweiter Posten fand sich mit genau derselben Änderung, dann ein dritter, ein vierter, schließlich eine ganze Menge. Damit war die Urkundenfälschung offenbar, das gemeine Verbrechen konstatiert, und so fingen wir an, den Carpinatius auszufragen, wer denn dieser Verrucius wäre, mit dem er in so lebhaftem Geschäftsverkehr stünde." [39]

So konnte Cicero später vor dem Prätor von Sizilien den Carpitanius, den Beamten der Gesellschaft fragen: Wie konnte der Schreiber immer den gleichen Fehler machen?

(188): „warum der Subalternbeamte, dem die Zusammenstellung der Zahlungslisten bei jener Gesellschaft oblag, sich jedesmal in dem Namen Verrucius von einem bestimmten Buchstaben an geirrt hätte." [40]

Diese schriftlichen Eintragungen verstärkten die Aussagen der Zeugen, die über die Erpressungen mündlich vor Gericht aussagten. Cicero kam später nochmals auf die Fälschung zurück:

(191): „Seht ihr da den Verrucius? Seht ihr, wie die ersten Buchstaben in Ordnung sind? Seht ihr auch den letzten Teil des Namens auf der ausradierten Stelle, wo er dem Verres wie ein Schwanz angehängt ist und nun wie im Schmutze nachschleppt? So sieht das Original aus, meine Herren, so wie diese Kopie." [41]

Wir sehen also, dass die Urkundenfälschungen nicht nur im Privatrecht, sondern auch im öffentlichen Recht vorkamen. Cicero hielt die Bücher der Pachtgesellschaften für einen sicheren Beweis, der nicht leicht entkräftet werden konnte:

(186): „Jetzt wollen wir zu den Einnahme- und Ausgabebüchern der Gesellschaft, die man anständigerweise absolut nicht aus dem Wege schaffen konnte," [42]

Diese Bücher konnten also – anders als die Briefwechsel, wie wir das oben sahen – nicht beseitigt, aber doch ihrem Inhalt nach verändert werden!

5. Die *actio ad exhibendum:* Anwendung einer Vorlegungsklage

Nach dem Einblick in die Bücher sah sich Cicero aber mit einem anderen Problem konfrontiert, nämlich dass diese Bücher nicht aus Sizilien nach Rom gebracht werden durften:

(187): „Nun enthält *das Gesetz* für die Rechnungsbücher der Steuerpächter den Ausnahmeparagraphen, demzufolge ihre Überführung nach Rom nicht zugegeben zu werden braucht;" [43]

Ich denke – entgegen BADIAN [44] –, dass ein solches generelles Ausfuhrverbot nicht existierte, da wir hierüber keine Quellenberichte haben und das auch im Widerspruch zu der späteren Regulierung stünde.[45] Es konnte also nur eine spezielle Regelung für Sizilien sein. Das kann man einerseits zu einem Gesetz über die Steuereintreibung auf Sizilien zurückführen. Das wurde ursprünglich von dem Herrscher von Syracuse (II. Hiero) [46] erlassen, war von den Römern zuerst für dessen Herrschaftsgebiet übernommen und später – nach der Eroberung der ganzen Insel –überall auf der Insel angewendet worden. Dieses Gesetz wurde später traditionell als *lex Hieronica* [47] bezeichnet, auch wenn die konkreten Regelungen schon von dem Statthalter Siziliens (*praetor Siciliae*) in seinem Edikt (*edictum*) für seine Amtszeit festgelegt worden waren. Die Prätoren übernahmen hier, wie das in Rom die üblich war, die Regelungen von ihren Amtsvorgängern.[48] Wir können vermuten, dass die ursprüngliche Regelung die Steuereintreibung nur für Inselbewohner erlaubte, weshalb die Geschäftsbücher auch dort aufbewahrt werden sollten.

Eine andere Interpretationsmöglichkeit ist, dass diese Regelung nicht in dem Edikt, sondern „nur" in dem Vertrag zwischen dem römischen Staat (Statthalter) und der Publikanengesellschaft vorgeschrieben war. Unsere Quellen benutzen das Wort „*lex*" nicht nur in dem allgemeinen Sinne als *lex publica*, sondern auch für die Verträge zwischen dem römischen Staat und Privaten, die übrigens in den Quellen niemals als *contractus*

---

[39] Cic. Verr. 2.2.76. (187): *„Cum haec maxime cognosceremus et in manibus tabulas haberemus, repente aspicimus lituras eius modi quasi quaedam vulnera tabularum recentia. Statim suspicione offensi ad ea ipsa nomina oculos animumque transtulimus. Erant acceptae pecuniae C. VERRUCIO C. F, sic tamen ut usque ad alterum R litterae constarent integrae, reliquae omnes essent in litura; alterum, tertium, quartum, permulta erant eiusdem modi nomina. Cum manifesta res flagitiosa litura tabularum atque insignis turpitudo teneretur, quaerere incipimus de Carpinatio quisnam is esset Verrucius quicum tantae pecuniae rationem haberet. "*

[40] Cic. Verr. 2.2.77. (188): *„cur servus societatis qui tabulas conficeret semper in Verruci nomine certo ex loco mendosus esset."*

[41] Cic. Verr. 2.2.78. (191): *„Liber explicetur. Videtis Verrucium? Videtis primas litteras integras? Videtis extremam partem nominis, codam illam Verrinam tamquam in luto demersam esse in litura? Sie habent se tabulae, iudices, ut videtis."*

[42] Cic. Verr. 2.2.76. (186): *„Nunc ad sociorum tabulas accepti et expensi, quas removere honeste nullo modo potuerunt,"*

[43] Cic. Verr. 2.2.76. (187): *„Quod lege excipiuntur tabulae publicanorum quo minus Romam deportentur."*

[44] BADIAN S. 96.

[45] Siehe: *lex Iulia de pecuniis repetundis* (59 v. Chr.) in.: Cic. fam. 5.20.2., Cic. fam. 5.20.7.; Cic. Piso. 25.61. Laut BEIGEL sollte man die Bücher in drei Exemplare führen, von denen man eines nach Rom schicken und zwei in den zwei bedeutesten Städte der Provinz aufbewahren sollte. BEIGEL R., *Rechnungswesen und Buchführung der Römer*, Karlsruhe, 1904, S. 105.

[46] Regierungszeit: 270-215 v. Chr.

[47] Cic. Verr. 2.2.13. (32): *„lege frumentaria, quam Hieronicam appellant";* Cic. Verr. 2.3.49. (117): *„cum lege Hieronica venirent, quanti nunc lege Verria venierunt."*

[48] Dafür paralell ist die Benutzung der *leges censoriae* für Bauverträge, auch dann, wenn diese von dem Stadtprätor geschossen wurden. Siehe: Cic. Verr. 2.1.55. (143) *„Corriguntur leges censoriae."*

bezeichnet werden.[49] In diesem Zusammenhang bezeichnet das Wort *„lex“* einerseits den ganzen Vertrag, andererseits aber auch einseitig formulierte Vertragsbedingungen.

In dieser Interpretation bezeichnet die *lex Hieronica* also nichts anders als die Vertragsbedingungen für die angebotenen Verträge oder auch die Verträge zwischen dem römischen Staat (Statthalter) und der Publikanengesellschaft. Diese wurden in Erinnerung an den Schöpfer des Steuersystems als *lex Hieronica* bezeichnet, obwohl Cicero auch *lex Verria* benutzt, insoweit sich die neuen Regelungen von den alten unterscheiden.[50]

Beide Auslegungen führen uns dazu, dass man die Geschäftsbücher nicht in der Originalfassung nach Rom bringen durfte! So war Cicero gezwungen, eine andere Lösung zu finden. Er fand sie im römischen Prozessrecht: Er konnte Carpinatius, den Beamten dieser Gesellschaft in Sizilien (*promagister*),[51] vor Gericht bringen und zwingen, die originalen Bücher vorzuzeigen. Dadurch konnte Cicero auch Kopien von ihnen machen lassen.

Bleibt zu klären, welche Klage Cicero gegen Carpinatius erhoben hat. Cicero schreibt nämlich nichts über den Namen der gewählten Klage, er scheibt nur, dass er Carpinatius vor Gericht brachte. Die Klage sollte aber nach aller Wahrscheinlichkeit eine Vorweisungsklage (*actio ad exhibendum*) [52] sein. Das war eine persönliche Klage (*actio in personam*) [53] für Vorweisung einer Sache, deren Zweck die Vorbereitung einer anderen Klage war:

> D. 10.4.2.: „Auslieferung heißt, (eine Sache) öffentlich vorzeigen, um dem, der Klage erheben will, den Weg dazu zu eröffnen.“ [54]

Diese Formulierung passt besonders zu unserem Fall: Die Sache soll von dem Privatbereich zu dem öffentlichen Bereich (*in publico potestate*) kommen. Weniger bekannt ist, dass der Kläger kein Eigentümer sein musste; er musste nicht einmal behaupten, dass er sich für den Eigentümer hält, sondern nur sein Interesse für die Vorlegung beweisen:

> D.10.4.3.1.: „Wer Klage auf Auslieferung erhebt, behauptet nicht durchaus, dass er Eigentümer sei, noch braucht er den Beweis davon zu führen, indem vielerlei Gründe zur Erhebung dieser Klage vorhanden ist.“ [55]

Cicero als Kläger sollte nur sein Interesse beweisen, dass er mit dem Ausfuhrverbot betreffend die Bücher und mit seinem Auftrag als Ankläger beweisen konnte. Der Beklagte – als Privatperson – war der Besitzer der Bücher, also Carpinatius.

Eine interessante Frage ergibt sich daraus, dass das Hauptziel nicht die Vorlegung einer Sache, sondern nur der Zugang zu der Information war, die die Sache enthält. Solche Fragmente finden wir auch in den Digesten [56] und dafür war das *interdictum ad exhibendum* die Hauptmöglichkeit, aber auch die *actio ad exhibendum* war anwendbar:

> D. 43.5.3.7.: „Dieses Interdict ist ein die Auslieferung verfügendes. 8. Was heisst das aber: ausliefern? Ausliefern heisst die Herstellung der Möglichkeit, das Körperliche der Testamentsurkunde mit äussern Sinnen wahrzunehmen.“ [57]

Die *actio ad exhibendum* war eine *actio arbitraria*, das heißt: Wenn sich der Beklagte weigerte, die Sache vorzuzeigen, so wurde er auf die Bezahlung einer Geldsumme an den Kläger verurteilt. Der Geldbetrag wurde – innerhalb der von dem Kläger durch Schätzungseid angegebenen Summe – von dem Richter festgestellt:

> D. 10.4.3.2.: „Uebrigens ist bei dieser Klage zu bemerken, dass der ungehorsame Beklagte durch den Würderungseid des Klägers, während der Richter alsdann die Summe veranschlagt, verurtheilt werden könne.“ [58]

In unserem Fall war es eindeutig, dass Carpinatius im Besitz der Geschäftsbücher war, sodass er sein Privatvermögen riskiert hätte, wenn er die Bücher nicht vorgezeigt hätte. Das wollte er aber nicht riskieren, weshalb er der Klageforderung schon im ersten Teil (*in iure*) des Prozesses entsprach.

Wir wissen auch nicht, wie die Kopie der Bücher tatsächlich ausgeführt wurde. Cicero war der Kläger, die Kopie brauchte aber gewiss viel Zeit, der Statthalter hatte aber für ein Abwarten der ganzen Arbeit offensichtlich keine Zeit.

Cicero hat auch darauf angepasst, dass nicht nur der korrigierte Text, sondern auch der Originaltext und deren Korrekturen genau kopiert wurden:

> (189): „Nun ließ ich sofort, noch auf dem Markte selbst, die Rechnungsbücher in Gegenwart der ganzen Menschenmen-

---

[49] Alfen. D.19.2.29.: *„In lege locationis“;* Gell. 11.17.2.: *„ex lege locationis“;* Cic. Verr. 2. 1. 55. (143): *„Corriguntur leges censoriae.“;* Cic. Verr. 2.1.55. (143): *„LEX OPERI FACIUNDO.“;* LEX PARIETI FACIUNDO PUTEOLANA (105 v. Chr.), FIRA III. 472-475.

[50] Cic. Verr. 2.3.49. (117): *„cum lege Hieronica venirent, quanti nunc lege Verria venierunt“*

[51] Cic. Verr. 2.2.69. (169): *„In scriptura Siciliae pro magistro est quidam L. Carpinatius,“;* MALMENDIER U., *Societas Publicanorum, Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Böhlau Verlag, Köln, 2002, 262-263; MEISSEL F. S., *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main, 2004, S. 207: „…die *promagistrati* laut CIMMA als direkte Stellvertreter der *socii* aufgetreten sein, was quellenmäßig nicht klar belegt ist.“; CIMMA M. R., *Ricerche sulle sociéta di pubblicani*, Milano, 1981, S. 82: „I patti conclusi dal promagistrato, infatti, erano conclusi a nome e a vantaggio dei soci.“

[52] Zum Thema im Privatrecht siehe HARKE J.D., Actio ad exhibendum, Vorlegungsklage im römischen Recht, In: *Schriften zur Rechtsgeschichte (RG)*, Nr. 188, 2019, S. 1-129.

[53] D. 10.4.3.2.: Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: *„Est autem personalis haec actio.“*

[54] D. 10.4.2.: Paulus libro vincensimo primo ad edictum: *„Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agat experiundi sit copia.“*

[55] D. 10.4.3.1.: Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: *„Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi.“*

[56] D. 10.4.3.14.: Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: *„ut servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: haec rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi.“*

[57] D. 43.5.3.7.: Ulpianus libro sexagensimo octavo ad edictum: *„Hoc interdictum exhibitorium est. Quid sit exhibere, videmus. Exhibere hoc est materiae ipsius adprehendendae copiam facere.“*

[58] D. 10.4.3.2.: Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: *„Praeterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit ei iudice quantitatem taxante.“*

ge kopieren, wobei zum Abschreiben nur die bestbeleumdeten Männer aus der „Genossenschaft römischer Bürger zu Syrakus“ herangezogen wurden; alle Buchstaben und Korrekturen des Originals wurden mit peinlicher Genauigkeit in die Kopie übertragen.“ [59]

Die Identität der Kopien mit dem Original wurden von den „Senatoren“ der Pachtgesellschaft, also von den führenden Männern der Sammlung von Mitgliedern (*ex conventu viri primarii*) bezeugt, die nämlich die Seiten der Kopien siegelten:

(190): „Sodann wurde dies alles auf das Sorgfältigste durchgesehen, die Abschrift nochmals mit der Vorlage verglichen und schließlich durch die maßgebenden Persönlichkeiten besiegelt.“ [60]

Daraus können wir annehmen, dass diese Kopien schon in einer Doppel- oder Dreifachurkunde gefasst wurden, sodass man keinen Zugriff auf die inneren Seiten hatte, die erst im Prozess in Rom vor Gericht geöffnet wurden.[61]

Diese Kopien hatte Cicero selbst nach Rom gebracht, um sie im Hauptprozess gegen Verres vorzulegen. Das Kopieren war also sehr wichtig für Cicero, nicht nur, weil er die originalen Bücher nicht nach Rom bringen durfte, sondern auch, weil Verres diese Bücher zu vernichten suchte. In dieser Zeit war er schon in Rom, blieb aber in sehr guter Beziehung mit den führenden Mitgliedern der Gesellschaft [62] und versuchte die Vernichtung der Bücher, in denen Beweise gegen ihn waren, anzuordnen.

6. Zusammenfassung

Als Schlussfolgerung können wir behaupten, dass im antiken Rom eine Vielzahl an Trägermaterialien bekannt und in Gebrauch waren, darunter zuvörderst die Wachstafeln. Die einfache Wachstafel war für Schularbeiten, Briefwechsel, Geschäftsaufzeichnungen und Geschäftsbücher besonders geeignet. Doch bestand die Gefahr der Urkundenfälschung wegen der Weichheit des Wachses. Dagegen entwickelte man die Doppelurkunden, wo die innere Seite der Tafeln durch Zusammenbinden von zwei oder mehreren Tafeln und die Sicherung mit Schnur und Siegeln gesichert war. Auf der anderen Seite war die Fälschung von Urkunden – ungeachtet davon, ob die Urkunde einfach oder doppelt war – gesetzlich bestraft. Doch kamen Urkundenfälschungen jederzeit vor. Ein interessantes Beispiel dafür ist uns von Cicero überliefert. Er traf während seiner Untersuchung der Straftaten von Verres als ehemaligem Statthalter der Provinz in Sizilien auf einen eindeutigen Beweis für Urkundefälschung. Trotz der Weichheit des Wachses blieb die Umschreibung nicht spurlos, sondern gut erkennbar. In den Büchern der Publikanengesellschaft war der Name VERRES in VERRUCIO umgeschrieben und diese Änderungen fanden sich an mehreren Stellen. Merkwürdig war noch dazu, dass der Name Verrucio weder vorher noch nachher begegnet, sondern nur, als Verres als Statthalter in Sizilien tätig war und weiter, dass keiner von diesem Mann wusste, obwohl er den Büchern nach sehr reich war. Verres hat viele reiche Leute in der Provinz durch verschiedene Methoden um Gelder erpresst und wer kein Bargeld hatte, musste Geldkredite von der Publikanengesellschaft aufnehmen, die das kreditierte Geld sofort an Verres auszahlten. So müssten sie auch Verres als Namen in den Büchern aufweisen. Nachdem Verres bekannt war, dass Cicero der Ankläger würde, versuchte er, Briefwechsel und private Geschäftsbücher vernichten zu lassen, was seinen Freunden und Mittätern auch gelang. Doch es ist ihnen nicht gelungen, die Geschäftsbücher der Publikanengesellschaft zu vernichten, sodass seine Mithelfer versuchten, seinen Namen aus den Büchern auszuradieren und ihn durch einen fiktiven Namen zu ersetzen. Es ist ihnen fast gelungen, doch Ciceros Augen konnten sie nicht täuschen.

