

PLR

Pázmány Law Review

THEMATIC FOCUS

Werte sichern, ermöglichen,
beschützen: Recht – Staat – Geschichte

- Wilhelm BRAUNEDER
- Jeroen CHORUS
- Viola HEUTGER

ARTICLES

- Karl SCHWARZ
- WANG Xianlin & ZHANG Mengjun

CURRENT ISSUE

- Szabolcs Anzelm SZUROMI
- András FEJÉRDY



Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences
Budapest

PLR
Pázmány
Law
Review
VI. (2018)



Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences
Budapest

Pázmány Law Review

6. (2018)

ISSN 2064-1818

Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences
Budapest

General Editor:

Nadja EL BEHEIRI

Editorial Committee:

Nadja EL BEHEIRI,

János FRIVALDSZKY and Viktoria HARSÁGI

✉ beheiri.nadja@jak.ppke.hu

Editorial Board:

†János ZLINSZKY

Wolfgang WALDSTEIN

James CRAWFORD

Peter GOTTWALD

Viola HEUTGER

Caridad VELARDE

Helen ALVARÉ

Published by

Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences
H-1088 Budapest, Szentkirályi u. 28–30.
Responsible publisher: Dr. István SZABÓ dean

www.jak.ppke.hu

Edited, prepared for printing by Andrea Szakaliné Szeder

Printed and bound by PPCU University Press.

CONTENT

THEMATIC FOCUS

Werte sichern, ermöglichen, beschützen: Recht – Staat – Geschichte

Nadja EL BEHEIRI

Grundlagen der Wertordnung bei János Zlinszky 5

Wilhelm BRAUNEDER

Die Ausweitung des Schutzgedankens

vom Privatrecht zum öffentlichen Recht 19

Jeroen M. J. CHORUS

The Judge is to Perform his Duties Conscientiously 25

Gábor HAMZA

Die wertbezogenen Pfeiler der römischen *res publica*

in der Gedankenwelt von Marcus Tullius Cicero 31

András FÖLDI

Begriffsgeschichtliche Fragen im Bereich des *ius publicum* 43

Magdolna GEDEON

Das Weiterleben der Regeln der antiken römischen Bergwerksstrafe

im neuzeitlichen Ungarn 53

Viola HEUTGER

Anmerkungen zu den Schnittstellen zwischen Rechtsvergleichung

und Rechtsgeschichte 63

Anna RADVÁNYI

Natürlicherweise – naturgemäss – Naturrecht 73

Kinga ZAKARIÁS

Dies soziale Sichtweise von János Zlinszky als Verfassungsrichter 83

Lilla SZÁDVÁRI

Dissenting and Concurring Opinions

by János Zlinszky 91

ARTICLES

- Csaba VARGA
Presumption and Fiction 105
- WANG Xianlin – ZHANG Mengjun
The Regulation of Misleading Advertising under Laws in China 131
- Karl W. SCHWARZ
Das Biblische Gebot (Exodus 20, 8-11) und seine religionsrechtliche
Umsetzung in Österreich 147
- Gábor MÁTHÉ
Postmoderner Rechtsstaat – Verfassungsgericht. 157

CURRENT ISSUES

- Szabolcs Anzelm SZUROMI O.Praem.
Pope Benedict XV's Negotiations and the last Years
of the Austro-Hungarian Empire. 167
- András FEJÉRDY
Universalismo cattolico e particolarismo nazionale in Ungheria
e nell'Europa Centro-Orientale dopo la prima guerra mondiale 177

THEMATIC FOCUS:

Werte sichern, ermöglichen, beschützen: Recht – Staat – Geschichte

GRUNDLAGEN DER WERTORDNUNG
BEI JÁNOS ZLINSZKY¹

Nadja EL BEHEIRI

Univ. Prof., Katholische Universität Pázmány Péter

1. Wertordnung und Rechtsordnung

„Bei aller Achtung gegen Behauptungen, wie die Relativität des Ethos, die mögliche Vielfalt der persönlichen Freiheit bei Wertentscheidungen kommt man endlich doch zum Schluss, dass ohne der Anerkennung gewisser grundlegenden rechtsethischen Prinzipien der demokratische Rechtsstaat nicht funktionsfähig ist“. So János Zlinszky gegen Ende seiner Amtszeit als Verfassungsrichter vor der Deutsch-Ungarischen Juristenvereinigung.