Ein anderes Problem für Cicero resultierte aus den speziellen Regelungen für Sizilien. Man durfte die Geschäftsbücher der Publikanengesellschaften nicht von der Insel ausführen. So musste sich Cicero darum kümmern, eine beglaubigte Kopie darüber zu schaffen.

Er fand die Lösung im Prozessrecht und erhob eine Vorlegungsklage (*actio ad exhibendum*). So konnte er die Beamten der Gesellschaft dazu zwingen, die Bücher in dem Prozess vorzulegen und darüber eine echte Kopie (auch mit den Verfälschungen) machen zu lassen. Die Kopie wurde schon in einer Doppelurkunde gefasst, sodass Cicero die Beweiskraft der Urkunde erhalten konnte.

Es ist auch interessant, dass Cicero, als offizieller Ankläger, zu den privaten Briefen Zugang und er das Recht hatte, diese mit seinem Siegel zu sichern und in seinen Besitz zu nehmen, um unverfälschtes, originales Beweismaterial zu sichern. Das konnte er aber in Sizilien mit den Geschäftsbüchern nicht verwirklichen, weil er die originalen Bücher nicht nach Rom mitbringen durfte. Eine Privatkopie konnte er wahrscheinlich leicht anfertigen lassen; ihre Beweiskraft wäre aber von dem Angeklagten sofort in Frage gestellt worden. Die Lösung war daher ein Privatprozess, wodurch die öffentliche Kopie und dadurch die Erhaltung der Beweiskraft gesichert war.

[59] Cic. Verr. 2.2.77. (189): *„Itaque illum in iure metu conscientiaque peccati mutum atque exanimatum ac vix vivum relinquo, tabulas in foro summa hominum frequentia exscribo; adhibentur in scribendo ex conventu viri primarii, litterae lituraeque omnes adsimulatae et expressae de tabulis in libros transferuntur.“*

[60] Cic. Verr. 2.2.77. (190): *„Haec omnia summa cura et diligentia recognita et collata et ab hominibus honestissimis obsignata sunt.”*

[61] Cic. Verr. 2.2.78. (191).

[62] BADIAN S. 96.

Procedural Peculiarities of the Lex Publilia de sponsu

*Michael Binder**

Abstract

The guarantor's right to claim recourse was a frequently discussed topic among Roman jurists. However, limited information exists on the earliest legal remedies with which such recourse was accomplished. This article focuses on the first known legal act, the lex Publilia de sponsu, that granted the sponsor a recourse. In his institutes, Gaius mentioned the lex Publilia de sponsu in 3.127 as well as in 4.22 and the sponsor's action against the principal debtor based on this law. Interestingly, in 3.127 he referred to the actio depensi and in 4.22 to the legis actio per manus iniectionem pro iudicato. For a better understanding of the origin and development of the sponsor's right to demand recourse and its procedural peculiarities, an analysis of Gaius 3.127 and 4.22 is necessary.

Keywords: *lex Publilia de sponsu; litiscrescence; actio depensi; legis actio per manus iniectionem pro iudicato.*

1. Introduction

In Roman law different forms of suretyship existed: *sponsio*, *fideipromissio*, and the *fideiussio*, which was the most relevant from in classical times.[1] The *lex Publilia de sponsu* referred only to the *sponsio*, the earliest from of suretyship in Roman law. An obligation resulting from a *stipulatio* (verbal contract) could be secured by *sponsio*.[2] After payment of the principal debtor's debt, questions about the recourse of the *sponsor* emerge. Modern legal scholars fiercely debate whether the *sponsor* already had an action for reimbursement before the *lex Publilia de sponsu* was introduced.[3]

2. Lex Publilia de sponsu

The date of origin of the *lex Publilia de sponsu* is not mentioned in any legal source. According to Gaius 4.22, a *legis actio (legis actio per manus iniectionem pro iudicato*) resulted from the *lex Publilia de sponsu*, which could indicate an early date of origin.[4]

A possible initiator of the *lex Publilia de sponsu* was Q. Publilius Philo, who was first a successful commander in the army[5] and later became consul.[6] Since he was plebeian himself, Q. Publilius Philo provided his people with favourable laws, such

* Dr. Michael Binder currently works as a university assistant at the Department of Roman Law and Antique Legal History, Faculty of Law, University of Vienna, Vienna, Austria, email: m.binder@univie.ac.at
This paper is based on my presentation on March 9th, 2021, 'Prozessrechtliche Besonderheiten beim Bürgenregress nach der Lex Publilia', which took place at XV. Tagung der jungen Romanisten in Würzburg. I offered a more detailed analysis on this topic in my dissertation 'Sanktion für den nicht geständigen Schuldner. Litiskreszenz im römischen Recht und in griechischen Rechtssystemen' (University of Vienna, 2021). For his revision and feedback on this article I want to thank Prof. Dr. Philipp Scheibelreiter.

1 For an overview of these forms of suretyship, see BENKE, N. – MEISSEL, F.-S., *Roman Law of Obligations. Origins and Basic Concepts of Civil Law II. Translated by Caterina Maria Grasl*, Wien, 2021, p. 271-282; KASER, M. – KNÜTEL, R. – LOHSSE, S., *Römisches Privatrecht*, 22nd edn. München, 2021, p. 390-395.

2 See BENKE – MEISSEL, *Obligations*, p. 273.

3 The following authors were in favour of no action: LEVY, E., *Sponsio, fidepromissio, fideiussio*, Berlin 1907, p. 43-44, 76 and WITTMANN, R., Die Prozeßformeln der actio mandati. Ein Beitrag zur Geschichte des prätorischen Edikts. In: NÖRR, D. – NISHIMURA, S. (ed.), *Mandatum und Verwandtes: Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin et al., 1993, p. 49. In this case, the *sponsor* had to rely on *amicitia* and social pressure in order to retrieve his money. KOSCHAKER, P., Review: Steiner, Datio in solutum. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 37, 1916, p. 361, BEHRENDS, O., *Der Zwölftafelprozeß. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, p. 140, and KASER, M., Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregreß. In: *SZ*, vol. 100, 1983, p. 107 shared a different opinion. According to them, the *sponsor* already had, after providing evidence of his payment to the *creditor*, a *legis actio per manus iniectionem* against the principal debtor.

4 For more information on *legis actiones* and Gai. 4.22 see chapter 3, 'Actions based on the lex Publilia de sponsu' and section 3.2 'Legis actio per manus iniectionem pro iudicato'.

5 BLÖSEL, W., *Die römische Republik: Forum und Expansion*, München, 2015, p. 87, 90.

6 In *Ab urbe condita* VIII.12 4-16, Livius referred to the life of Q. Publilius Philo (4th century B.C.); see also HOFFMANN, W., Publilius 11. In: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, vol. XXIII, 1959, p. 1912-1916; RILINGER, R., Die Ausbildung von Amtswechsel und Amtsfristen als Problem zwischen Machtbesitz und Machtmißbrauch in der Mittleren Republik (342 bis 217 v.Chr.). In: *Chiron. Mitteilungen der Kommission für Alte Geschichte und Epigraphik des Deutschen Archäologischen Instituts*, vol. 8, 1978, p. 276; KUNKEL, W. – WITTMANN, R., *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik. Abschnitt 2: Die Magistratur*, München, 1995, p. 609.

as the *leges Publiliae Philonis*.[7] If the *lex Publilia de sponsu* was named after Q. Publilius Philo, it would be safe to date it in the 4th century B.C.[8]

3. Actions based on the lex Publilia de sponsu

The *lex Publilia de sponsu* granted the *sponsor*, after his payment to the *creditor*, the right to sue the principal debtor. Gaius mentioned the sponsor's action twice in connection with the *lex Publilia de sponsu*.

First, in book 3 section 127, he named the *actio depensi* as the action under the *lex Publilia de sponsu*.

Gai. 3.127

In eo quoque par omnium causa est, quod si quid pro reo solverint, eius reciperandi causa habent cum eo mandati iudicium; et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi.

They are all in the same case in this respect also, that if they pay anything on behalf of the principal they can recoup themselves by bringing an action on mandate against him; beyond this, personal sureties have an action of their own for double under the Publilian Act, called the action on expenditure.[9]

Gaius remarked on formulary[10] actions. First, he described the action on mandate.[11] He then noted an additional option only available to *sponsores*—they would be able to claim the *duplum*[12] with the *actio depensi* according to the *lex Publilia*.

Second, in book 4 section 22, Gaius referred to the *lex Publilia de sponsu* as an example of a legal act that constituted a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato*.

Gai. 4.22

Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt, sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo dependsum esset, non solvisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu adversus eum, qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset, et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt.

Subsequently certain statutes dealing with various other cases appointed the action by the laying on of a hand against others, as if they were judgment debtors. For example, by the Publilian Act against a person on whose behalf a personal surety had expended money, if he had not repaid the money to the personal surety in the six month following the time at which expenditure was made; again, by the Furian Act on personal suretyship against on who exacted more than his share from a personal surety; and finally a large number of other statutes appointed an action of this kind in many cases.[13]

In contrast to 3.127, here Gaius examined *legis actiones*.[14] Certain laws granted the plaintiff the right to sue the defendant with a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato*. As examples of such laws, Gaius listed the *lex Publilia de sponsu* and the *lex Furia de sponsu*.[15] Since different actions based on the *lex Publilia de sponsu* are presented in Gaius 3.127 and 4.22, a more detailed analysis of those actions is necessary.

3.1 Actio depensi

A *sponsor* who paid the principal debtor's obligation could demand reimbursement with the *actio depensi*.[16] In this context, it is necessary to examine the word *dependere*. By *dependere*, Roman jurists referred not only to a simple payment but also to a public act in the form of a *solutio per aes et libram*.[17]

According to Gai. 3.127, the *sponsor* could exercise his right to recourse with the *actio depensi* in a favourable way because the *actio depensi* is called an *actio in duplum*. However, this is likely an inaccuracy made by Gaius in 3.127.[18] In 4.9 and 4.171, Gaius correctly listed the *actio depensi* among the actions with litiscrescence.[19]

---

[7] See REIMANN, J., *Römisches Recht bei Titus Livius*, Hamburg, 2017, p. 156.

[8] HOFFMANN, Publilius, p. 1916; ROTONDI, G., *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, p. 473; NELSON, H. L. W. – MANTHE, U., *Gai Institutiones III, 88–181. Die Kontraktsobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, 1999, p. 195.

[9] Translation: GORDON, W. M. – ROBINSON, O. F., *The Institutes of Gaius*, London, 2001, p. 337, 339.

[10] This procedural system was likely introduced in the 3rd century B.C. and, after the *lex Aebutia* came into force (2nd century B.C.), became the dominant procedural system, see KASER, M. – HACKL, K., *Das Römische Zivilprozeßrecht*, 2nd edn. München, 1996, p. 4, 159.

[11] It is questionable whether '*mandati iudicium*' refers to the *actio mandati* or to a special *formula* ('Sonderformel'), see NEUMANN, A., *Der Bürgenregress im Rahmen des römischen Auftragsrechts*, Baden-Baden, 2011, p. 47 and GIMÉNEZ-CANDELA, T., Mandatum und Bürgenregreß. In: NÖRR – NISHIMURA, *Mandatum*, p. 171-172.

[12] For more on this remark, which is likely imprecise, see chapter '3.1 Actio depensi'.

[13] Translation: GORDON – ROBINSON, *Gaius*, p. 421.

[14] *Legis actiones* were 'a legal institution typical of the earliest Roman law', SCHILLER, A. A., Roman Law. Mechanisms of Development, The Hague – New York, 1978, p. 189; as such, they lost relevance after the *lex Aebutia* (see above) and were (with two exceptions) abolished by the *leges Iuliae* (17B.C.), see KASER – HACKL, *Zivilprozeßrecht*, p. 161.

[15] See chapter '4. Conclusion'.

[16] ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, p. 132.

[17] The *solutio per aes et libram* was a formal act which included a payment from the *sponsor* to the *creditor* in front of witnesses, see NEUMANN, *Bürgenregress*, p. 45. The following legal scholars assumed that *dependere* necessarily must have been performed by a *solutio per aes et libram*: MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I*, Leipzig, 1908, p. 275; WESENER, G., Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht. In: *Labeo. Rassegna di diritto romano*, vol. 11, 1965, p. 341-342; KASER, M., *Das Römische Privatrecht I*, 2nd edn. München, 1971, 172; idem, Vollstreckbarkeit, p. 100; NEUMANN, *Bürgenregress*, p. 45; critical: GIMÉNEZ-CANDELA, Mandatum, p. 172.

[18] KASER, Vollstreckbarkeit, p. 109 and NEUMANN, *Bürgenregress*, p. 45.

[19] Gai. 4.9: *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt.*
Translation: GORDON – ROBINSON, *Gaius*, p. 405, 407: *We seek both property and penalty, on the other hand, in those cases where, for instance, we raise an action for double damages against someone who denies a claim, as happens with an action on judgment debt, on expenditure, for wrongful loss under the Aquilian Act, or for definite thing left by obligatory legacy.*
Similar: Gai. 4.171 and PS 1.19.1.

Litiscrescence[20] is a procedural peculiarity shared among only a few actions.[21] The defendant generally had to pay the *simplum*, but if actions with litiscrescence were denied by the defendant in front of the *praetor* (*in iure*), the *lis* increased (*crescebat*), and the defendant was liable for the *duplum*. Therefore, after being sued with the *actio depensi*, the principal debtor faced a difficult choice. He could either deny litigation and take his chances winning the lawsuit against the *sponsor*, which included the risk of a condemnation *in duplum*, or confess in front of the *praetor* (*confessio in iure*) and pay the *simplum*.[22]

Overall, there is a significant difference between actions with litiscrescence and *actiones in duplum*.[23] If an individual was sued with an *actio in duplum*, he was liable for the *duplum* either way. An action with litiscrescence provided him the option of confessing and paying the *simplum*.

In addition to litiscrescence, the *actio depensi* contained two more procedural peculiarities, which were also advantageous for the plaintiff. First, the plaintiff could demand a *cautio iudicatum solvi*, a form of insurance for him that the verdict would be fulfilled.[24] Second, for the calculation of the *summa vadimonii*,[25] the full *lis* (not half, as usual) was relevant.[26]

3.2 Legis actio per manus iniectionem pro iudicato

Among the *legis actiones*, there was one specific action, the *legis actio per manus iniectionem*, for executing a verdict.[27] Gaius explained in 4.21[28] the ritual through which this execution was performed:[29] The plaintiff could lay his hand on the defendant who was not allowed to defend himself. After this act, the defendant was only able to become free again if he paid his debt or presented a *vindex*. A neighbour or relative typically acted as a *vindex*,[30] who was permitted to dispute the plaintiff's claim and throw the plaintiff's hand off (*manum depellere*). Nevertheless, it might have been difficult to find someone who would be willing to act as a *vindex* because the *vindex* had (in case he lost the lawsuit against the plaintiff) to pay the *duplum*.[31]

In Gai. 4.22, one of the examples provided of a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* is the *lex Publilia de sponsu*.[32] The words *pro iudicato* suggest that the plaintiff had no verdict, but still the *legis actio per manus iniectionem* was granted by the *praetor*.[33] Here, the following question arises: Why would the *praetor* approve the *legis actio per manus iniectionem* without a verdict from a *iudex*? Kaser assumed that the liability of the principal debtor could have been proven by the witnesses of the *solutio per aes et libram*. After witnessing their testimony, the *praetor* knew whether the *sponsor* had paid off the debt of the principal debtor. If he had made this payment, his right of recourse with the *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* was enabled by the *praetor*, who skipped the appointment of a *iudex* and decided the case himself.[34] This form of execution without

---

[20] Roman jurists might have been familiar with the phrase *infitiando lis crescit in duplum*. Although, as WENGER, L., *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz, 1901, p. 102 pointed out, this exact sequence of words is nowhere to be found; see: Inst. 3. 27. 7: '*… sic namque definiverunt veteres: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis…*'; Paul D. 12. 2. 30 pr.: '*… actione quae infitiando crescit…*'.

[21] See the listings Gai. 4.9, Gai. 4.171, and PS 1. 19. 1.

[22] The *actio depensi* with litiscrescence led to this difficult situation for the debtor. For more on the same problem occurring in the context of the *Lex Aquilia*, see PUGSLEY, D., On the Lex Aquilia and Culpa. In: *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, vol. 51, Nr. 1, 1982, p. 7 and HARKE, J. D., Die Rechtspositionen am Sklaven. Ansprüche aus Delikten am Sklaven. In: CHIUSI, T. J. – FILIP-FROSCHL, J. – RAINER, J. M., (ed.), *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS) III/2*, Stuttgart, 2013, p. 75.

[23] See KELLY, J. M., *Roman Litigation*, Oxford, 1966, p. 153-154. Those two categories were later conflated by Byzantine jurists, see DE JONG, H., Die actio in duplum (*ἡτοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις*) bei Sachbeschädigung – Ein Mysterium im byzantinischen Recht. In: *SZ*, vol. 132, 2015, p. 359-361.

[24] Gai. 4.102; KASER – HACKL, *Zivilprozeßrecht*, p. 280-281.