Gerade auch im Rückblick auf seine Arbeit an dem unmittelbar nach der politischen Wende in Ungarn neu gegründeten Verfassungsgerichtshof hat János Zlinszky bei zahlreichen Gelegenheiten seine Auffassung von Wertordnung und Rechtsordnung dargelegt. Er hat dies vor internationaler Hörerschaft und auch in zahlreichen in Festschriften erschienen Beiträgen getan. Nicht selten hat er diese Ausführungen Mitstreitern gewidmet. Oft hat er zu diesem Thema auch vor Studenten gesprochen und immer hat man bei seinen Vorträgen eine zurückhaltende Leidenschaft mitschwingen gehört. Die Sicht von Recht und Staat bei Zlinszky kann durchaus als originell und eigenständig bezeichnet werden. Wenn Zlinszky über seinen Lehrer Géza Marton sagt, dass dieser sich weder durch bedeutende Namen noch durch eingefahrene Meinungen gebunden wusste, so gilt diese Aussage wohl auch für János Zlinszky selbst.² Auch wenn Zlinszky über Marton sagt, dass dieser in der Geschichte die Gegenwart, in der Theorie die Praxis, in den Teilen das Ganze

¹ Diese Arbeit ist mit Unterstützung des Ungarischen Justizministeriums im Rahme des „Programmes für die Hebung des Niveaus der Juristenausbildung in Forschung und Lehre 2017“ entstanden.

² ZLINSZKY, János: A delictum Marton Géza munkáiban. (Das Delikt in den Arbeiten von Géza Marton) In: KOLTAY, András (szerk.): *A XII Táblától a 12 ponton át a magánjog új törvénykönyvig.* (Vom Zwölf Tafelgesetz über die 12 Punkte der Revolution 1848 bis zum Neuen Zivilgesetzbuch) Budapest, Szent István Társulat, 2013. 419.

und in der Spezialisierung das Universelle gesucht hat, so kann auch diese Aussage als Selbstzeugnis verstanden werden.³

Bei der Suche nach einer Methode – nach dem Weg – auf dem man sich den Überzeugungen von János Zlinszky nähern möchte, könnte ein Bearbeiter zunächst versucht sein, bei philosophischen Autoren auf die Suche zu gehen. Man könnte etwa nach ähnlichen Aussagen wie jener des Architekten der Österreichischen Bundesverfassung Hans Kelsen suchen, den Zlinszky bei mehreren Gelegenheiten als Gegenpol zitiert, der in seiner Selbstdarstellung festgehalten hat, dass ihm für seine Arbeit die Kantische Philosophie von Anfang an ein Leitstern war.⁴ Sehr bald wird man jedoch merken, dass jede diesbezügliche Bemühung vergeblich ist. Nur sehr selten wird man bei János Zlinszky Bezugnahmen auf Philosophen finden und wenn, da nur zur Illustrierung seiner Auffassungen. So zitiert er etwa den Dialog des Platon über die letzten Stunden des Sokrates im Zusammenhang mit der Grundüberzeugung, dass die Freiheit im Hinblick auf das Recht eine vorrangige Kategorie ist.⁵ Bei der Darlegung seines Staatsbegriffes nimmt Zlinszky auf Rousseau Bezug. Staat ist für den Professor des Römischen Rechts eine Abstraktion und bezeichnet eine gesellschaftliche Organisation, die von den der Summe der in der jeweiligen Gesellschaft lebenden Individuen verschieden ist, bei Austausch der Individuen bestehen bleibt und über eine Organisation verfügt, die sie auch bei Wegfall der gesellschaftlichen Gruppe das Bestehen des Staates weiterhin gewährleistet. Diese Definition verdeutlicht Zlinszky unter Bezugnahme auf den französischen Philosophen, wonach der Mensch bei Aufkommen erster Meinungsverschiedenheiten sich bei einem Lagerfeuer zusammengesetzt hat und sich im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages auf die Grundlagen der Staatsorganisation geeinigt hätte.⁶ Der eigene Weg, den Zlinszky gegangen ist, bringt für den wissenschaftlichen Bearbeiter die Schwierigkeit mit sich, dass die Auswahl der Bibliographie, an der sein Gedankengut einerseits gemessen, andererseits aber auch verdeutlicht werden kann, sich nicht von selbst anbietet. Für die vorliegende Darstellung soll dort, wo es ausdrückliche Bezugnahmen von Zlinszky auf anderer Autoren gibt, auf diese eingegangen werden. Das Gleiche gilt auch für Reaktionen auf Aussagen des Professors. An anderen Stellen soll versucht werden, Gedankenansätze in einen

³ Zlinszky János im Nachwort zu Géza Marton: *A polgári felelősség* (Die zivilrechtliche Verantwortung) für den Druck vorbereitet von János Zlinszky. MARTON, Géza: *A polgári felelősség*. Budapest, Triorg, 1992. 328.