[25] If another hearing date in front of the *praetor* (*in iure*) was necessary, the defendant had to make a promise (*vadimonium*) that he would appear *in iure* again, see KASER – HACKL, *Zivilprozeßrecht*, p. 226-227; WENGER, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure. Translated by Otis Harrison Fisk*, 2nd edn. New York, 1955, p. 99.

[26] Gai. 4.186; KASER, Vollstreckbarkeit, p. 133.

[27] KASER – HACKL, *Zivilprozeßrecht*, p. 131; DOMINGO, R., *Roman law. An introduction*, London, 2018, p. 112.

[28] Gai. 4.21: *Per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus, ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, velut iudicati lege XII tabularum. Quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QUOD TU MIHI IUDICATUS sive DAMNATUS ES SESTERTIA X MILIA, QUANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM IUDICATI MANUM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius prendebat; nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. Qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur.*
Translation: GORDON – ROBINSON, *Gaius*, p. 419, 421: *An action by the laying on of a hand was likewise brought in those matters where such procedure had been provided by a statute, for instance, by the Twelve Tables for a judgment debt. This action was as follows. The pursuer would say: 'Because the court has awarded that you' or 'because you are condemned to give me ten thousand, in that you have not paid, I accordingly lay my hand on you for the ten thousand of the judgement', at the same time taking hold of some part of his body. The judgement debtor could not lawfully shake off the hand from himself and conduct his own action but would appoint a champion, who used to conduct the case on his behalf. A defender who failed to appoint a champion would be led by the pursuer to his house and put in chains.*

[29] See SCHILLER, *Roman Law*, p. 203-207; see also HONSELL, H. – MAYER-MALY, T. – SELB, W., *Römisches Recht*, 4th edn. Berlin – Heidelberg, 1987, p. 519-523.

[30] KASER, M., *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 194.

[31] KLEINEIDAM, E., *Die Personalexekution der Zwölftafeln*, Breslau, 1904, p. 198-200; KASER, Vollstreckbarkeit, p. 92.

[32] A *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* can also be found in the following sources: *lex Ursonensis* chapter 61; *lex Osca tabulae Bantinae* V (23-27); *lex Sacra* (Luceria), see chapter '4. Conclusion'.

[33] KASER, Vollstreckbarkeit, p. 93; see also CAPPELLETTI, L., *Gli statuti di Banzi e Taranto nella Magna Graecia del I secolo a. C.*, Frankfurt am Main – Wien, 2011, p. 76-82.

[34] KASER, Vollstreckbarkeit, p. 93.

a verdict[35] was another procedural peculiarity under the *lex Publilia de sponsu*.

However, it is not entirely clear whether the sponsor's *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* against the principal debtor can be (only) explained with the public payment from the *sponsor* to the *creditor* in the form of a *solutio per aes et libram*. The principal debtor was not involved in this act. Here, one might question whether the sponsor's claim against the principal debtor can be qualified as certain, only because the payment from the *sponsor* to the *creditor* was public and happened in front of witnesses. At first sight, such a claim seems unlikely. Nevertheless, evidence exists of a similar case in which a *legis actio per manus iniectionem* (*pro iudicato*) was granted against a debtor who did not participate in such a public act. A legatee who was named in a *testamentum per aes et libram*[36] received the *legis actio per manus iniectionem* (*pro iudicato*) against the heir.[37]

Due to the procedural peculiarity of execution without a verdict, the *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* was advantageous for the plaintiff. A further difficult question would be whether the creditor's claim against the principal debtor or the *sponsor* was already enforceable without a verdict of a *iudex*. As previously noted, a *stipulatio* (verbal contract) could be secured by *sponsio*.[38] No sources provide solid information about the publicity of these acts (*stipulatio* and *sponsio*) in archaic Roman law. Nevertheless, as the *sponsio* was originally a sacral act, the participation of a priest could indicate a public act.[39] According to Behrends, the *sponsio-stipulatio* was not witnessed by the mandatory five witnesses required of every *negotium per aes et libram*, but instead achieved publicity through other witnesses. Although not necessary for the validity of a *stipulatio*, those witnesses would almost never have been missing.[40] The creditor's direct execution with a *legis actio per manus iniectionem* (*pro iudicato*) against the *sponsor* or the principal debtor was perhaps allowed because of this publicity.[41]

In contradiction to Behrends, other legal scholars questioned the publicity of *sponsio-stipulatio*. Given that the attendance of witnesses at the act of a *sponsio-stipulatio* was optional, Horak concluded that a promise made by *sponsio-stipulatio* was not directly enforceable.[42] In addition, the involvement of a priest who took a public oath from the *sponsor* does not align with Rome being a well-developed economic region.[43]

3.3 Differences

The actions discussed in the chapters '3.1 Actio depensi' and '3.2 Legis actio per manus iniectionem pro iudicato' were both based on the *lex Publilia de sponsu*. During earlier times when the *legis actiones* were still in place, the *sponsor* who paid off the principal debtor's debt could sue the principal debtor with the *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* for compensation. Later, under the formulary system, the *sponsor* was granted an *actio depensi*. This section examines the differences between those two actions.

First, the *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* included a significant privilege for the plaintiff because the defendant was not permitted to make any objection himself. The defendant needed a *vindex* who was willing to either pay the demanded sum or risk a condemnation *in duplum*.[44] If the debtor could not find a *vindex*, the *creditor* could put chains on him.[45] As such, the defendant was incentivised to pay to avoid such unpleasant proceedings. In contrast to the described defence against a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato*, after being sued with the *actio depensi*, the defendant could deny the creditor's claim by himself. However, there was an incentive to pay because denying litigation led to litiscrescence.

Second, due to the involvement of an additional person in archaic Roman law, the *vindex*, different people were subject to litiscrescence. In archaic Roman law, the *vindex* faced a condemnation *in duplum* if he threw off the hand of the *creditor* and lost the trial. This situation can be described as litiscrescence[46] because the *vindex* could either pay the simple amount of the defendant's debt or throw off the creditor's hand, deny

---

[35] Legal scholars described this phenomenon as direct execution ('sofortige' or 'unmittelbare Vollstreckbarkeit'). See KASER, Vollstreckbarkeit, p. 83-93; RODRÍGUEZ MARTÍN, J.-D., Vollstreckungsprozess ohne Urteil im römischen Recht. In: FELDNER, B. – HALBWACHS, V. T. – OLECHOWSKI, T. – PAUSER, J. – SCHIMA, S. – SEREINIG, A. (ed.), *Ad Fontes. Europäisches Forum junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Wien 2001*, Wien et al. 2003, p. 320-322; MANTHE, U., *Geschichte des römischen Rechts*, 6th (edn.) München, 2019, p. 61-75; ISOLA, L., Überlegungen zur Litiskreszenz bei der actio ex testamento. In: *SZ*, vol. 137, 2020, p. 89. The foundations of this concept were already presented by HUSCHKE, P. E., *Ueber das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht. Eine rechtshistorische Untersuchung*, Leipzig, 1846, p. 79-83, idem: Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius. In: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. 13, 1846, p. 261-265. However, some legal scholars have questioned whether phrases such as '*pro iudicato*' and '*damnas esto*' and the publicity of *negotia per aes et libram* are sufficient evidence for the existence of direct execution in archaic Roman law, see MITTEIS, L., Ueber das Nexum. In: *SZ*, vol. 22, 1901, 103-106, 111-114; LIEBS, D., Damnum, damnas, damnare. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter. In: *SZ*, vol. 85, 1968, 242-252 and SELB, W., Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex in der legis actio. In: SIMON, D. – NÖRR, D. (ed.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984, p. 435-446.

[36] See ISOLA, Überlegungen, p. 78.

[37] See ISOLA, Überlegungen, p. 89-91.

[38] See chapter '1. Introduction' and BENKE – MEISSEL, *Obligations*, p. 273.

[39] KASER, *Ius*, p. 277-278.

[40] BEHRENDS, *Zwölftafelprozeß*, p. 36-39.

[41] See KASER, *Ius*, p. 277-278 and BEHRENDS, *Zwölftafelprozeß*, p. 36-39.

[42] HORAK, F., Kreditvertrag und Kreditprozeß in den Zwölftafeln. In: *SZ*, vol. 93, 1976, p. 268; similar: ISOLA, Überlegungen, p. 100.

[43] HORAK, Kreditvertrag, p. 268.

[44] See chapter '3.2 Legis actio per manus iniectionem pro iudicato'.

[45] Gai. 4.21: … *'Qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur';* text and translation, see chapter '3.2 Legis actio per manus iniectionem pro iudicato'. In archaic Roman law, the creditor was perhaps even allowed to kill the debtor, see KASER – HACKL, *Zivilprozeßrecht*, p. 131.

[46] The *lis* increased; the sum which was necessary to free the defendant doubled; different: PAOLI, J., *Lis infitiando crescit in duplum*, Paris, 1933, p. 46-48 denied litiscrescence in this case, with the argument that the *vindex* was never liable for the *simplum*; KASER, *Ius*, p. 122 was critical of Paoli's approach.

the liability, and risk a condemnation *in duplum*. If the plaintiff sued the defendant with the *actio depensi*, the situation was less complicated. In the formulary system, it was no longer required to name a *vindex* as a defender. Therefore, the defendant could deny the creditor's claim without the help of a *vindex*; thus, if the defendant denied the creditor's claim and lost the lawsuit, he himself (not a *vindex*) had to pay the *duplum.*

Third, the denial of a creditor's claim was performed in a different way. As was typical under archaic Roman law, the denial of a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* was embedded within a ritual. The *vindex* had to throw off the creditor's hand (*manum depellere*), deny the obligation, and recite a *formula*.[47] In contrast, an *actio depensi* was denied by the defendant without any specific ritual.[48]

Fourth, in Gai 4.22, but not in Gai. 3.127, a further restriction is mentioned. The *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* could only be brought forward after six months. In literature, this extension for the debtor is described as a grace period.[49] As previously noted, it is questionable whether the sponsor's recourse was only enforceable after the *lex Publilia de sponsu* was introduced.[50] If recourse was possible, the purpose of the *lex Publilia de sponsu* was perhaps to grant the principal debtor a grace period.[51] Whether the six-month period was still applicable in classical times is not noted in the available writings of Roman jurist's.[52] As Gaius did not remark on this period in 3.127, it is possible that this practice was already obsolete in classical times. However, as previously emphasised, Gaius was not precise in 3.127 when he qualified the *actio depensi* as an *actio in duplum*.[53] Due to that fact that the six-month period was contained in the *lex Publilia de sponsu*, it would be logical to assume that the *actio depensi* (as well as the *legis actio per manus iniectionem pro iudicato*), which was based on the *lex Publilia de sponsu*, was only allowed after a six-month period.

4. Conclusion

The *lex Publilia de sponsu* was an important legal act which remained significant over many centuries. It granted *sponsores* the right to claim recourse from the principal debtors for whom they had paid. However, legal remedies changed over time.

When the *lex Publilia de sponsu* came into force, a *sponsor* who did not receive refund from the principal debtor within six months could sue the principal debtor with the *legis actio per manus iniectionem pro iudicato*. This action was enforceable without a prior verdict of a *iudex*. In my opinion, such a recourse should not be exclusively explained by the publicity of a *solutio per aes et libram*. If a *sponsor* made such a public payment in front of the five witnesses, it is, as Kaser pointed out, logical to assume that the *sponsor* would receive the same legal position that the *creditor* previously held.[54] Therefore, the *sponsor* assumed the ability to sue the principal debtor. Nevertheless, there is no reason to suspect that the *sponsor* automatically received a more favourable legal remedy due to the public payment. Since the *creditor* likely could not directly enforce his claim from the *sponsio/stipulatio* against the *sponsor*/principal debtor,[55] it cannot be easily explained why the *sponsor* had the right to sue the principal debtor with a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato*.

In the case of certain laws, the plaintiff seemingly occupied a privileged position through a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato*. Conversely, this means that the defendant was sanctioned. Additional examples of such laws which refer to a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato* are the *lex Furia de sponsu* (180B.C.),[56] the *lex Osca tabulae Bantinae* V (23-27),[57] and the *lex Sacra* (Luceria; 3rd-2nd century B.C).[58] Of these, there are clues that the creditor's claim was easier to prove because of publicity only in connection with the *lex Furia de sponsu*.[59] Therefore, the publicity of *the solutio per aes et libram* was likely only a factor of consideration for granting the *sponsor* a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato*. The principal debtor received the benefit of a six-month grace period. In exchange, he was perhaps simultaneously sanctioned by a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato*, which was allowed after the six-month period. The *sponsor* fulfilled an important societal function, and

---

47 Gai 4.21: *'… nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat…';* text and translation, see chapter '3.2 Legis actio per manus iniectionem pro iudicato'.

48 In this context the words *manum depellere* no longer emerge. Instead, the denial was described with the word *infitiari*. See PS 1. 19. 1: *'Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur…';* similar: Gai. 4.9, Gai. 4.171, Paul D. 12. 2. 30 pr. and Inst. 3. 27. 7.

49 KOSCHAKER, Datio, p. 361; KASER, Vollstreckbarkeit, p. 131; SPANN, M., *Der Haftungszugriff auf den Schuldner zwischen Personal- und Vermögensvollstreckung. Eine exemplarische Untersuchung der geschichtlichen Rechtsquellen ausgehend vom Römischen Recht bis ins 21. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung bayerischer Quelle*, Münster, 2004, p. 10.

50 See chapter '1. Introduction'.

51 KOSCHAKER, Datio, p. 361; KASER, Vollstreckbarkeit, p. 107; BEHRENDS, *Zwölftafelprozeß*, p. 140.

52 KASER, Vollstreckbarkeit, p. 131 and BEHRENDS, *Zwölftafelprozeß*, p. 140 were in favour of such a grace period.

53 See chapter '3.1 Actio depensi'.

54 KASER, Vollstreckbarkeit, p. 104-105.

55 See chapter '3.2 Legis actio per manus iniectionem pro iudicato'.

56 KASER, M., *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien, 1977, p. 44-50.

57 See GALSTERER, H., Die lex Osca tabulae Bantinae. Eine Bestandsaufnahme. In: *Chiron*, vol. 1, 1971, p. 201-203.

58 See WALLACE, R., Dialectical Latin Fundatid, Proiecitad, Parentatid. In: *Glotta. Zeitschrift für griechische und lateinische Sprache*, vol. 66, 1988, p. 211; RODRÍGUEZ MARTÍN, Vollstreckungsprozess, p. 323-329.

59 KASER, Vollstreckbarkeit, p. 120-121 argued that the case could often be decided *in iure* by the praetor; the *lex Osca tabulae Bantinae* granted a *legis actio per manus iniectionem pro iudicato*, but it is unknown under which circumstances, see GALSTERER, Osca tabulae Bantinae, p. 203; the *lex Sacra* (Luceria) most certainly did not refer to a high level of publicity, see RODRÍGUEZ MARTÍN, Vollstreckungsprozess, p. 324-325.

a principal debtor who did not refund the sponsor's expenses was seen as ungrateful, which could also explain why such debtors were sanctioned.[60]

In the 3rd century B.C. and in parallel to the *legis actiones*, formulary actions emerged, which later became the dominant procedural system in the 2nd century B.C.[61] A new (formulary) action was necessary to further secure the sponsor's right to enforce recourse. Such an action, *actio depensi*, was mentioned by Gaius in 3.127. In Gai. 4.9, Gai. 4.171, and PS 1.19.1, the *actio depensi* was listed among the actions with litiscrescence. This means that litiscrescence resurfaced[62] in some formulary actions, although the defendant (and not the *vindex*) had to face this sanction.

Here, one might question what does this mean for the *lex Publilia de sponsu*. The *lex Publilia de sponsu* granted the *sponsor* the right to claim recourse and remained relevant over a long period. A *legis actio* (*legis actio per manus iniectionem pro iudicato*) as well as a formulary action (*actio depensi*) were based on the l*ex Publilia de sponsu*. Both actions included the penalty of litiscrescence. Therefore, it is evident that Romans attempted to establish continuity between the sponsor's right to claim recourse in archaic Roman law and classical Roman law.

[60] BETHMANN-HOLLWEG, M.A., *Der römische Civilprozeß II*, Bonn, 1865, p. 538.
[61] See chapter '3. Actions based on the lex Publilia de sponsu'.
[62] MANTHE, U., *Geschichte*, p. 74-75.

Gaius libro septimo decimo ad edictum provinciale D.29,5,25 – Betrachtungen zum SC Silanianum in Gaius' Kommentar ad edictum provinciale

(Gaius libro septimo decimo ad edictum provinciale D.29,5,25 – Some Considerations regarding the SC Silanianum in Gaius' Commentary ad edictum provinciale)

Julia-Katharina Horn[*]

Abstract

Gaius libro septimo decimo ad edictum provinciale D. 29,5,25 überliefert im principium ein praemium accusatoris aus der lex Cornelia de sicariis et veneficis, das an die Sklavenflucht im Anwendungsbereich des SC Silanianum angepasst wurde (Satz 2). D. 29,5,1 übertrug diese Belohnung auf den Fall, dass jemand einen im Testament freigelassenen Sklaven einfing und anzeigte. Nach D. 29,5,25,2 wurde eine actio popularis gewährt, falls jemand ein Testament entgegen dem Senatsbeschluss geöffnet hatte. Die Quelle wirft zum einen die Frage auf, welche dieser Regelungen sich bereits aus der sullanischen lex Cornelia ergaben bzw. welche ein Weiterdenken unter den Voraussetzungen des SC Silanianum waren. Zum anderen stellt sich die Frage nach der Einordnung in den prozessualen Zusammenhang der quaestiones und den Veränderungen der accusatio mit dem Aufkommen des Kognitionsverfahrens.