⁴ Hans KELSEN – Mathias JESTAEDT: *Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse*. Heidelberg, Mohr Siebeck, 2007. 21.

⁵ ZLINSZKY, János: A jogász erkölcs (Zur Moral des Juristen). In: KOLTAY aaO. 466. Im Zusammenhang mit dem Prozess des Sokrates bezieht sich János Zlinszky auch auf das Buch des grossen deutsch-italienischen katholischen Autors Romano Guardini, Vgl. ZLINSZKY, János: *Keresztény erkölcs és jogász etika*. (Christliche Moral und Juristenethik). Budapest, Szent István Társulat, 2006. 96. [ZLINSZKY (2006a)]

⁶ ZLINSZKY, János: *Ius publicum*. Budapest, Osiris, 2006. 24. [ZLINSZKY (2006b)] Zlinszky sieht in der Gründung Roms das Ergebnis eines solchen Gesellschaftsvertrages. ZLINSZKY, János: *Meum est ex iure Quiritium*. [Universitatis Miskolciensis]. Miskolc, 1990. 193.

breiteren Zusammenhang einzuordnen, wobei die von Zlinszky selbst vorgegebene Spur stets beibehalten werden soll.

Der Weg auf dem János Zlinszky seine Grundüberzeugungen ausgebildet hat, sodass sie schließlich zu einem *corpus* gewachsen sind, der als Wertordnung bezeichnet werden kann, ist ein realistischer im Sinne der klassischen Tradition gewesen. Die Wertordnung Zlinszkys ist eine Weltanschauung im ursprünglichsten Sinne des Wortes. Man ist an den Rat erinnert, den Max Scheler Romano Guardini, der gerade mit einem Lehrstuhl für Katholische Weltanschauung betraut worden war. Scheler, der wohl zu den bedeutendsten Vertreter der phänomenologischen Richtung gezählt werden kann, hat zu dem neuen Professor Guardini gesagt: „Sie müssen tun, was im Wort »Weltanschauung« liegt: die Welt betrachten, die Dinge, den Menschen, die Werke, aber als verantwortungsbewusster Christ, und auf wissenschaftlicher Ebene sagen, was sie sehen.“⁷

Im Sinne eines solchen Zuganges sind für die Ausbildung ethischer Überzeugungen grundsätzlich zunächst die eigene unmittelbare Erfahrung und die persönliche Reflektion über diese Erfahrung bestimmend. Kennzeichnend für Zlinszky ist, dass er neben dem Erkennen von Werten, auch das Annehmen und eine gefühlsmäßige Identifikation mit den einmal erkannten Werten fordert.⁸ Die individuelle Werterkenntnis wird durch eine kulturelle Erkenntnis durch den Einfluss von Familie, Schule und Religionsgemeinschaft bedingt und ergänzt. In der Widmung des Buches zur christlichen Ethik macht sich der Professor die Worte des ungarischen Juristen und Verfasser des Tripartitums, einer im 16. Jahrhundert zusammengestellten Sammlung des ungarischen Gewohnheitsrechts, zu eigen: „Ich habe nur zusammengestellt was ich von meinen Vorfahren erhalten habe und wo ich gesehen, gehört und gelernt habe, dass es bei der Diskussion der Fälle beachtet wird – nachdem ich mich mit anderen Kollegen beraten habe“.