Keywords: *senatus consultum Silanianum; ad edictum provinciale; Gaius; lex Cornelia de sicariis et veneficis; praemium accusatoris; praemii nomine; actio popularis; servus fugitivus; accusatio.*

1. Einführung

Das Gaius-Fragment D. 29,5,25 aus dem 17. Buch des Kommentars *ad edictum provinciale* ist eine der wenigen Quellen, die Auskunft über den prozessualen Zusammenhang des augusteischen *senatus consultum Silanianum* geben.[1] Es überliefert drei Zahlungen mit Belohnungscharakter, durch die Dritte zu einem Beitrag zur Durchsetzung des Senatsbeschlusses angeregt werden sollten. Unter dem *SC Silanianum*[2] wurden Sklaven der *quaestio* unterworfen und mit dem *supplicium* bestraft, sofern sie sich im Zeitpunkt der Tötung ihres *dominus* durch einen seiner Sklaven (*a familia sua occisus*) *sub eodem tecto* befunden hatten. Zugleich wurde die Testamentsöffnung bis nach der Durchführung der *quaestio* verboten, um eventuelle testamentarische Freilassungen der Sklaven zu verhindern.[3]

2. D. 29,5,25pr. Satz 1: Ein *praemium accusatoris* aus der *lex Cornelia de sicariis et veneficis*

Gai. *libro septimo decimo ad edictum provinciale* D. 29,5, 25pr.
Lege Cornelia cavetur de praemio accusatoris, qui requisivit et renuntiavit eos servos, qui ex ea familia ante quaestionem fugerint, ut in singulos servos quos convicerit quinque aureos ex bonis occisi aut, si inde redigi ea quantitas non possit, ex publico accipiat. quod praemium non in omnes servos,

[*] Julia-Katharina Horn, Institut für Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster, Deutschland / Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto, Università degli Studi di Padova, Italien, E-Mail: julia.katharina.horn@uni-muenster.de

[1] Dieser Beitrag ist eine verschriftlichte und erweitere Fassung meines Vortrages beim XV. Treffen der Jungen Romanisten in Würzburg (12.09-14. 09. 2021). Die Idee entstand im Rahmen meiner Dissertation zum *senatus consultum Silanianum*.

[2] D. 29,5 *De senatus consulto Silaniano et Claudiano: quorum testamenta ne aperiantur*; C. 6,35 *De his quibus ut indignis auferuntur et ad senatus consultum Silanianum*; PS. 3,5 *Ad senatus consultum Silanianum*.

[3] Zu dem Senatsbeschluss siehe DALLA, D., *Senatus Consultum Silanianum*, Mailand 1980, Neudruck 1994 (zur Quelle insb. S. 21-33); KNOCH, S., *Sklavenfürsorge im römischen Reich. Formen und Motive zwischen humanitas und utilitas*, zweite Auflage, Hildesheim u.a., 2017, S. 214-233; D'IPPOLITO, F., Una presunta disposizione del Sc. Silaniano. In: GUARINO, A./LABRUNA, L. (Hrsg.), *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. II, Neapel, 1964, S. 717-721; HERRMANN, L., La genèse du senatus consultum Silanianum. In: *RIDA* 1 (1952) S. 495-505; MANFREDINI, A.D., La casa, il tetto, l'audire e il sentire nel Silaniano. In: *RSA* 35 (2005) S. 307-325; MARTINI, R., Alcune Osservazioni sul Senatoconsulto Silaniano. In: *IUS* 16 (1965) S. 363-385; ders., In margine ad una recente ricerca sul *Silanianum*. In: *Studi in Onore di Caesare Sanfilippo*, vol. III, Mailand, 1983, S. 421-431; PIACENTE, D.V., *Lo schiavo nella disciplina del senatoconsulto Silaniano*, Bari, 2018; TORRENT, A., „Ultio necis", „indignitas" y Senadoconsulto Silaniano. In: *BIDR* 62/63 (2000/2001), S. 67-116; ders., Ne aperire tabulas ante inultam mortem y senadoconsulto Silaniano. In: CASCIONE, C./MASI DORIA, C. (Hrsg.), *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, vol. VIII, Neapel, 2007, S. 5625-5644; ders., Nulidad de la manumissio testamento ex senatusconsulto Silaniano. In: *SDHI* 74 (2008) S. 581-614 (zu dem hier betreffenden Fragment speziell S. 588-590); ders., Praemium libertatis ex senatus consulto Silaniano. In: *Index* 37 (2009), S. 271-292 (zu dem hier betreffenden Fragment siehe S. 275 f.); WOLF, J.G., *Das Senatus Consultum Silanianum und die Senatsrede des C. Cassius Longinus aus dem Jahre 61 n. Chr.*, Heidelberg, 1988.

qui sub eodem tecto locove fuerint, sed in eos solos, qui caedem admisissent, accusatori tribuitur.[4]

Nach D. 29,5,25pr.[5] gewährte die *lex Cornelia de sicariis et veneficis*[6] ein *praemium accusatoris*. Das *SC Silanianum* war einer der Senatsbeschlüsse, die dieses sullanische Gesetz ergänzten.[7] Das *praemium accusatoris* reiht sich ein in die gleichnamigen Anklägerbelohnungen der *iudicia publica*.[8] In der Republik und im frühen Prinzipat waren diese *praemia* jeweils individuell ausgestaltet.[9] Zumindest im ersten Jahrhundert fanden sich immer mehr Belohnungen für die Anzeige bestimmter Taten.[10] Diese wurden den *accusatores* gewährt, die ein öffentliches Verfahren vor einer *quaestio* einleiteten und durchführten. Jeder römische Bürger konnte so tätig werden, unabhängig von einer eventuellen persönlichen Betroffenheit.[11]

Nach Gaius wurde ein *praemium* für das *requirere* und *renuntiare* eines *servus fugitivus* gewährt. Es handelte sich um ein speziell auf diesen Fall zugeschnittenes *praemium*, das keiner allgemeinen Struktur folgte und auch kein Beleg für weitere *praemia* in der *lex* ist.[12] Die Fallgestaltung erfasst eine typische Situation aus der römischen Sklavengesellschaft. Immer wieder wird von *servi fugitivi* berichtet, auch Digesten und *Institutiones* behandeln das Thema eingehend.[13] Dort finden sich auch die zu belohnenden Handlungen wieder. *Requirere* beschreibt das Aufspüren eines flüchtigen Sklaven in einem Reskript von Antoninus Pius über das Einfangen auf fremden Grundstücken.[14]

Bezüglich des *renuntiare* könnte man an das technische *denuntiare* der *denuntiatio* im Prozess denken.[15] Allerdings behandelt die Quelle nicht den dazugehörigen Kognitionenprozess und eine ohne Zwang ausgesprochene Ladung war sicherlich nicht das richtige Mittel, um eines flüchtigen Sklaven wieder habhaft zu werden. *Renuntiare* bedeutet daher allgemeiner gefasst die Anzeige oder Meldung an die zuständige Stelle. Diese dürfte mit dem für das Verfahren nach dem *Silanianum* zuständigen Magistrat gleichzusetzen sein. Damit erscheinen *requirere* und *renuntiare* als zwei unterschiedliche Fälle: das Ergreifen eines flüchtigen Sklaven und das Anzeigen eines solchen bei der zuständigen Stelle. Das *et* forderte jedoch ein kumulatives Vorliegen beider Handlungen. Das *praemium* wurde also nur gewährt, wenn jemand den Sklaven aufspürte und im Anschluss den Behörden übergab. Darin lagen vielleicht die erhöhten Anforderungen im Vergleich zu den rein privatrechtlichen Belohnungen. D. 29,5,25pr. offenbart nämlich eine Besonderheit: Eigentlich war die Sklavenflucht mit einer eventuellen Belohnung für die *fugitivarii* eine private Angelegenheit. Zumindest die Spätklassiker sprachen der häufig vor Rückführung eines Sklaven zwischen einem professionellen *fugitivarius* und dem *dominus* getroffenen Vereinbarung über ein *indicium* den Charakter als Rechtsgeschäft zu (*et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod*).[16]

---

[4] Durch die *lex Cornelia* [*de sicariis et veneficis*] wird eine Anklägerbelohnung an denjenigen gewährt, der jene Sklaven aufspürte und anzeigte, die aus dieser Sklavenfamilie vor der *quaestio* flüchteten, so dass er für jeden einzelnen Sklaven, den er der Verurteilung zuführte, 5 *aurei* aus dem Vermögen des Getöteten [Erbschaft] erhält oder, falls diese Summe daraus nicht eingetrieben werden kann, aus einer öffentlichen Kasse. Diese Belohnung wird dem Ankläger aber nicht für alle Sklaven gewährt, die [im Zeitpunkt der Tötung] unter demselben Dach oder am selben Ort waren, sondern nur für jene, die die gewaltsame Tötung begangen hatten.

[5] Siehe dazu auch den Kommentar in KLINGENBERG, G. (Bearb.), *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei* (*CRRS), Teil X: juristisch speziell definierte Sklavengruppen, 6: servus fugitivus*, Stuttgart, 2005, S. 105, Nr. 113 und Alexander, M., Praemia in the Quaestiones of the Late Republic. In: *Classical Philology* (*CPh*) 80 (1985), S. 20-32, hier S. 31.

[6] FERRARY, J.-L. In: CRAWFORD, M. (Hrsg.), *Roman Statutes*, vol. II, London, 1996, Nr. 50; KUNKEL, W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, S. 66-70; Lintott, A.W., The „Quaestiones de Sicariis et Veneficis" and the Latin „Lex Bantina". In: *Hermes* 106 (1978), S. 125-138.

[7] SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, zweite Auflage, Mailand, 1998, S. 205–210; ROBINSON, O.F., *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore, 1995, 44–46.

[8] Siehe z.B. Ulp. 56 *ad ed*. D. 47,10,5,11 (bei *iniuria*). Zu den *praemia accusatoris* siehe ALEXANDER, M., *op. cit.*, S. 20-32; LURASCHI, G., Il „praemium" nell'esperienza giuridica romana. In: *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, vol. IV, Mailand, 1983, S. 239-283, insbesondere S. 270-282; VARVARO, M., « Certissima indicia ». Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana. In : *Annali del Seminario giuridico* (*AUPA*), 52 (2007-2008), S. 367-428 (zur Republik).

[9] Z.B. Tac. *ann.* 16,12,2 oder Quint. *decl. min*. 249pr. Für eine allgemeinere Erklärung *de praemio et de poena* siehe Cic. *invent*. 2,37,110-112. Siehe auch MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, S. 509 f. und ALEXANDER, *op. cit.,* S. 22-28 mit Kritik an Mommsens These, alle *quaestiones* hätten bestimmte *praemia* nach einem einheitlichen Prinzip verhängt.

[10] LURASCHI, G., *op. cit*., S. 280 f.

[11] Siehe D. 48,2 *De accusationibus et inscriptionibus*.

[12] RIVIÈRE, Y., *Les délateurs sous l'empire romain*, Rom, 2002, S. 443 (*quod praemium*).

[13] Tryph. 1 *disp*. D. 50,16,225: „*Fugitivus" est non is, qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum iactaverit, sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit. nam et furem adulterum aleatorem quamquam aliqua significatione ex animi propositione cuiusque sola quis dicere posset, ut etiam is, qui numquam alienam rem invito domino subtraxerit, numquam alienam matrem familias corruperit, si modo eius mentis sit, ut occasione data id commissurus sit, tamen oportere eadem haec crimina adsumpto actu intellegi. et ideo fugitivum quoque et erronem non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu intellegi constat*.
Siehe dazu BUCKLAND, W.W., *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, Nachdruck 1970, S. 267–274; BELLEN, H., *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich*, Wiesbaden, 1971; FUHRMANN, C.J., *Policing the Roman Empire*, Oxford, 2011, S. 21-43 (allgemein gesellschaftliche Bedeutung und Auseinandersetzung mit der Praxis des Wiedereinfangens); KNOCH, *op. cit.*, S. 109-111 (zu den Gedankengängen der betroffenen Sklavenhalter); WELWEI, K.-W., s.v. „Flucht/Kaiserzeit und Spätantike (Überblick)". In: HEINEN, H. (Hrsg.), *HAS*, vol. I, Stuttgart, 2017, Sp. 963–965.

[14] Ulp. 7 *de off. procons*. D. 11,4,3 und Ant. C. 9,40,1pr. (211 n. Chr.). Siehe auch die Anwendung im Umfeld des *Silanianum* in Plin. *epist*. 3,14,4 (*Diffugiunt servi; quorum magna pars comprehensa est, ceteri requiruntur*.) sowie die Verwendung bzgl. einer *res furtiva*, Iust. *Inst*. IV,1,4.

[15] Zur *denunatio* siehe KASER, M./HACKL, K., Römisches Zivilprozessrecht, zweite Auflage, München 1996, § 71.I.1

[16] Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19,5,15. Siehe mit überzeugender Kritik an der Diskussion zu dem Problem um das *indicium* als Auslobung GAMAUF, R., *Indicium*: Die Denunziation von flüchtigen Sklaven im Spiegel der römischen Jurisprudenz. In ders. (Hg.), *FS Herbert Hausmaninger zum 70 Geburtstag*, Wien, 2006, S. 91–108, hier S. 92–95 mit weiteren Nachweisen. Siehe zu der Quelle ebd., S. 97–103.

Neben den Handlungsanforderungen an den *accusator* (*renuntiare* und *requirere*) überliefert das *principium* weitere Anforderungen, die die Auszahlung des *praemium* bedingten. Zwar galt es, alle flüchtigen Sklaven einzufangen, aber das *praemium* wurde nur für diejenigen gewährt *ut in singulos servos quos convicerit*. *Convicere* muss hier die Verurteilung wegen einer Tat bezeichnen.[17] Unter Heranziehung von D. 29,5,25,1 kann darunter nicht die Flucht verstanden worden sein. Denn nach § 1 werden nicht alle Freigelassenen bestraft, sondern nur *ei qui convicerit*. Damit bleibt nur die *lex* als Bezugspunkt. Das *praemium accusatoris* wurde einschränkend nur für das Einfangen und Anzeigen eines Sklaven gewährt, der durch das Handeln des *accusator* zur Verurteilung gebracht worden war. *Convicere* muss also in Anbetracht der sonstigen Verwendung des strafrechtlich-geprägten Vokabulars als „verurteilen" im Sinne der *lex* verstanden werden. Aus dem Zusammenhang heraus müssen sie als *sicarii* oder Giftmischer bzw. deren Helfer verurteilt worden sein. Diese Auslegung lässt sich auf zwei Beobachtungen stützen: Zum einen spricht S. 2 des *principium* von einer Beschränkung auf *qui caedem admisissent*, so dass das Verständnis von Satz 1 und Satz 2 mit der Interpretation des *convicere* im Sinne einer Verurteilung als Täter oder Teilnehmer erst kongruent werden würde. S. 2 dient der Klarstellung, dass *convicere* nicht die Bestrafung aufgrund der Anwesenheit *sub eodem tecto* nach dem *Silanianum* erfasste. Zum anderen würde sich so das bereits angesprochene unklare Verhältnis zu den privatrechtlichen Regelungen über die Sklavenflucht erklären lassen. Das *praemium* war als Anklägerbelohnung speziell auf die Einleitung eines Verfahrens vor den *quaestiones* ausgerichtet. Die Eigenart des *praemium accusatoris* war folglich die Belohnung für eine (erfolgreiche) Anklage, das heißt für eine Verurteilung. Es war keine Belohnung für das Wiederbringen aller *servi fugitivi*.

3. D. 29,5,25pr. S. 2 und sein Verhältnis zur *lex Cornelia:* Neuerungen durch das *SC Silanianum*

Satz 2 des *principium* berichtet von Einschränkungen der Regelungen aus der *lex* unter dem Anwendungsbereich des Senatsbeschlusses.[18] Dies leitet die Konstruktion *non in omnes servos… sed in eos* ein. Die Belohnung aus Satz 1 sollte daher nicht bei einem Wiederbringen oder Anzeigen eines jeden beliebigen Sklaven *sub eodem tecto locove* gewährt werden, sondern nur, falls der ergriffene *servus fugitivus* einer derjenigen gewesen war *qui caedem admissent*. Der Grund für diese Einschränkung vor dem Hintergrund des *Silanianum* ist simpel. Zieht man z.B. die Hinrichtung von (angeblich) 400 Sklaven im Jahre 61 n. Chr. heran,[19] die sich allein auf deren Anwesenheit *sub eodem tecto* stützte, hätte eine potentielle „Massenflucht" einer ganzen *familia servorum* teuer werden können. Eine solche liegt besonders im Falle des *Silanianum* nahe, denn die Sklaven wussten zumeist, dass sie bei einer Tötung *a familia sua* unabhängig von einer individuellen Beteiligung kollektiv dem Tode geweiht waren. Bei einer Verpflichtung zur Zahlung von 5 *aurei* pro Sklaven hätte sich im Falle des Pedanius Secundus eine Zahlungsverpflichtung von 2000 *aurei* [= 200.000 Sesterzen] ergeben können. Die Bezahlung für das Einfangen einer großen Anzahl an Sklaven wäre nicht nur für die Erben des Getöteten zur wirtschaftlichen Belastung geworden,[20] – *ex bonis occisi* bedeutete nichts anderes als die Auszahlung aus der Erbmasse –, sondern hypothetisch auch für das *aerarium* bzw. den *fiscus*, das/der mit der Zahlung *ex publico* die *praemia* bei einer zu geringen Erbmasse hätte finanzieren müssen.

Das *praemium accusatoris* der *lex Cornelia* war also nicht eins zu eins auf das *SC Silanianum* übertragbar. Vermutlich war diese Einschränkung bereits im Senatsbeschluss selbst als eine Anpassung auf den Sonderfall der *lex* enthalten. Die juristischen Quellen zu den *praemia* sind extrem fragmentarisch, so dass sich kaum valide Vergleiche zu den anderen *iudica publica* ziehen lassen. Fest steht damit aber, dass es sich bei D. 29,5,25pr. nicht um eine bloße Wiedergabe der *lex Cornelia* handelt, sondern um eine Anpassung an das *SC Silanianum*.[21]

Caedes ist ein Hinweis auf die Verbindung zwischen *lex Cornelia* und *Silanianum*, denn der Ausdruck kommt in den Quellen häufig in ihrem Zusammenhang vor.[22] Im *Silanianum* war *per vim aut caedem* Teil der Definition der Tötungshandlung (*occidere*), in der *lex* dürfte es sich ähnlich gestaltet haben.[23] Und auch die Erwähnung von *sub eodem tecto locove* ist einzig für das *Silanianum* relevant. *Sub eodem tecto* war Bestandteil des Senatsbeschlusses.[24] *Locove* erweiterte *sub eodem tecto*, indem es auch

---

[17] In den Quellen siehe z.B. Mod. 2 *de poen*. D. 48,14,1,2 (Verurteilung durch einen Magistrat). BERGER, A., s.v. „*convincere*". In: *Enyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, Nachdruck 1991, S. 416: „to convict a person of a crime as his accuser (*accusatio*)"; DALLA, *op. cit.* S. 24; GEORGES, K.E., *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*, Hannover, 1913, Nachdruck 1998, vol. I, Sp. 1671-1672. KLINGENBERG, *CRRS* X.6, S. 106, Nr. 113 sieht dies als Ausdruck der Überführung in einem „prozessförmigen Verfahren". Die verschiedenen Digestenübersetzungen überzeugen nicht immer: RÜFNER, T. in: Corpus Iuris Civilis. Vol. V, Heidelberg, 2012, KNÜTEL, R./KUPISCH, B./RÜFNER, T./SEILER, H.H. (Hrsg.) übersetzt mit „für jeden überführten Sklaven". In D. 29,5,25,1 taucht nochmals eine Form des Verbs auf (*convicti…convicerit*). Dieser Passus wird dann allerdings abweichend übersetzt mit „im Falle der Verurteilung…der ihre Verurteilung herbeigeführt hat". Einheitlich hingegen die spanische Übersetzung von D'ORS, A./HERNANDEZ-TEJERO, F./FUENTESECA, P./GARCIA-GARRIDO, M./BURILLO, J., El Digesto de Justiniano, tomo II, libros 20-36, Pamplona, 1972: „por cada esclavo convicto" bzw. „declarados convictos". Überzeugender auch WATSON, A., The Digest of Justinian, vol. II, Philadelphia, 1985: „each of the slaves whom he has convicted" und „if convicted…who has obtained a conviction".

[18] Zu pauschal ALEXANDER, *op. cit*., S. 31; DALLA, D. *op. cit.,* S. 24.

[19] Tac. *ann*. 14,42-45.

[20] DALLA, *op. cit*., S. 25; TORRENT, Praemium libertatis, S. 276.

[21] Gegen MARTINI, R., In margine, S. 424; ders. Alcune Osservazioni, S. 381.

[22] Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,1,30 und 33; Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,3,6; Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,3,13; Paul. 46 *ad ed*. D. 29,5,6; Maec. 11 *de publ. iudic*. D. 29,5,14; Pap. 6 *resp*. D. 29,5,21,2; Mod. 3 *de poen*. D. 48,8,16.

[23] Coll. 1,3,1 (*hominemve occiderit*). Bestätigt durch Marcian. 14 *inst*. D. 48,8,1pr. und 2 (*hominem occiderit*) und PS. 5,23,1 und 3 (*lex Cornelia…hominem occiderit*).

[24] Siehe nur die Berichte für das erste Jahrhundert Tac. *ann*. 13,32,1; Tac. *ann*. 14,42,5 und 9.

andere Ortsbeschreibungen als dasselbe Dach erfasste. Dalla will *locove* als inhaltliche Abweichung im Einklang mit Iust. C. 6,35,12pr.[25] und als mögliche „glossa" einordnen.[26] In der betreffenden Konstitution listete Justinian eine Reihe von erfassten Orten und Beschränkungsmöglichkeiten für „unter demselben Dach" auf. Dies entspricht allerdings weitgehend der klassischen Debatte[27] und überrascht daher nicht. Auch zur Zeit von Gaius könnten Ansätze dieser Diskussion bereits vorhanden gewesen sein. Immerhin beschäftigten damit verknüpfte Probleme schon Hadrian und Juristen seiner Zeit.[28] Daneben verwenden die juristischen Quellen *locove* nur selten, der Ausdruck scheint aus Cäsars *lex Agraria* zu stammen.[29] Damit hat er einen Ursprung weit vor der klassischen Debatte. Und möglicherweise fanden sich unter dem von Gaius kommentierten Edikt in der Provinz gerade mehr Situationen, in denen *sub eodem tecto* nicht mehr passte, sondern eher die Tötung *in itinere*[30] oder *in villam*[31] relevant wurde.

Zusammengefasst ergibt sich daher für das *principium*: Die *lex Cornelia de sicariis et veneficis* gewährte ein *praemium accusatoris*. Im Anwendungsbereich des *SC Silanianum* wurde dieses angepasst. Über den S. 2 des *principium* lässt sich damit insbesondere nicht herleiten, dass bereits die *lex Cornelia* das *sub eodem tecto* als Indikation einer kollektiven Bestrafung der bloßen Anwesenheit der Sklaven enthalten haben muss.[32] Diese Feststellung ist entscheidend für die Untersuchung des Verhältnisses zwischen *lex* und *SC*. Würde man *sub eodem tecto* bereits in der *lex* verorten, hätte das *SC* nicht die zumeist vermuteten Neuerungen bzgl. der massiven Ausweitung der Strafbarkeit der *familia servorum* gebracht. Als Konsequenz müsste der Senatsbeschluss dann in der Behandlung des Verhältnisses *dominus-servus* wenig überzeugend als eine bloße Paraphrase der *lex Cornelia* eingeordnet werden.[33] Außerdem gibt es für die Republik keine Hinweise auf eine Praxis über die Bestrafung aller unter einem Dach anwesenden Sklaven. Insbesondere der häufig als Beleg angeführte Cic. *ad fam*. 4,12 ist lediglich Ausdruck der Angst der Sklaven vor einer *quaestio* und reiht sich insofern plausibel in die Erklärung der Sklavenflucht unter der *lex Cornelia* in Satz 1 des *principium* ein. Den strikten Zusammenhang zur *lex* beweist auch die Charakterisierung des Fluchtgrundes der Sklaven: *qui ex ea familia ante quaestionem fugerint*. Im Falle einer Tötung unter der *lex Cornelia* mussten die Sklaven die *quaestio* im Sinne einer Folter (*tormenta*) fürchten. Schließlich war ihre Befragung ein anerkanntes und vielfach bemühtes Beweismittel.[34] Die Furcht vor einer Unterwerfung unter die Folter war genug Antrieb zur Flucht. Unter dem *Silanianum* hingegen mussten die Sklaven nicht nur die *quaestio*, sondern insbesondere auch das *supplicium* fürchten. Darüber hinaus war die *quaestio* nach dem *Silanianum* weiter zu verstehen war als unter der *lex*.[35]

4. D. 29,5,25,1: die Flucht von im Testament freigelassenen Sklaven

Gai. *libro septimo decimo ad edictum provinciale* D. 29,5,25,1

1 Praeterea cavetur, ut de his, qui ante quaestionem habitam fugerint, si aperto testamento liberi scripti inveniantur, lege de sicariis iudicium fiat ita, ut ex vinculis causam dicant et convicti perinde ac servi puniantur et ei qui convicerit deni aurei praemii nomine darentur ex bonis damnati.[36]

Auch § 1 berichtet von der *lex Cornelia* (*lege de sicariis iudicium fiat*) und übertragt den Gedanken aus dem *principium* auf Freigelassene. Dieser Wechsel in der Bezeichnung der *lex* und die Beschränkung auf ein *iudicium de sicariis* ist vor dem Hintergrund des *SC Silanianum* präziser, denn dieses erfasste den Giftmord ausdrücklich nicht.[37] Die einzigen, wohl selten anwendbaren Rückausnahmen waren die Fälle einer Verabreichung des Giftes *per vim*.[38] Die Fallgestaltung lässt sich dementsprechend auf die Gegebenheiten des *Silanianum* zurückführen.

---

[25] Iust. C. 6,35,12pr. (532 n. Chr.): *Talis de antiquo iure dubietas nostrae serenitati suggesta est propter senatus consultum Silanianum et servos, qui supplicio adficiuntur sub eodem tecto commorantes et non suum auxilium domino per insidias occiso praebentes. veteres enim certum non faciunt, qui intellectus de verbis „sub eodem tecto" significatur, sive in eodem cubiculo sive in triclinio vel porticu vel in aula haec appellatio accipi debeat, adicientes, si dominus in via vel in agro fuerit interfectus, eos servos puniri, qui praesto erant et non auxilium ad prohibendum periculum praebuerunt, nulla distinctione super qualitate praesentiae utentes.*

[26] DALLA, *op. cit.*, S. 25. Wenn überhaupt, dürfte es sich um ein Glossem handeln.

[27] Siehe insbesondere Ulp. 50 *ad. ed*. D. 29,5,1,26–31.

[28] Siehe Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,1,27 und 28.

[29] Call. 5 *de cogn*. D. 47,21,3pr.; *lex Iulia agraria*, kl. V (FIRA I^2, 12 = Roman Statutes II, 54). Die einzige weitere Erwähnung im *CIC* ist Paul. *l. s. de var. lect*. D. 14,3,18.

[30] Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,1,31.

[31] Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,1,30.

[32] Für eine vor dem *Silanianum* bestehende Bestrafung *sub eodem tecto*: BARROW, R.H., *Slavery in the Roman Empire*, London, 1928, S. 55 („ancient tradition"); KNOCH, *op. cit.*, S. 217 (nach dem „unklar" ist, ob eine republikanische Tradition dieser Art bestanden hätte, er hält sie aber für „wahrscheinlicher"); zustimmend KNOTHE, H.-G., Rezension zu Knoch. In: *TR* 76 (2008), S. 173-204, hier S. 178; HENDERSON, B.W., *The Life and Principate of the Emperor Nero*, Philadelphia/London, 1903, S. 91 („an old law of Republican times") KASER, M., Zur Kriminalgerichtsbarkeit gegen Sklaven. In: *SDHI* 6 (1940), S. 357–368, hier S. 365 vermutet einen „älteren Brauch".

[33] Der für diese Untersuchung nicht relevante erbrechtliche Teil wäre weiterhin eine Neuheit gewesen sein.

[34] D. 48,18,1pr.; ROBINSON, O.F., Slaves and the Criminal Law. In: *ZRG* 98 (1981), S. 213-254, hier S. 223–227.

[35] Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,1,25: *Quaestionem autem sic accipimus non tormenta tantum, sed omnem inquisitionem et defensionem mortis*. Siehe auch BUCKLAND, *op. cit.*, S. 96; MORABITO, M., *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste*, Paris, 1981, S. 233 und 264.

[36] Ferner wird bestimmt, dass gegen jene, die geflüchtet sind, bevor die *quaestio* stattgefunden hat, falls sich bei der Eröffnung des Testaments zeigt, dass sie freigelassen wurden, gemäß der *lex Cornelia de sicariis* so verfahren wird, dass sie in Ketten befragt werden und die Verurteilten wie Sklaven bestraft werden und jenem, der sie zur Verurteilung brachte, werden zehn *aurei* im Namen einer Belohnung aus dem Vermögen des Verurteilten gegeben.

[37] Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,1,17: *Occisorum appellatione eos contineri Labeo scribit, qui per vim aut caedem sunt interfecti, ut puta iugulatum strangulatum praecipitatum vel saxo vel fuste vel lapide percussum vel quo alio telo necatum.*

[38] Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,1,19: *Plane si venenum per vim infusum sit, senatus consultum locum habet.*

War ein Sklave nach der Tötung seines *dominus* geflüchtet und im Testament freigelassen worden, stellten sich Probleme bezüglich der *quaestio*. Diese war – trotz Ausnahmen – grundsätzlich auf Sklaven beschränkt.[39] Der Umgang mit den im Testament freigelassenen Sklaven war ein wiederkehrendes Problem in der Debatte um das *SC Silanianum*.[40] Der Senatsbeschluss versuchte zwar mit einer *dilatio* von *aperire* bzw. *adire* bis nach der Durchführung der *quaestio* das Problem zu umgehen. Aber gerade bei der Sklavenflucht konnte es sich weiterhin stellen. Daher bedurfte es der Klarstellung, dass auch die testamentarisch freigelassenen Sklaven einem Verfahren unterworfen werden sollten. Diese *causa* sollte *ex vinculis* stattfinden. *Ex vinculis causam dicere* verwendete sowohl die augusteische *lex Iulia publicorum*[41] als auch Cäsars *lex Iulia de repetundis* [*repetundarum*][42]. *Vincula* könnte sowohl auf die öffentliche Haft hinweisen (*vincula publica*) als auch auf die *vincula* der Sklavenzucht oder die Fesselung in der Zwangsvollstreckung nach den XII-Tafeln.[43] Hier dürfte die Fesselung als Teil der Haft bis zur Verhandlung gemeint sein. Die Freigelassenen sollten in Ketten gelegt und verhört werden. Nur die im Anschluss Verurteilten (*convicti*) sollten *ac servi puniantur*. An jeden, der einen solchen Freigelassenen zur Verurteilung gebracht hatte, sollte eine Belohnung gezahlt werden (*ei qui convicerit*). Die *vincula* waren also keine Strafe für die Tat. Das Verhör *ex vinculis* beinhaltete auch nicht notwendig die Anwendung von *tormenta*. Der strikten Aufteilung zwischen *quaestio* und Strafe nach dem *Silanianum* folgend, bezieht sich die Bestrafung *ac servi* nicht auf die *quaestio*, sondern auf das *supplicium*. Dies entspricht der sonstigen Behandlung der Freigelassenen unter dem *SC*. Sie unterfielen nicht der *quaestio*, aber dem *supplicium*.[44] Eine solche Interpretation steht im Einklang mit Tac. *ann*. 13,32,1.[45]

Das *ac servi puniantur* stimmt des Weiteren mit einer anderen Sonderregelung unter dem *SC Silanianum* über die Behandlung der testamentarisch freigelassenen Sklaven überein.

Ulp. *libro quinquagesimo ad edictum* D. 29,5,3,17

De his, qui antequam testamentum occisi occisaeve aperiretur profugissent posteaque aperto testamento liberi scripti invenirentur, perinde ac si de servis quaestio habenda suppliciumque sumendum est: nam est aequissimum ultioni dominorum non obstare indulgentiam ipsorum, quam quisque pleniorem esset expertus, eo graviorem sceleri suo poenam merebitur.[46]

Auch diese Ulpian-Stelle[47] berichtet von einer Angleichung im Umgang mit den freigelassenen *fugitivi*. *Perinde ac si de servis* werden sie *quaestio* und *supplicium* unterworfen. Damit wird die eigentlich mildere Behandlung Freigelassener für die Zwecke des *Silanianum* außer Kraft gesetzt. Die Ulpian-Stelle gibt sogar eine Begründung: Der *dominus* hatte die Geflüchteten besonders im Testament bedacht, ihnen mit der Anordnung der *manumissio* seine Wertschätzung ausgedrückt und Milde gegenüber seinen Sklaven gezeigt (*indulgentia*). Durch die Flucht aus Angst vor der Anwendung des *Silanianum* hatten sie aber versucht, nicht zur Aufklärung der Tötung ihres *dominus* beitragen zu müssen. Sie hatten der *ultio dominorum* nicht abgeholfen und dadurch bewiesen, dass sie diese Güte nicht verdient hatten. Diese seltene Begründung lässt sich damit erklären, dass Ulpian eine Verschärfung der sonstigen Behandlung der Freigelassenen erläuterte. Der vorhergehende Paragraph sah nämlich als Prinzip die Anwendbarkeit des *supplicium* (nicht der *quaestio*) auf im Testament Freigelassene vor.[48] Die geflüchteten Freigelassenen sollten also aus Ulpians Sicht härter behandelt werden (*quaestio* und *supplicium*) als die zurückgebliebenen Freigelassenen. Im Hintergrund stand dabei sicherlich der Gedanke, dass der *dominus*, wenn er das Verhalten der *servi* hätte antizipieren können, die *manumissio* niemals im Testament vorgesehen hätte.

Ansonsten drängen sich einige Ähnlichkeiten zu D. 29,5,25,1 auf. Wieder werden Freigelassene über *aperto testamento liberi scripti* in Verbindung mit einer Form von *invenire* charakterisiert. Und auch die Beschreibung der Flucht über *de his qui ante quaestionem fugere* stimmt fast wörtlich überein mit *de his qui ante quaestionem habitam fugerint*. Ulpian und Gaius benutzen also dasselbe Vokabular, auch wenn sie nicht denselben Fall behandeln. Die Übereinstimmungen legen die Orientierung an einer gemeinsamen Quelle nahe. Obwohl es sich inhaltlich um das *SC* aus Tac. *ann*. 13,32,1 handelt, weist der Wortlaut bei Tacitus keine Ähnlichkeit zu den beiden Stellen auf. Der Annalist hatte zwar schon der Formulierung nach nicht den Anspruch, den Senatsbeschluss wortgetreu wiederzugeben, aber immerhin kommt für diese Stelle eine Verwendung der *acta senatus* in Betracht.[49] Damit scheint der Senatsbeschluss als direkte ge-

[39] Siehe zur *quaestio servorum* D. 48,18 *de quaestionibus*.