Die unmittelbare Alltagserfahrung war von Gegensätzen geprägt. János Zlinszky ist im Jahre 1928 geboren. Zehn Jahre nach Ende jenes Weltkrieges, der zu einer Neuordnung Europas geführt hat. Unzählige Menschen mussten sich darauf einstellen, dass Vieles von dem was ihnen zuvor Halt und Sicherheit gegeben hat, nun von Grund auf anders war. Trotzdem hatte Zlinszky eine unbeschwerte Jugend. Sucht man nach einer Vergleichsgrundlage so mögen einem die autobiographischen Schriften von Sándor Márai in den Sinn kommen. Márai, geboren im Jahr 1900 steht zwar eine Generation über Zlinszky, seine Berichte können jedoch etwas von der Stimmung vermitteln, die Ungarn nach dem Ersten Weltkrieg gekennzeichnet

⁷ Zitat nach Gerl-Falkovitz, Hanna-Barbara GERL-FALKOVITZ: *Romano Guardini: Konturen des Lebens und Spuren des Denkens*. Kevelaer, Verlag-Gemeinschaft Topos Plus, 2010. 105. Dass der phänomenologische Ansatz Zlinszky wohl auch nicht ferne gelegen ist, lässt sich dadurch belegen, dass er in seinem Werk *Keresztény Erkölcs és jogászai etika* als Bezugspunkt auch Dietrich von Hildebrand angibt. Die Verbindung zwischen der phänomenologischen Schule und dem Römischen Recht wurde vor allem von Wolfgang Waldstein hergestellt. Waldstein führt seine philosophischen Grundlagen ausdrücklich auf von Hildebrand zurück. Waldstein hat auch im Zusammenhang mit dem Werdegang von János Zlinszky eine nicht unbedeutende Rolle gespielt.

⁸ ZLINSZKY (2006a) aaO. 15.

hat. Doch bei Zlinszky ist nichts von jener inneren Heimatlosigkeit, Spannung und Unfreiheit zu spüren, die Márais Erzählungen auf Schritt und Tritt begleiten. Der spätere Professor für römisches Recht findet Halt in der Familie, im katholischen Glauben und auch in der Freude am Leben. In einem Rückblick schreibt Zlinszky, dass die Beziehung der Eltern untereinander für die Kinder den eigentlichen Halt bedeutet hat. Die Sicherheit, die diese Beziehung ausstrahlte, war für ihn so selbstverständlich wie die Luft zum Atem und die Verankerung in der ungarischen Nation.⁹ Die Zugehörigkeit zu einer Nation definiert Zlinszky auf juristischer Ebene, ausschlaggebend sind weder die Bande des Blutes, noch kulturelle Aspekte. Der Begriff bezieht sich vielmehr auf all jene Personen, die einen Einfluss auf die gemeinsamen Geschicke haben.¹⁰

Dieser Halt im Leben konnte auch nicht durch die Erfahrung des Zweiten Weltkrieges, der deutschen Besatzung, durch den Ausschluss aus der Universität, durch Aussiedelung und Zwangsarbeit erschüttert werden. Im Jahre 1956 wurde Zlinszky nicht zuletzt durch die Fürsprache seiner Lehrer wieder an die Universität zugelassen und konnte sein Studium abschließen. Die erhoffte Anstellung an der Universität blieb aber aus. Viele Jahre hindurch – bis zum Jahre 1984 – arbeitete er als praktischer Jurist. Dies ist ein Aspekt, den es auf existentieller Arbeit in Hinblick auf die Auseinandersetzung mit dem Werk von János Zlinszky in Rechnung zu stellen gilt. Zlinszky hat an die dreißig Jahre als Jurist in einem durch den praktischen Materialismus gekennzeichneten System gearbeitet. In dem bereits zu Beginn erwähnten Vortrag vor der Deutschen-Ungarischen Juristengesellschaft schreibt der Verfassungsrichter im Hinblick auf die Erfahrung eines Lebens in einer Gesellschaft, die – wenn überhaupt – nur zum Schein eine durch die Herrschaft des Rechts regulierte Gesellschaft ist: „Man kann in solchen Staaten leben, weil sterben manchmal schwierig ist, man kann sich ihren Verhältnissen anpassen und man kann sogar die vorherrschenden Verhältnisse mit Hinsicht auf gewisse Detailunterschiede achten und relativ besser oder schlimmer finden“. Die existentielle Notwendigkeit der Anpassung und das gleichzeitig vorhandene Bedürfnis zur Wahrung und „Geheimhaltung“ der inneren Integrität verändern den Charakter des Menschen. Das Ergebnis ist die Herausbildung von Eigenschaften wie „Verdacht, Simulation, Meiden jeder Diskussion, Zurückhaltung – oder in schlimmeren Fällen Anpassung, Wahl der einfacheren Lösung, Kompromiss auch in prinzipiellen Fragen, Tolerierung der Ungerechtigkeit, statt Solidarität Egoismus, statt Leistung Scheinleistung, statt Verantwortlichkeit Vertuschen.“¹¹

Neben der Alltagsarbeit blieb in János Zlinszky die Neigung zur akademischen Arbeit lebendig und fand auch immer wieder Erfüllung, sodass er als sich schließlich

⁹ ZLINSZKY, János: Az életút töredékei. (Skizzen meines Lebens). In: KOLTAY aaO. 746.