[40] Siehe z.B. Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,3,16; Ulp. 54 *ad ed*. D. 40,12,7,4; Tac. *ann*. 13,32,1; Tac. *ann*. 14,45,2; Plin. *epist*. 8,14,12.

[41] Siehe z.B. die *lex Iulia publicorum,* Pap. 1 *de adult.* D. 48,3,2pr.; aber auch die Erwähnung in Caes. *Gall*. 1,4,1 oder auch im ersten Jahrhundert in Quint. *decl*. *min*. 303pr. (*Proditionis rei causam de vinculis dicant*).

[42] Macer 1 *iudic*. *publ*. D. 48,11,7pr.

[43] MOMMSEN, *Strafrecht*, S. 300; SCHIEMANN, G., s.v. „*vincula*". In: CANCIK, H./SCHNEIDER, H. (Hrsg.), *Der Neue Pauly*, vol. 12.2, Stuttgart/Weimar, 2002, Sp. 227 f.

[44] Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,3,16.

[45] *Factum et senatus consultum ultioni iuxta et securitati, ut si quis a suis servis interfectus esset, ii quoque, qui testamento manu missi sub eodem tecto mansissent, inter servos supplicia penderent*.

[46] Gegen jene, die geflüchtet waren, bevor das Testament des gewaltsam Getöteten oder der gewaltsam Getöteten eröffnet wurde, und bezüglich derer sich später bei der Eröffnung des Testaments zeigte, dass sie freigelassen wurden, wird ebenso wie gegen die Sklaven die *quaestio* gewährt und sie werden hingerichtet. Denn es ist am gerechtesten, wenn der Vergeltung der Eigentümer nicht deren eigene Güte entgegensteht. Und wer diese [Güte] stärker erfahren hat, verdient für sein Verbrechen eine schwerere Strafe.

[47] Siehe dazu auch den Kommentar von KLINGENBERG, *CRRS X.6*, S. 105, Nr. 112 und die Verweise auf diese Stelle bei MARTINI, *In margine*, S. 426; TORRENT, *Nulidad*, S. 590

[48] Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,3,16.

[49] DEVILLERS, O., *Tacite et les sources des Annales. Enquêtes sur la méthode historique*, Louvain/Paris/Dudley, 2003, S. 61.

meinsame Quelle fernliegend. Durchaus plausibel ließe sich ein gemeinsamer Ursprung im Umfeld der *lex Cornelia* vermuten. Dieser Eindruck wird durch eine weitere Quelle zur Sklavenflucht aus dem Titel zum *Silanianum* verstärkt.

> Ulp. *libro quinquagesimo ad edictum* D. 29,5,3,12
> Si quis quem eorum servum servamve ex ea familia, qui eius facinoris noxius erit, receperit vel celaverit sciens dolo malo, in ea causa est, ac si lege quae de sicariis lata est facinoris noxius fuerit.[50]

Das Ulpian-Fragment[51] behandelt denjenigen, der einen flüchtigen Sklaven *sciens dolo malo* versteckte, wie einen nach der *lex Cornelia* der Tötung Schuldigen (*facinoris noxius*). Als Anklang an das *Silanianum* wurde auch hier wieder nur der *de sicariis*-Teil der *lex* angesprochen. Dieser „Sondertatbestand[…]"[52] kombinierte die Tathandlungen verschiedener Edikte und passte sie an den Senatsbeschluss an. *Recepisse* ist gemäß dem Edikt *de servo corrupto* als „Zuflucht gewähren" zu verstehen.[53] *Celare* hingegen meint das Verstecken eines flüchtigen Sklaven nach dem Edikt *de fugitivis* und konstituierte ein *furtum*.[54] Anstatt auf die entsprechende *lex Fabia*[55] zu verweisen, wird aber auf die *lex Cornelia* verwiesen. *Sciens dolo malo* wiederum stammt aus dem Wortlaut des *crimen* der *lex Fabia*.[56] D. 29,5,3,12 bestätigt somit den engen Zusammenhang zwischen den Regelungen der *lex Cornelia* und der Sklavenflucht unter dem *SC Silanianum*.

Wenn man D. 29,5,3,17 und D. 29,5,3,12 zur Auslegung von D. 29,5,25,1 heranzieht, dann ergibt sich folgendes Bild: Die Freigelassenen wurden *ex vinculis* verhört und dann dem *supplicium* mit den Sklaven unterworfen. Ansätze für diese Regelung waren bereits in der *lex Cornelia* enthalten, da diese mindestens das *supplicium* vorsah. Die Anwendbarkeit der *quaestio*, wie sie sich bei Ulpian findet, ergibt sich nicht aus D. 29,5,25,2. Man kann sie aufgrund des deutlich später zu datierenden D. 29,5,3,17 entweder dort hineinlesen oder man geht von einer spätklassischen Entwicklung aus bedingt durch die generellen Lockerungen in der Anwendbarkeit der *tormenta/quaestio*.

Besonderer Beachtung gebührt der Verurteilung zur Zahlung *ex bonis damnati*. Sie lässt Zweifel aufkommen, ob im Regelfall Sklaven als Täter verurteilt wurden. So ging Kaser davon aus, Geldbußen und Vermögensstrafen müssten für Sklaven aufgrund ihrer Vermögenslosigkeit grundsätzlich als Strafe ausscheiden.[57] Wäre der *damnatus* ein freigelassener Sklave gewesen, hätte das Geld nur aus einem *peculium* stammen können. Bei einer *damnatio* ging das Vermögen über das *bona publicare* an das *aerarium* bzw. den *fiscus*. Der *patronus* bzw. seine Erben erhielten nur den ihnen zustehenden Teil des *peculium*.[58] Ein solches *peculium* musste aber nicht zwingend vorhanden sein, gerade bei massenweisen Freilassungen in Testamenten. Da die Regel im Vergleich zum *principium* keine subsidiäre Geldquelle angibt, erscheint es praktisch fernliegend, den *damnatus* als einen Sklaven zu identifizieren. Tatsächlich gibt es aber einige Fragmente, die sich mit den *bona damnatorum* eines Freigelassenen beschäftigen.[59] *Damnatus* muss daher auf die Freigelassenen bezogen werden. Letztendlich steht es nur so in Übereinstimmung mit dem *convicere*.

Zusammenfassend lässt sich auch D. 29,5,25,1 in das Umfeld der *lex Cornelia* einordnen. Einiges spricht jedoch für eine spätere Anpassung.[60] Die Sonderregelung aus § 1 war vielleicht erst vor dem Hintergrund des *Silanianum* in der so überlieferten Form nötig geworden.[61] *Cavetur* und *praeterea cavetur* erwecken zuerst den Anschein einer Bezugnahme auf dieselbe Quelle, also die *lex*. Im *principium* bezieht sich das Prädikat auf die *lex Cornelia*. In § 1 kann jedoch gerade nicht die *lex* gemeint sein, weil sich *lege de sicariis iudicium fiat ita* ebenfalls auf diese bezieht und *cavetur…lege de sicariis iudicium fiat* wohl kaum als Ganzes an *lege Cornelia cavetur* anschließen kann. Somit dürfte sich *praeterea cavetur* auf das kommentierte *edictum provinciale* beziehen. Daran knüpft dann D. 29,5,25,2 passend über *ex hoc edicto* mit einer *actio* gegen jene an, die gegen das *edictum praetoris/perpetuum* verstoßen.

Gegen eine Herkunft aus der *lex* selbst sprechen die Einschränkung auf *lege de sicariis* im Sinne des *Silanianum* und insbesondere die Charakterisierung der Belohnung als *praemii nomine*. Hierin ist eine bewusste Abgrenzung zu dem *praemium accusatoris* zu sehen. Vermutlich nahm erst der Prätor diese Rechtsfortbildung vor und deshalb lag kein offiziell im Umfeld der *quaestiones* erlassenes *praemium* (durch *leges* oder *senatus con-*

---

[50] Wenn jemand einen Sklaven oder eine Sklavin aus derjenigen Sklavenfamilie, die wegen dieser Tat [nach dem *SC Silanianum*] schuldig war, wissentlich und mit böser Absicht aufnahm oder versteckte, ist er in diesem Fall entsprechend der *lex de sicariis* [*et veneficis*] wegen der Tat strafbar.

[51] Siehe dazu auch den Kommentar von KLINGENBERG, in *CRRS X.6*, S. 105, Nr. 111 und DALLA, *op. cit.*, S. 26.

[52] KLINGENBERG, *CRRS X.6*, S. 105, Nr. 111.

[53] Ulp. 23 *ad ed*. D. 11,3,1,2: *Quod autem praetor ait „recepisse", ita accipimus, si susceperit servum alienum ad se: et est proprie recipere refugium abscondendi causa servo praestare vel in suo agro vel in alieno loco aedificiove*.

[54] Ulp. 1 *ad ed*. D. 11,4,1pr.

[55] D. 48,15 *de lege Fabia de plagiariis* und CRAWFORD, M. In: *RS* II, Nr. 51, S. 755 (Datierung: jünger als 63 v. Chr.). Sie wurde später durch ein *senatus consultum* ergänzt. Siehe dazu DAUBE, D., Slave-Catching. In COHEN, D./SIMON, D. (Hrsg.), *David Daube. Collected Studies in Roman Law*, vol. I, Frankfurt (Main), 1991, S. 501–513, hier S. 502-506.

[56] Siehe Marcian. 1 *iudic. publ*. D. 48,15,3pr.: *…ipsa lex scripta est: nam adicitur „si sciens dolo malo hoc fecerit"*. Auch die Rekonstruktion Crawfords in RS II Nr. 55, S. 755 (*lex Fabia de plagio*) gibt dies als Teil des Wortlautes an.

[57] KASER, M., Zur Kriminalgerichtsbarkeit gegen Sklaven, S. 359.

[58] Vgl. z.B. Paul. *liber singularis de port. q. lib. damn. conceduntur* D. 48,20,7,1.

[59] Macer *libro… de publ. iudic*. D. 48,20,8pr.

[60] ALEXANDER, *op. cit.*, S. 31; wohl auch KLINGENBERG, *CRRS* X.6: servus fugitivus, S. 105, Nr. 112. Zweifelnd schon ZUMPT, A.W., *Der Criminalprocess der römischen Republik*, Leipzig, 1871, S. 56, Fn. 1, da § 1 nicht ausdrücklich sage, die Belohnung sei schon von der *lex Cornelia* ausgelobt worden. DALLA, D., *op. cit.*, S. 27 spricht vom „precedente della successiva evoluzione normativa".

[61] Gegen KLINGENBERG, CRRS X.6, S. 9; MARTINI, *In margine*, S. 425 f.; TORRENT, *Nulidad*, S. 589 und S. 604 f. (bereits als Teil der *lex Cornelia*).

sulta) vor. Den Ausdruck verwenden nur zwei weitere juristische Quellen. Dabei handelt es sich einmal um D. 29,5,25,2 (dazu gleich) und um eine Belohnung für eine *delatio*[62] unter der augusteischen *lex Iulia et Papia*. Über diese berichetete Iunius Mauricianus unter Antoninus Pius.[63] Darin dürfte ein an die Prozessgegebenheiten der Zeit angepasstes *praemium accusatoris* aus der *lex* zu sehen sein. Wenn man *praemii nomine* mit anderen Verwendungen von *nomine*[64] vergleicht, könnte die jeweilige Summe unter dem Namen eines bzw. des *praemium* aus dem *principium* gegeben worden sein. Damit läge ein Bezug auf dieses vor, aber weder Tatbestand noch Zahlung hätten dem eigentlichen *praemium accusatoris* entsprochen, das auf einen Sonderfall angepasst wurde. Der Ausdruck *praemii nomine* dürfte aus der späten Republik oder dem frühen Prinzipat stammen. Seine Überlieferung ist auf diese Zeit beschränkt wie Fundstellen im ersten Jahrhundert bei Quintilian und Columella und schlussendlich auch bei Gaius belegen.[65]

Auch der Wegfall der Möglichkeit der Zahlung *ex publico* sowie die abweichende Finanzierung *ex bonis damnati* weisen auf den Unterschied zum *praemium* aus der *lex* hin. Obwohl sich eigentlich nur der Status der Wiedereinzufangenden änderte, und dies sogar erst nach der Tat, entstammte das Geld nicht mehr den *bona* des Getöteten, sondern den *bona* des *damnatus*. Weder die Erben des Getöteten noch die öffentlichen Kassen mussten die Kosten tragen. Die subsidiäre Finanzierung *ex publico* war Anerkennung des öffentlichen Interesses an der Verfolgung der Sklaven als essenzielles Beweismittel in einem öffentlichen Verfahren (*iudicium publicum*). Vorrangig konnten den Erben– auch im Sinne ihres *officium* zur *vindicta mortis/defensio mortis*[66] – die Kosten auferlegt werden. Eigentlich hätte sich dieser Gedankengang auf die im Testament freigelassenen Sklaven übertragen lassen, aber entweder reichte es nicht aus, dass sie unter der *lex* „nur" bestraft, aber nicht als Beweismittel herangezogen werden konnten, oder aber der Unterschied lag begründet in der nachträglichen Anpassung der Belohnung.

§ 1 ist damit nicht eine bloße Übertragung des *praemium accusatoris* auf die Freigelassenen, sondern vermutlich eine Reaktion auf die Diskussion über Freigelassene unter dem *Silanianum*. Die Übereinstimmung zwischen § 1 und § 2 ist in vielfacher Hinsicht deutlich größer. Die Belohnung *praemii nomine* funktionierte eher wie die ediktale *actio popularis* zum *Silanianum* und nicht wie ein *praemium accusatoris* aus einer *lex*.

5. Sklavenflucht unter dem *SC Silanianum* und die Edikte zur Sklavenflucht

D. 29,5,25pr.-1 haben Ähnlichkeit zu den *indicia*,[67] den privatrechtlichen Anzeigebelohnungen der Sklavenflucht. Unter beiden Rechtsinstituten war ein Unbeteiligter der Finder des Sklaven. Das Einfangen von Sklaven war ein Geschäftszweig, auf den sich professionelle *fugitivarii* spezialisiert hatten.[68] Sie suchten in Steckbriefen ausgeschriebene Sklaven und zeigten deren Aufenthaltsort aus Profitinteresse – gegen Zahlung eines *indicium* – gegenüber den Eigentümern an (*indicare*).[69] Dieses Verhalten war nicht unumstritten. Gemäß den Quellen war das Einfangen flüchtiger Sklaven ein zwielichtiges Geschäft. Insbesondere die Zusammenarbeit von Sklaven und den Sklavenfängern zum Nachteil des *dominus* sollte rechtlich unterbunden werden.[70]

Accusatio und *indicium* unterscheiden sich jedoch in der Zwecksetzung. Das Wiederbringen der Sklaven als Beitrag zum Prozess fiel nicht unter die verachteten Tätigkeiten der Sklavenfänger, sondern sollte zwingend belohnt werden. Auch kam es nicht zu einer privatrechtlichen Aushandlung des *indicium*, das zumeist zuungunsten des *dominus* unter dem Wert des Sklaven lag. Die *praemia accusatoris* sollten außerdem das durch den *accusator* getragene Prozessrisiko abmildern.[71] Die *indicia* wirkten im Gegensatz zu den *praemia* präventiv, denn ein fluchtgeneigter Sklave wurde vielleicht im Wissen um die erhöhte Wahrscheinlichkeit der Ergreifung von seinem Fluchtplan abgehalten.[72]

Die Anklägerbelohnung wurde aus einem öffentlichen Interesse heraus gezahlt. Eben aus diesem Grund wurde das *praemium* einschränkend nur *in singulos servos quos convicerit* gezahlt. Das privatrechtliche *indicium* diente nur den privaten Vermögensinteressen des *dominus*. Ob die beiden Belohnungen nebeneinander bestehen konnten, ist zweifelhaft. Durch die Anzeige wurde der Sklave dem *Silanianum* ausgesetzt und ging damit als Vermögenswert unter. Durch das private Aushandeln konnte eine wirtschaftliche Risikoabwägung erfolgen. Das *praemium* hingegen war normiert und wurde auch entgegen dem Willen

---

62 Mauric. 3 *ad leg. Iul. et Pap*. D. 49,14,15,1.

63 KUNKEL, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, zweite Auflage, Graz/Wien/Köln, 1967, S. 176 f., Nr. 43.

64 Gai. 17 *ad ed. provinc*. D. 7,1,56; Iav. 14 *ex Cass*. D. 9,2,37,1; Ulp. 18 *ad ed*. D. 9,4,2,1; Ulp. 2 *resp*. D. 10,2,53; Pomp. 9 *ad Sab*. D. 19,1,6,8; Ulp. 38 *ad ed*. D. 47,6,1,3; Ulp. 38 *ad ed*. D. 47,6,3pr.