¹⁰ Vgl. ZLINSZKY, János: A Szentkorona-eszme és története. (Zum Lehre und Geschichte der Heiligen Krone). In: KOLTAY (szerk.) aaO. 242.

¹¹ János ZLINSZKY: Rechtsbewußtsein im Rechtsstaat. In: ÖSTERREICH-UNGARISCHER JURISTENVEREIN (Hrsg.): *Gedankenaustausch zwischen deutschen und ungarischen Juristen, Konferenzbeiträge. 1997–2003*. Budapest, Magyar–Német Jogász Egyesület, 2004. 17.

die Gelegenheit bot, wie selbstverständlich in die Welt der Universitäten eintreten konnte.

2. Editions- und Kommentarbeiten

Editions- und Kommentarbeiten nehmen in den Werken von János Zlinszky einen nicht unwichtigen Platz ein. Als Student hat er im Jahre 1949 das Zwölftafelgesetz übersetzt und als Studienausgabe mit einem Wörterverzeichnis der lateinischen Vokabel herausgegeben. Allgemein bekannt ist die Tatsache, dass Marton Géza seinen Nachlass Zlinszky mit dem Auftrag zwei noch nicht publizierte Arbeiten zu veröffentlichen. Die erste erschien in deutscher Sprache im Archiv für die zivilistische Praxis im Jahre 1963. Das zweite umfangreichere Werk erst im Jahr 1983 in ungarischer Sprache als eigenständige Monographie. Zlinszky hat sich die ganz originelle Auffassung von Géza Marton zur objektiven Verantwortung zu eigen gemacht und hat auch versucht, ihr im Rahmen der Kodifikation des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches Geltung zu verleihen.

In der Zeit als er von allen Universitäten Ungarns ausgeschlossen war und nach entsprechender Umschulung als Tischler tätig war, erhält er von Endre Ferenczy den Auftrag, das Leben und die Arbeiten von Baranyai Décsi János, Johannes Decius Baronius, mit lateinischen Kommentaren zu versehen und herauszugeben. Die geplante Edition ist zwar schließlich aus finanziellen Gründen gescheitert. Zlinszky konnte seine Ergebnisse aber beim Rechtshistorikertag in Salzburg vorstellen. Bei dieser Gelegenheit konnte der damals noch über keine universitäre Affiliation verfügende Jurist zeigen, dass die wenig bekannten Arbeiten des Humanisten aus dem 16. Jahrhundert ein erstes Beispiel für eine harmonische Zusammenfügung des ungarischen Gewohnheitsrechts und des römischen Rechts darstellen.

Ein weiteres Werk, bei dem Zlinszky sich als Herausgeber und Kommentator betätigte ist das Tagebuch seines Großvaters Mihály Niamessny für die schicksalsträchtigen Jahre von 1910 bis 1918. Diese Arbeit stammt aus dem Jahre 1970. Zlinszky sagt, dass die diesbezüglichen Studien eine gute Vorarbeit zu seinen Arbeiten zu Ungarn Niamessny entstammte einer Juristenfamilie aus dem Banat. Dieser sein Ursprung vermittelten ihm eine offene Haltung gegenüber den deutschen, serbischen und rumänischen Bevölkerungsteilen und trugen zu einem tiefen Verständnis der benachbarten Länder bei. Niamessny war juristischer Berater und persönlicher Freund von István Tisza, ungarischer Ministerpräsident zu Beginn des ersten Weltkrieges. Dies gilt auch dann, wenn Niamessny – wie Zlinszky in der Einleitung zu dem Tagebuch bemerkt – in der Wahlrechts- und auch in der Nationalitätenfrage liberalere Ansichten als der Ministerpräsident vertrat. Das Tagebuch gibt einen persönlichen Einblick in die Diskussionen der Entscheidungsträger vor und zur Zeit des ersten Weltkrieges. Von der rumänischen Besetzung wurde die Familie von Temesvár verwiesen und zog nach Budapest. In Budapest war Niamessny als Anwalt tätig und bis 1935 auch weiterhin politisch aktiv. Offene nationale Haltung, Interesse für wirtschaftliche Fragen und die Kombination von Ausübung des Anwaltsberufes und Mitwirkung am öffentlichen Leben waren auch für János Zlinszky charakteristisch. Diese frühen Arbeiten sind ein Zeugnis

dafür, dass der Professor den Forschungsvorhaben seiner Jugend über ein ganzen Leben hinweg treu geblieben ist.¹²