65 Quint. *decl. min*. 249pr.; 282pr.; 288pr.; 294pr.; 310pr. sowie Quint. *inst. orat*. 7,1,42. Für Quintilian bedeutet *praemii nomine* zumeist wohl eine auf das Individuum zugeschnittene, durch eine Autorität gewährte Belohnung (*praemii nomine petere/quaerere*) und zwar vermutlich in den Fällen, in denen keine solche Belohnung durch die *leges publicae* vorgesehen war. Aber er verwendet vereinzelt auch *praemium* in diesem Sinne (*Decl. min*. 293pr.). Vgl. für weitere Nachweise auch Eduardus Bonnellus, s.v. *„praemium"*. In: *Lexicon Quintilianeum*, Leipzig, 1834, Nachdruck Hildesheim, 1962.
Siehe auch Colum. *de re rustica* 1,3,10 und insgesamt Massaro, Matteo, Lemma „praemium, -ī". In: TLL Online, vol. 10.2, S. 712 (Z. 65) - 720 (Z. 53), Berlin/New York, 1987 unter: https://tll.degruyter.com/article/10_2_5_praemium_v2007 (zuletzt abgerufen: 15. 02. 2022).

66 Siehe z.B. Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,5,3; Marcian. *l. s. de delator*. D. 29,5,15,2.

67 Siehe nur Ulp. 26 *ad ed.* D. 12,5,4,4 und Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19,5,15. Zum Thema siehe GAMAUF, *op. cit*., S. 91-108.

68 Ausdruck z.B. in Ulp. 30 *ad ed*. D. 19,5,18; PS. 1,6a,1.

69 Für Details zum Ablauf siehe GAMAUF, *op. cit.*, S. 95 f.

70 Siehe dazu DAUBE, *op. cit*., S. 501-513.

71 Zu D. 29,5,25pr. so KLINGENBERG, *CRRS X.6*, Nr. 113, S. 106.

72 GAMAUF, *op. cit*., S. 106.

der Erben aus der Erbmasse gezahlt. Ob dabei in D. 29,5,25pr. von Anfang eine feste Summe gewährt wurde oder in Tradition früherer *praemia* flexible Belohnungen gewährt wurden, lässt sich nicht sicher sagen.

D. 29,5,25 ist keine Ausnahme vom Grundsatz der privaten Bestrafung der *servi fugitivi*. Die Überlieferung kennt nur sehr wenige Fälle, in denen ein *servus fugitivus* öffentlich bestraft wurde. Eigentlich stand deren Sanktion und Züchtigung im Rahmen der *dominica potestas* im Ermessen des Eigentümers.[73] Das Verfahren an den Sklaven wird in D. 29,5,25 jedoch nicht aufgrund der Flucht in die Hand des Gemeinwesens gelegt, sondern diese koinzidiert mit einem Verfahren wegen eines *iudicium publicum*. Die private Bestrafung durch den (neuen) *dominus* wurde zum einen durch die Verschiebung des Erbschaftsantrittes unter dem *Silanianum* erschwert und zum anderen war das Verfahren nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch im Sinne des getöteten *dominus* und seiner Angehörigen.

6. D. 29,5,25,2: *actio popularis contra eum, qui adversus edictum praetoris tabulas testamenti aperuisse dicetur vel si quid aliud fecisse dicetur*

> Gai. *libro septimo decimo ad edictum provinciale* D. 29,5,25,2
> Ex hoc edicto actio proficiscitur contra eum, qui adversus edictum praetoris tabulas testamenti aperuisse dicetur vel si quid aliud fecisse dicetur: nam ut ex supra dictis apparet, plura sunt, propter quae poena edicti constituta est. palam est autem popularem actionem esse, cuius poena in centum aureos ex bonis damnati extenditur: et inde partem dimidiam ei, cuius opera convictus erit, praemii nomine se daturum praetor pollicetur, partem in publicum redacturum.[74]

Nach D. 29,5,25,2 versprach das von Gaius kommentierte Edikt eine *actio contra eum, qui adversus edictum praetoris tabulas testamenti aperuisse dicetur vel si quid aliud fecisse dicetur* und damit eine Klage gegen jeden, der ein Testament entgegen dem vorübergehenden Verbot der Testamentsöffnung aus dem *senatus consultum Silanianum* geöffnet hatte.[75] Diese Klage wirft eine Vielzahl von hier nicht relevanten Fragen zum Verständnis der römischen *actiones populares* auf.[76] Sie resultierte aus der Umsetzung des Senatsbeschlusses im *edictum perpetuum*[77] und sanktionierte die Öffnung des Testamentes bzw. die *aditio* zwischen der Tötung und der *quaestio* an den Sklaven. Die Kombination von *aperire* und *si quid aliud fecisse dicetur* erfasst alle Handlungen zur Öffnung eines Testamentes aus D. 29,3 *testamenta quemadmodum aperiuntur inspiciantur et describantur*.[78] Das Rechtsmittel besteht unabhängig vom *principium* und § 1. Die *poena* von 100 *aurei* sollte *ex bonis damnati* gezahlt werden und dabei zur Hälfte *in publicum* gehen, also an eine öffentliche Kasse. Die andere Hälfte war zu zahlen an *ei cuius opera convictus erit*. Hierüber wurde zum einen bei mehreren Klägern eine Auswahl getroffen und zum anderen konnte so flexibel derjenige belohnt werden, dessen Verdienst die Aufklärung des Verstoßes gewesen war.[79]

Die *actio popularis* kannte wie D. 29,5,25,1 nur eine Belohnung *praemii nomine*, die *ex bonis damnati* gewährt wurde. *Praemii nomine* verweist vermutlich wieder auf den Bezug zu einem *praemium accusatoris* und auf ein späteres Weiterdenken im Edikt.

Der Prätor erhielt über die Zahlung *praemii nomine* aber die Anreizfunktion für die populare Klagemöglichkeit aufrecht.

7. Prozessuale Besonderheiten und die Kommentierung *ad edictum provinciale*

Die Quelle offenbart für das *praemium accusatoris* zwei Rechtsquellen: Eigentlich zugehörig zur *lex Cornelia*, statuierte das kom-

---

[73] Siehe dazu KLINGENBERG, *CRRS X.6*, S. 8 f.

[74] Aus diesem Edikt ergibt sich eine Klage gegen jenen, von dem behauptet wird, er habe die Testamentstafeln entgegen dem Edikt des Prätors geöffnet oder etwas Vergleichbares getan: Denn wie sich aus dem oben Gesagten ergibt, gibt es mehrere [Handlungen], wegen derer die Strafe aus dem Edikt verhängt wird. Aber es ist offenkundig, dass es sich um eine Popularklage handelt, deren Strafe sich auf 100 *aurei* aus dem Vermögen des Verurteilten beläuft. Und davon verspricht der Prätor die Hälfte demjenigen, dessen Mühe überzeugt hat, unter dem Namen einer Belohnung, [und] der [andere] Teil wird an eine öffentliche Kasse abgeführt.

[75] Siehe auch PS. 3,5,12a. Das Fragment folgt der Sesterzenrechnung vor der Münzreform 294 n. Chr., LIEBS, D., *Römische Jurisprudenz in Africa*, zweite Auflage, Berlin, 2005, S. 50, Fn. 123.

[76] D. 29,5,25,2 wird in der Diskussion um die Popularklagen häufig nicht als eine solche oder als Sonderfall eingeordnet. Siehe z.B. BRUNS, Die römischen Popularklagen. In: *ZRG* 3 (1864) S. 341-415, hier S. 387 f.; CODACCI-PISANELLI, G., Le azioni popolari. In: *Arch. giur.* 33 (1884) S. 317-731, hier S. 335; DANILOVIĆ, D., Observations sur les „actiones populares". In: *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. VI, Turin, 1974, S. 13-43, hier S. 21; PAALZOW, *Die Lehre von den römischen Popularklagen*, Berlin, 1889, S. 12; SACOCCIO, A., *Il modello delle azioni popolari romane*. In: GAROFALO, L. (Hrsg.), *'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di Mario Talamanca*, vol. I, Padova, 2011, S. 713-777, hier 746, Fn. 94.
Bereits HUSCHKE, E., *Die Multa und das Sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen*, Leipzig, 1874, S. 274, Fn. 83 kritisierte die aus dieser Aussortierung resultierende Nicht-Beschäftigung mit der *actio*. Andere hingegen rechnen sie zu den *actiones populares*, z.B. FADDA, C., *L'azione popolare. Studi di diritto romano ed attuale*, vol. I, Rom, 1894, S. 35-37; KASER, M., *Römisches Privatrecht*, vol. I, zweite Auflage, München, 1971 § 142.I; RUDORFF, A.F., *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, Leipzig, 1859, § 46, S. 157.
Zu den *actiones populares* stellvertretend für viele siehe BRUNS, C.G., Die römischen Popularklagen. In: *ZRG* 3 (1864) S. 341-415; MOMMSEN, T., Die Popularklagen. In: *ZRG* 24 (1903) S. 1-12; ALBANESE, A. *L'azione popolare da Roma a noi*, Rom, 1955; CASAVOLA, F., *Studi sulle azioni popolari romane*, Neapel, 1958; DANILOVIĆ, *op. cit.*, S. 13-43; SACOCCIO, A., Il modello delle azioni popolari romane. In: GAROFALO, L. (Hrsg.), *'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di Mario Talamanca*, vol. I, Padova, 2011, S. 713-777; LOZANO Y CORBI, E., La „actio de tabulis apertis". In: *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. V, Neapel, 1984, S. 2561-2566.

[77] Ausdrücklich Ulp. 54 *ad ed*. D. 40,12,7,4 (*...quod testamentum aperiri praetor vetat, quia testator a familia necatus esse dicatur...*). Siehe auch Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,3,18; Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,3,22 oder Ven. 2 *de publ. iudic*. D. 29,5,13.

[78] Siehe auch Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,3,18-32.

[79] Vgl. auch *Lex Iulia agraria/lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia*, KL. IIII-V; Front., *aqu*. 127,2-3 (= FIRA I², 41, Caput 127). Für ALEXANDER, *op. cit.*, S. 21 ist *is cuius opera maxime is condemnatus erit* Zeichen für die Gewährung eines *praemium*.

mentierte *edictum provinciale* das *praemium*. Unklar ist, was aus dieser Gewährung des *praemium* in D. 29,5,25pr. zu schließen ist: Der Charakter von Gaius' Arbeit *ad edictum provinciale* ist umstritten.[80] In den letzten Jahren scheint sich als *communis opinio* etabliert zu haben, er habe ein Jurisdiktionsedikt der Statthalter in der Provinz kommentiert, das zu seiner Entstehungszeit in allen Senatsprovinzen und vermutlich auch in den Kaiserprovinzen einheitlich verwendet worden sei.[81] Falls das Edikt in einer Provinz oder mehreren Provinzen Anwendung fand, war das *praemium* vor dem zuständigen Magistrat einzuklagen. Mangels Parallelüberlieferung lässt sich nicht beantworten, ob dies auch dem Regelfall in Rom zur Zeit des Gaius entsprach. Zumindest zu Beginn des Prinzipats wurden die *praemia* noch durch das Gericht (also die *quaestio* bzw. deren *praetor*) zuerkannt.[82]

Jedenfalls war die *actio popularis* eine Besonderheit. D. 29,5,25,2 wurde bisher kaum als aufschlussreich für das Verhältnis von *edictum praetoris* und *edictum provinciale* erkannt.[83] Dabei äußerte sich Gaius ausdrücklich zu dem Verhältnis der von ihm kommentierten Quelle: Die *actio popularis* sei *ex hoc edicto* (= *edictum provinciale*) bei einem Verstoß *adversus edictum praetoris* (wohl das *edictum urbanum*[84] als *edictum perpetuum*) gewährt worden. Demnach wird hier ein vom *edictum praetoris* abweichendes Rechtsmittel gewährt.

Der Kontrast zwischen dem kommentierten Edikt und einem Edikt des Prätors sowie die Erwähnung eines Prätors für das *edictum provinciale* (in Abweichung zum *praeses*) in D. 29,5,25,2 (*ex hoc edicto actio proficiscitur contra eum, qui adversus edictum praetoris…praemii nomine se daturum praetor pollicetur*) sind Hinweise auf provinzrechtliche Abweichungen vom innerrömischen Rechtzustand. Das Gaius-Fragment lässt offen, ob nur das kommentierte *edictum provinciale* die *praemia* erwähnte. Zumindest sind sie für die *lex* und für den Senatsbeschluss nur in der hier behandelten Quelle überliefert. Dass die *lex* einige *praemia* kannte, dürfte außer Frage stehen. Sogar im ersten Jahrhundert wurden noch neue geschaffen, zum Beispiel zur *lex Papia Poppaea*.[85] Mit der Etablierung des Kognitionsverfahrens verschwanden sie größtenteils aus der Überlieferung. Insofern überraschen die fehlenden weiteren Erwähnungen nicht. Einem Zufall der Überlieferung könnte auch die Tatsache geschuldet sein, dass nur eine Überlieferung aus einem Kommentar *ad edictum provinciale* erhalten ist. Zum *Silanianum* ist in den Ediktkommentaren ansonsten nur ein *praemium libertatis* belegt.[86]

All dies könnte im Zusammenhang mit der abweichenden Prozesssituation in den Provinzen stehen. Als *actio popularis et poenalis* hatte die Klage pönale und zivile Elemente. Sie unterlag einer Form des Formularverfahrens. Das gesamte Fragment lässt sich nachvollziehbar in den Rekuperatorenprozess einordnen,[87] insbesondere wenn man bei diesem von einem grundsätzlichen Zusammenhang zu einem öffentlichen Interesse an dem Verfahren ausgeht.[88] Anfänglich wohl vor allem für die Streitigkeiten zwischen Peregrinen zuständig, konnten *recuperatores* im zweiten Jahrhundert auch Streitigkeiten zwischen Römern entscheiden.[89] Gemeinhin wird auch von einer Kompetenz der Rekuperatoren für *actiones populares* ausgegangen.[90] Hier liegt aber nach Lenels Rekonstruktion keiner der Fälle vor, in denen ausdrücklich ein *iudicium recuperatorium* vorgesehen war, denn diese waren alle hintereinander im Edikt verzeichnet.[91] Die *recuperatores* verschwanden mit dem Bedeutungsverlust des Formularprozesses aus den Quellen.[92] Gaius erwähnte diese Art des Verfahrens allerdings mehrmals als eine mögliche Ausgestaltung des Prozesses.[93] Im Grundsatz konnten sie in einem Großteil der *actiones* als Richterkollegium in der Phase *apud iudicem* tätig werden und den *iudex unus* ersetzen. Insbesondere in der Provinz waren sie häufiger an-

---

[80] Siehe stellvertretend für viele GUARINO, A., Gaio e l'edictum provinciale. In: *IURA* 20 (1969) S. 154-171; MARTINI, R., *Ricerche in tema di editto provinciale*, Mailand, 1969, insbesondere S. 115 f.

[81] LIEBS, D. In: *HLL*, vol. 4, München, 1997, § 426.2-4.

[82] MOMMSEN, *Strafrecht*, S. 510.

[83] Zu dieser Stelle siehe aber MARTINI, R., *Ricerche*, S. 115 f. Er hält sie für einen (weiteren) Beleg dafür, dass Gaius seinen Kommentar ursprünglich als Kommentar *ad edictum praetoris* schrieb. Die Erwähnung des Prätors erklärt er mit der Zuordnung zum *edictum praetoris*, übersieht dabei aber die auch in D. 29,5,25,2 erwähnte Kontrastierung zu einem dem *edictum provinciale* zugeordneten Prätor.

[84] Gai. *Inst*. I,6 unterscheidet zwischen einem *edictum praetoris urbani* (siehe auch sein gleichnamiger Kommentar) und einem *edictum praetoris peregrini*: *Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani. sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent: nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur*.

[85] Tac. *ann*. 3,28,3. Siehe auch Suet. *Tib*. 61,2; Suet. *Nero* 10,1 (*praemia delatorum*).

[86] Ulp. 50 *ad ed*. D. 29,5,3,13-14. Auch dieses war ein Anreiz zur *delatio/accusatio*: Sklaven wurden freigelassen, wenn sie die Tötung ihres *dominus* aufdeckten bzw. anzeigten (*necem detegere*).

[87] DANILOVIĆ, *op. cit*., S. 34–36; HUSCHKE, *op. cit.*, S. 273, Fn. 82; LENEL, O., *EP*, dritte Auflage, Leipzig 1927, § 169; WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien, 1921, S. 273; SCHMIDLIN, B., Das Rekuperatorenverfahren. Eine Studie zum römischen Prozess, Fribourg (CH), 1963 erwähnt die Quelle nicht.

[88] Nach SCHMIDLIN, *op. cit.*, S. 72 war der Prozess „von publizistischem Interesse durchtränkt".

[89] Fest. 342, 9-13, s.v. *„reciperatio"*; Gai. *Inst*. IV,105; BONGERT, Y., *Recherches sur les récupérateurs*, S. 242.

[90] BONGERT, *op. cit*., S. 203–215.

[91] Lenel, *EP*[4], S. 26-29.

[92] NÖRR, D., Zu den Xenokriten (Rekuperatoren) in der römischen Provinzialgerichtsbarkeit. In: ECK, W. (Hrsg.), *Lokale Autonomie und römische Ordnungsmacht in den kaiserzeitlichen Provinzen vom 1. bis 3. Jahrhundert*, Berlin/Boston 1999, S. 257-301 [= ders. *Historiae Iuris Antiqui. Gesammelte Schriften*, vol. III, Goldbach. 2003, 2237-2281], hier S. 263 [S. 2243].