3. Zlinszkys Sicht von Recht und Staat: ein Überblick

Versucht man nun das Gesamt der Werte, die für Zlinszky ausschlaggebend waren, konkreter zu fassen, so scheint sein Werk zunächst eine Gliederung in Öffentliches Recht und Privatrecht nahezuliegen. János Zlinszky untersucht diese Begriffe zunächst aus der Perspektive des altrömischen Rechts. Der große Meister der römischen Geschichte und des römischen öffentlichen Rechts, Theodor Mommsen, hat im Hinblick auf die Interpretation der historischen Quellen von einem Blick in die Individualität der Menschen und der Völker gesprochen, der in seiner Genialität alles Lehrens und Lernens spottet. In diesem Sinne gehörte der Geschichtsschreiber für Mommsen eher zu den Künstlern als zu den Gelehrten.¹³ Mit einem solchen Blick des Künstlers hat sich János Zlinszky vor allem dem altrömischen Recht zugewandt. *Ius Publicum* und *Ius Privatum* – so auch der Titel von zwei Kurzmonographien – sind Teile des *Ius Quiritium*.

3.1. Der Rechtsstaat

Der Begriff des Rechtsstaates ist für János Zlinszky untrennbar mit jenem der Wertordnung verbunden. Hier hebt sich der Professor für Römisches Recht ausdrücklich von Hans Kelsen ab. In seinem Buch zur christlichen Berufsethik schreibt er: „Der Rechtsstaat ist nicht der Staat des »Reinen Rechts«, er ist nicht gleichbedeutend mit der Welt der durch die Mehrheit erzwungenen Normen. Der Rechtsstaat ist vielmehr eine Werte tragende Ordnung und eine Welt des Friedens, eine Ordnung der Menschenwürde und Freiheit: eine moralische Ordnung und nicht ein Geflecht von Verboten und Befehlen seitens der Machtträger“.¹⁴ Die Präzisierung, die Zlinszky vornimmt, dass er „Reines Recht“ als eine durch Mehrheitsentscheid geschaffene Ordnung versteht, wendet sich klar gegen die Verabsolutierung der demokratischen Entscheidungsmechanismen. Gegenstück des „Reinen Rechts“ ist die Politik, d.h. der nicht durch formelle Entscheidungsmechanismen bestimmte Bereich¹⁵. Es soll daran erinnert werden, dass Kelsen so weit geht, dass er im

¹² Vgl. Nadja EL BEHEIRI: *Iuris Consulto Excellentissimo* Auszeichnung für das Lebenswerk von János Zlinszky. *Pázmány Law Review*, 2014/2. 185–187. János Zlinszky hat diesen Beitrag gelesen und sich in der Aussage, dass er den in seiner Jugend gelegten Grundlagen treu geblieben ist, wiedergefunden.

¹³ Theodor MOMMSEN: *Rektoratsrede*. In: *Th. Mommsens Reden und Aufsätze*. Berlin, Weidmann, 1912, 11.

¹⁴ ZLINSZKY (2006a) aaO. 18.

¹⁵ Eine Gegenüberstellung von „Reinem Recht“ und Politik findet sich etwa bei Thomas Olechowski, wo betont wird, dass Hans Kelsens Theorie nicht ein „Reines Recht“, sondern eine „Reine Rechtslehre“ vor Augen hat. Vgl. Thomas OLECHOWSKI: *Zusammenfassung und Schlussbetrachtung*. In: Thomas OLECHOWSKI – Tamara EHS – Kamila STAUDIGL-CIECHOWICZ: *Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät*. Wien, Vienna University Press, 1918–1938. 756.