[93] Gai. *Inst*. IV,105: *Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris; in ea causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit, imperium habebit*. Siehe auch Gai. *Inst*. IV, 109; Gai. *Inst*. IV, 141; Gai. *Inst*. IV, 185.

zutreffen.[94] Möglicherweise wurde daher auch das *praemium* auf ein Verfahren in diesem Prozess übertragen. Die Erklärung für *praemii nomine* könnte sich somit ebenfalls als provinzielle Besonderheit herleiten lassen.

Das Fragment D. 29,5,25 zeigt insgesamt eine Abkehr von der *quaestio de sicariis et veneficis* auf. Ein Wiederfinden eines Quästionenprozesses in einem Edikt dürfte wohl ausgeschlossen sein, da die *quaestiones* einem speziellen Prätor zugewiesen waren.[95] Trotzdem ist die Behandlung in einem Edikt aufgrund der Problematiken um das Provinzialedikt ein wenig aussagekräftiges Argument für eine veränderte Wahrnehmung des Quästionenprozesses. Offensichtlich ist aber nicht mehr die *quaestio* für die Zuerkennung des *praemium* zuständig, wie es unter den *quaestiones* in Rom der Fall war. Die Verheißung des *praemium* durch das Edikt scheint genauso aktionenrechtlich geprägt wie die *actiones populares*. Sogar ein Klagegegner ist über die Herkunft des Geldes bestimmbar. Das *praemium* hing nicht mehr von der willkürlichen Entscheidung von Magistrat oder Kaiser ab. Außerdem war das Vorgehen zum Erhalt des *praemium* von dem eigentlichen Hauptverfahren unabhängig. Es muss diesem nachgelagert gewesen sein, ansonsten konnte nicht feststehen, wer *convictus/damnatus* war. Demnach musste das *praemium* (zumindest im Anwendungsbereich des *edictum provinciale*) selbstständig eingeklagt werden. Da die *quaestio* an den Sklaven unter dem *Silanianum* in allen Einzelheiten in den Ediktkommentaren besprochen wurde und sie zumindest nach klassischer Auffassung in die Zuständigkeit des *praetor urbanis*[96] fiel, könnte der Rechtszustand in Rom ähnlich gewesen sein. Jedenfalls wurde sie weder mit einem Quästionenverfahren nach der *lex Cornelia* noch mit einem Kognitionsprozess gleichgesetzt.

Ob die *accusatio* tatsächlich noch im ursprünglichen Sinne die den prozesseinleitenden und -führenden *accusator* meinte, darf daher bezweifelt werden. Mit dem Kognitionenverfahren veränderten sich auch Bedeutung und Wahrnehmung der *accusatores*.[97] D. 29,5,25pr. entspricht allerdings nicht einer *delatio* im Prinzipat.[98] Die *delatores* waren im Verständnis des ersten bis Anfang des dritten Jahrhunderts professionelle Ankläger, die mit ihrem Verhalten und ihrem Profitstreben von sich reden machten.[99] Mit der Abkehr vom Akkusationsprozess beschränkte sich die Beteiligungsmöglichkeit Dritter immer mehr auf die Weitergabe von Informationen (*nomen deferre* der *accusatio*).[100] *Index*, *delator* und *accusator* überschnitten sich immer stärker,[101] sie alle brachten dem Gericht relevante Tatsachen zur Kenntnis.[102] Die Anklage bzw. Anzeige war eine Gratwanderung: Zum einen sollten die *praemia* das Tätigwerden Dritter fördern.[103] Zum anderen liefen diese Gefahr, gesellschaftlich verachtet zu werden[104] oder sich sogar strafbar zu machen, wenn sie Falschinformationen lieferten.[105] D. 29,5,25 dürfte somit insgesamt Ausdruck von Änderungen im Bereich der *iudicia publica* und der *quaestiones* sein.

8. Die prozessuale Funktion der Zahlungen und ökonomische Erwägungen

Das Fragment D. 29,5,25 präsentiert eine Trias an Handlungsmöglichkeiten von Seiten unbeteiligter Dritter. Über einen Belohnungsmechanismus sollen diese jeweils zu einem Beitrag zum Prozess unter dem *SC Silanianum* angeregt werden. Bereits die *lex Cornelia* gewährte das *praemium* aus einem öffentlichen Interesse heraus.[106] Dieses *praemium* und die Belohnung *praemii nomine* stellten die Aufklärung der als besonders verwerflich gesehenen Tötungen sicher. Sie betonten ein bestehendes öffentliches Interesse an der Verfolgung als *iudicium publicum* bzw. im vereinfachten Verfahren nach dem *SC Silanianum*. Im Allgemeinen sollte eine Anklage abgesichert werden.[107] Im Speziellen

[94] Gai. *Inst*. I,20: *Consilium autem adhibetur in urbe Roma quidem quinque senatorum et quinque equitum Romanorum puberum, in provinciis autem viginti recuperatorum civium Romanorum. idque fit ultimo die conventus; sed Romae certis diebus apud consilium manumittuntur. maiores vero triginta annorum servi semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum praetor aut pro consule in balneum vel in theatrum eat*. Zu möglichen Gründen für eine wichtige Rolle von Rekuperatoren in der Provinzialgerichtsbarkeit siehe NÖRR, *Xenokriten,* S. 259-289 [S. 2239-2269]. Er nennt sowohl die Tätigkeit im zwischenstaatlichen Verkehr als auch provinzielle Besonderheiten/Erfordernisse („Straffung des Verfahrens", „stärkere Ingerenz des Gerichtsmagistrates"; Vollstreckung von Amts wegen).

[95] Pomp. *l. s. enchirid*. D. 1,2,2,32.

[96] Siehe die Abhandlungen in Ulpians 50. *libro ad edictum* (LENEL, Pal. Ulp. 1234-1239) und in Paulus' 46. *libro ad edictum* (LENEL, Pal. Paul. 609).

[97] RIVIÈRE, *op. cit.*, S. 55. So ordnet LURASCHI, *op. cit*., S. 280 sie unter die *praemia* für eine *delatio* im Kognitionsverfahren ein.

[98] RIVIÈRE, *op. cit*., S. 443, Fn. 53.

[99] ibid. S. 501.

[100] So zumindest unter Tiberius, Suet. *Tib*. 61,3.

[101] Insbesondere eine mögliche Abgrenzung von *accusator* und *delator* ist äußerst schwierig, je nach Epoche entsprachen sie sich. Siehe zu diesem Thema PETRACCIA, M.F., *Indices e delatores nell'antica Roma. occultiore indicio proditus*; *in occultas delatus insidias*, Mailand, 2014; RIVIÈRE, *op. cit.* (zu der schwierig nachvollziehenden wechselhaften Bedeutung von *delator* und insbesondere auch der Abgrenzung zum *delator* nach fiskalischem Verständnis insb. S. 21-99). Zu Sklaven als *indices* vgl. SCHUMACHER, *Servus Index*, Wiesbaden, 1982.

[102] Ulp. 50 *ad ed*. D. 50,16,197; PETRACCIA, *op. cit.,* S. 11–13.

[103] ALEXANDER, *op. cit.*, S. 20 listet einige mögliche Gründe für das Hervortreten als *accusator* auf: ein dem Ankläger oder seinen Angehörigen zugefügtes Unrecht, das Streben nach Anerkennung, Patriotismus. Da diese aber nicht immer rausgereicht hätten, seien die *praemia* versprochen worden.

[104] Nach einheitlicher Meinung der römischen Geschichtsschreiber und Annalisten wurden zumindest die *delatores* gesellschaftlich verachtet (siehe z.B. Plin. *paneg*. 34–36) und galten als zwielichtig und fast so verurteilenswert wie die von ihnen Angezeigten.

[105] Zu möglichen Vergehen eines *accusator* wie der *calumnia* und den Auswirkungen des *SC Turpillianum* siehe *The Criminal Law of Ancient Rome*, S. 99-103.

[106] Der von TORRENT, *Praemium libertatis*, S. 275 vermutete Zusammenhang von D. 29,5,25pr. mit der *ultio necis* ist nicht nachvollziehbar. Die Zahlung des *praemium* aus den *bona* des Opfers hat keinen Zusammenhang zu einer Verpflichtung der Erben zur Verfolgung der Tat. Es erscheint arg konstruiert, dass die Bezahlung aus der Erbschaft für den Fall als Ausgleich dienen soll, dass nicht die Erben, sondern Dritte den Sklaven wiederbeschafft haben.

[107] MOMMSEN, *Strafrecht*, S. 510, Fn. 6 (fortgesetzt von S. 509): „[…] Zweck des Gesetzes [ist] bei diesem gemeinen Verbrechen die Anklage zu fördern."

sollten flüchtige Sklaven eingefangen werden, um sie der *quaestio* unterwerfen zu können. Die Aussicht auf die Belohnungen sollte einen Anreiz setzen, damit sich auch unbeteiligte Dritte für die Strafverfolgung einbrachten. So ersetzten sie die in Rom kaum vorhandenen Ermittlungsbehörden und wirkten einer damit einhergehenden Durchsetzungsschwäche entgegen.[108] Ein öffentliches Interesse erklärt auch die subsidiäre Auszahlung *ex publico*. Das römische Gemeinwesen sicherte die Zahlung ab und garantierte damit jedem potentiellen *accusator*, dass sich das Tätigwerden unabhängig von den finanziellen Verhältnissen eines Privatmannes auszahlte. Die Belohnung wurde zu einer öffentlichen Angelegenheit.

Das fehlende Einstehen einer öffentlichen Kasse im Falle einer Zahlung *praemii nomine* könnte auf die fehlende Herkunft aus der *lex Cornelia* zurückzuführen sein. Vermutlich war eine „Rechtsfortbildung" über die in den *leges* bereits enthaltenen Anklägerbelohnungen nicht ohne weiteres möglich. Wenn es sich um eine rein prätorische Schöpfung handelte, stellt sich die Frage, ob der Prätor überhaupt über Vermögen aus einer öffentlichen Kasse verfügen konnte. Falls die Freigelassenen nicht der *quaestio* unterworfen werden durften, hatten sie nicht denselben Beweiswert wie wiedereingefangene Sklaven. Folglich war das öffentliche Interesse geringer. Ähnlich verhielt es sich mit der *actio popularis*. Die Zahlung *praemii nomine* erfolgte auch hier nur *ex bonis damanti*, aber sowohl die Öffnung der Klagemöglichkeit für jeden Bürger (*popularis*) als auch die teilweise Einzahlung in eine öffentliche Kasse zeigen, dass es sich nicht um eine rein private Angelegenheit handelte.

Beachtenswert sind jedoch die unterschiedlichen Summen. Das *praemium accusatoris* betrug fünf *aurei*.[109] Daneben stand die Belohnung *praemii nomine* über zehn *aurei*. Einen krassen Gegensatz dazu bildete die *actio popularis* mit 100 *aurei*. Die durch die Kompilatoren angepassten Summen und Währungseinheiten hat Mommsen für D. 29,5,25pr.-1 umgerechnet in Sesterzen mit 500 HS bzw. 1000 HS angegeben.[110] Die Summen sind deutlich geringer als diejenigen, die als individuell festgelegte Belohnungen gezahlt wurden. So soll z.B. Claudius in einem Fall 1.500.000 HS gezahlt haben.[111] Trotzdem dürften auch die Beträge aus D. 29,5,25 aus Sicht vieler Römer ein lohnenswerter Zuverdienst gewesen sein. *Ex bonis occisi* des getöteten Sklaveneigentümers waren sie sicherlich zumeist aufzubringen.

Die *actio popularis* hätte entsprechend eine deutlich schwerer aufzubringende *poena* von 10.000 HS aus dem Vermögen des Täters verhängt. Die hohe Summe ist eine weitere Ähnlichkeit zu *leges* der späten Republik und des frühen Prinzipats.[112] Da die *actio* jeden sanktionierte, der ein Testament entgegen dem *Silanianum* öffnete, konnte gerade sie weniger vermögende Personen betreffen. Dies könnte ein Hinweis auf die ausreichende Abschreckungswirkung der bloßen Verheißung der Klage sein und/oder auf eine fehlende praktische Relevanz.

9. Abschließende Bemerkungen

Das *praemium accusatoris* aus D. 29,5,25pr. S. 1 war Teil der *lex Cornelia*. Kunkel will D. 29,5,25pr.-1 in das zweite bis vierte Kapitel der sullanischen *lex* einordnen.[113] Weder der Satz 2 des *principium* noch § 1 gehören jedoch nach dem hier vertretenen Verständnis in eine solche Rekonstruktion der sullanischen Gesetzgebung.[114] Die Regeln sind im Kontext der Sklavenflucht zu sehen, die im Anwendungsbereich des Senatsbeschlusses ein wiederkehrendes Problem wurde. Zusammen mit dem Ulpian-Fragment, welches denjenigen bestrafte, der flüchtige Sklaven versteckte, ergänzten bzw. erweiterten die Regelungen die *lex Cornelia de sicariis et veneficis*.

Die *actio popularis* hingegen hat keinen direkten Bezug zur *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, sondern ist ein Weiterdenken einer Spezialregel des *SC Silanianum*. Die in D. 29,5,25 enthaltenen Maßnahmen dienten der Sicherstellung der *quaestio* und des *supplicium* im Rahmen des *SC Silanianum*. Die Einschränkungen wie z.B. über das *qui caedem admisissent* zeigen, wie ein Ausgleich gesucht wurde zwischen der Sicherstellung bzw. Anregung zur Aufklärung von Straftaten und der Eingrenzung der wirtschaftlich belastenden Belohnungen.

---

[108] Zu erstem Aspekt ALEXANDER, *op. cit.*, S. 20; KUNKEL, *Untersuchungen*, S. 134; LURASCHI, *op. cit.*, S. 272.

[109] Nach ALEXANDER *op. cit.*, S. 31 sind Sklaven die „logical candidates for rewards" in diesen Fällen, da sie sich mit dem Geld ihre Freiheit hätten kaufen können. Dagegen spricht jedoch schon, dass ein Großteil der Sklaven über das *sub eodem tecto* unter das *SC Silanianum* gefasst wurde und damit wohl kaum Verwendung für das so erhaltene Geld hatte.

[110] MOMMSEN, *Strafrecht*, S. 509 f., Fn. 6

[111] Tac. *ann.* 11,4,2 (47 n. Chr.). Siehe auch die Sammlung von Quellen zur Belohnung von Anzeigen in SZAIVERT, W./WOLTERS, R., *Löhne, Preise, Werte. Quellen zur römischen Geldwirtschaft*, Darmstadt, 2005, S. 297 und dazu S. 54-56.

[112] Z.B. *lex de piratis persequendis*, 19-22 (zitiert nach FIRA I², 9); *lex Iulia agraria/ lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia* KL. V: 5.000 HS; *lex Irnitana* 96, 10-18: 100.000 HS (zitiert nach Wolf, J.G., *Die Lex Irnitana. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien*, Darmstadt, 2011); oder ein *senatus consultum de aquaeductibus* in Front. *aqu.* 127: *poena HS dena milia* (= 10.000 HS).

[113] KUNKEL, W., s.v. *„quaestio"*. In: WISSOWA, G./KROLL, W./MITTELHAUS, K. (Hrsg.), *RE* 24, Stuttgart 1963, Sp. 720-786, hier Sp. 741, Z. 35-46 [= ders., Quaestio. In: *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar 1974, S. 33-110, hier S. 58]. So auch NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München, 1986, S. 89, Fn. 11 konkret wegen D. 29,5,25pr.–1, die sich „besser in ein allgemeines Mordgesetz" einfügen würden; NOGRADY, A., *Römisches Strafrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis*, Berlin, 2006, S. 158; SANTALUCIA, *op. cit.*, S. 211.
D. 29,5,25pr.-1 eher als „Indiz" denn als „zwingendes Argument sieht dagegen HÖBENREICH, E., Überlegungen zur Verfolgung unbeabsichtigter Tötungen von Sulla bis Hadrian. In: *ZRG* RA 107 (1990), S. 249-314, hier S. 264, Fn. 49 („selbst wenn man davon überzeugt wäre, daß die Ausdrucksweise des Gaius *lege Cornelia cavetur* keine spätere Erweiterung des Gesetzes darstellt, bliebe noch der Umstand, daß die Bestimmung sich ebenso gut nur auf die Sklaven der Person bezogen haben könnte, die von einem bewaffnet Umherstreifenden getötet worden war".

[114] Kunkels These, das *principium* und § 1 seien Beleg dafür, bereits Sulla habe die *lex Cornelia* als Mordgesetz und eben nicht (mehr) nur als Verhinderung des bloßen Tragens von Waffen verstanden, wird dadurch inhaltlich nicht berührt, KUNKEL, *Untersuchungen*, S. 70.

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. An ideal lenght of a post should be 50,000 to 60,000 characters. However, it cannot exceed 90,000 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.

The papers must be sent to the email address of editor's office: info@historyoflaw.eu

The papers 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-profit organisation and there is no payment for the papers published in the Journal on European History of Law, the society cannot provide the authors with free prints of the Journal. Nevertheless, each author receives an electronic version (via email) of the issue in which his or her paper was published.

Each work must contain:

1. **Title**. It contains (in this order, always in a new row):
Short and understandable title;
If the Title is in German, please provide us with English translation, too.
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 (f.e. 1., 1.1, 1.1.1). Please, use footnotes, not endnotes. Footnotes should be placed after punctuation. Each note should have a dot in the end. Do not include bibliography at the end of the paper.

An example of a paper may be found on http://historyoflaw.eu/english/Example_JEHL.pdf.

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. (ed.), *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.

If the requirments on the papers are not complied with (mainly the prescribed form of quotation from publications), the paper will not be accepted and presented to reviewers.

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 usually six 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.