Hinblick auf die Mehrheitsentscheidung von einer „Diktatur der Demokratie“ spricht. Dem „Reinen Recht“ steht vielmehr die individuelle oder gemeinschaftliche Entscheidung von Einzelpersonen gegenüber, deren Ziel im Leben gerade im Schaffen, Erfassen, Nutzbarmachen von Werten besteht, die ihr persönliches und ihr Leben in einer Gesellschaft erhalten, vervollkommen und fruchtbar machen. Der Staat ist eine von der Gesamtheit der gesellschaftlichen Gruppe verschiedene Organisation. Die Aufgabe der mit Erfüllung der Staatsaufgaben betrauten Personen, Beamten besteht darin, dass sie im Rahmen des von der Gemeinschaft erhaltenen Auftrages die Staatsgewalt im Interesse der Gemeinschaft ausüben. Zlinszky betont, die Gleichrangigkeit der gemeinschaftlichen und der individuellen Aspekte.¹⁶ An dieser Stelle betont der Professor die Gleichrangigkeit von gemeinschaftlichen und individuellen Aspekten. Gerade auch an diesem Punkt kann eine Reaktion auf die Erfahrung mit entgegengesetzten Ideologien festgemacht werden.

Der Begriff Werte bezeichnet bei Zlinszky eine Kategorie, die nicht durch Mehrheitsentscheid abgeändert werden kann. Die Abänderung grundlegender Werte würde zu einer Aufhebung des Rechtsstaates führen. Als Gegenstück zur untrennbaren Verbindung zwischen Rechts- oder Wertordnung zeichnet Zlinszky einen Bogen anderer Konzepte. Die Spannweite reicht dabei von der Gleichsetzung – Zuordnung – von Recht und Staat bei Kelsen über den Vorrang des Staates gegenüber dem Recht bis zu einer klaren Unrechtsordnung. Auch hier wählt Zlinszky eine realistischere Lösung. Das Recht gehört für den Professor des Römischen Rechts zu den besonderen Kulturgütern einer Nation. Zlinszky zitiert eine Stelle des römischen Juristen Gaius, der zwischen *ius civile* und *ius gentium* unterscheidet. Unter *ius gentium* versteht der antike Jurist jenes Rechts, *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*. Die meisten modernen Autoren richten ihr Augenmerk im Zusammenhang mit der Auslegung dieser Stelle auf den Begriff *naturalis ratio* und reihen ihn in den Kontext antiker und moderner Vorstellungen vom Naturrecht. Zlinszky hingegen konzentriert sich auf den ersten Satz der Gaiusstelle: *Quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocanturque ius civile quasi ius proprium civitatis*. Der Professor versteht unter *ius civile* jenes Recht, das eine Nation für sich gesetzt hat, [es] ist ihr besonderes Eigentum und man nennt es Zivilrecht als Eigenrecht des Staates.¹⁷ Die Übersetzung weist drei originelle Elemente auf. Der Begriff *populus* wird mit Nation wiedergegeben, die Formulierung „besonderes Eigentum“ steht für *ius proprium* und *civitas* wird mit Staat übersetzt. Die gängige ungarische Übersetzung stammt von Robert Brósz, Zlinszky hat an der entsprechenden Ausgabe als Lektor mitgewirkt. Der ungarische Text verwendet für *populus* – nép, d.h. Volk, im Hinblick auf *ius proprium* – spricht die Übersetzung von – [a nép] sajátja, für *civitas* wird auch dort állam, d.h. Staat verwendet. Die deutsche Übersetzung lautet: Denn was ein jedes Volk für sich als Recht festsetzt, das ist sein

¹⁶ ZLINSZKY, János: Az alkotmány értéktartalma és a mai politika. (Wertegehalt der Verfassung und die heutige Politik). In: KOLTAY aaO. 533.

¹⁷ Die deutsche Übersetzung wird ausdrücklich angeführt in „Rechtsbewusstsein im Rechtsstaat“. ZLINSZKY (2004) aaO. 16.

eigenes und wird *ius civile* genannt, sozusagen „das eigene Recht der Gemeinde“. Unter den neueren deutschen Übersetzungen der juristischen Texte scheint Einigkeit zu bestehen, dass *civitas* aufgrund der geringeren Abstraktionsstufe nicht mit Staat übersetzt werden kann. Hier findet sich in den ungarischen Übersetzungen allgemein wohl eine bewusst starke Ausrichtung an der modernen Sprache. Nur Zlinszky wählt für die Übersetzung des gaianischen Ausdruckes *populus*, Nation. Es wurde bereits kurz erwähnt, dass Nation für den Professor vorwiegend ein juristischer Begriff war. Zlinszky sieht den Begriff in engem Zusammenhang mit jenem des Rechtsstaates. Nation ist eine Gemeinschaft, in der alle Mitglieder gemeinsam Träger der staatlichen Souveränität sind. Die Gemeinschaft ist die Grundlage der nationalen Selbständigkeit. Die staatliche Souveränität wurde von keinem anderen Organ übertragen oder gewährt. Die nationale Souveränität ist selbständig, in ihrem Ursprung unabhängig, in der Natur begründet. Sie bestimmt die Rechtsordnung und ist Träger von Gewalt. Da die Grundlage der Rechtsordnung in der Gemeinschaft verortet ist, so ist es ausschließlich die nationale Gemeinschaft, die zur Übertragung von Recht berechtigt ist, die einzelne Personen oder Gruppen mit der Ausübung der Gewalt betrauen kann. Der vorliegende Zusammenhang gehört zu den wenigen Stellen, in denen Zlinszky ausdrücklich auf ein Naturrecht Bezug nimmt. Der Staat wurde von der Nation mit der Ausübung der Gewalt betraut. In diesen Zusammenhang erwähnt der Professor die Aufrechterhaltung der Ordnung, die sachverständige und wirksamen Durchführung der gemeinsamen Pläne und die Gewährleistung des inneren Friedens. In diesem Sinne kann der Staat als tatsächlicher Träger der Gewalt gesehen werden, auch wenn als Subjekt der Staatsgewalt nicht der Staat, sondern die Nation anzusehen ist. Die Gemeinschaft ist dazu berechtigt, über die Ausübung der Staatsgewalt Rechenschaft zu fordern. Grundvoraussetzung für die wirksame Ausübung dieses Rechtes, ist dass die einzelnen Mitglieder, das Recht der Gemeinschaft kennen, es verstehen und sich mit diesem identifizieren.¹⁸ Vor dem Hintergrund dieses Rechtsverständnisses ist wohl die Bezeichnung des Rechts als Eigentum der Nation zu verstehen. In dem bereits mehrmals zitierten Vortrag vor der Deutsch-Ungarischen Juristenvereinigung sagt Zlinszky: „Das Rechtsbewusstsein wird aber nicht nur durch die Kenntnis der positiven Normen bestimmt. Man hat es nötig, über die Bedeutung, die soziale Rolle des Rechtes nachzudenken, die Tatsache anzuerkennen, dass Recht für die Gesellschaft unentbehrlich, dass unser eigenes Recht ein Teil unserer nationalen Identität sei.“¹⁹

3.2. Der Rechtsstaat Rom

Ius Quiritium bezeichnet Roms höchst eigenes Recht. Rom war – so Zlinszkys Überzeugung – von seiner Gründung an Rechtsstaat. Diese Überzeugung stützte er im Einklang mit Rudolf von Jhering auf die Erzählung des Livius, der berichtet,

¹⁸ Besonders deutlich formuliert Zlinszky diesen Gedankengang in einer Radiosendung im Jahr 2001. Der Text ist auf der Internetseite des Zlinszky-Seminars publiziert.

¹⁹ ZLINSZKY (2004) aaO. 19.

dass Romulus im Anschluss an die Erlangung der Alleinherrschaft zunächst die Kulthandlungen vollzog und dann die Menge gerade dadurch, dass er ihr Recht gab zu einem *populus* – zu einem Volk – machte. Jhering sieht in den Gründungsgestalten Roms einen wilden, räuberischen Haufen von Individuen, der erst durch das Bindeglied des Rechts zu einer geordneten Gemeinschaft fortschreitet.²⁰ Für Zlinszky kamen die Glieder des neuen Gemeinwesens aus den etruskischen, latinischen und oskischen Gebieten und gehörten weder einer einheitlichen ethnischen noch religiösen Gruppe an. Die grundsätzliche Spannung, die die Gemeinschaft kennzeichnete, war jene zwischen Bauern und Hirten.

Der den Göttern gezollte Kult, von dem auch Livius berichtet, stand – so Zlinszky – bei den Römern unter dem Zeichen der Profanität. Zweck der frühen sakralen Normen war nicht die Regelung des Verhältnisses der Menschen zu den Gottheiten. Der Regelungszweck dieser Vorschriften besteht vielmehr darin, gesellschaftliche Beziehungen zu ordnen, in denen unüberbrückbare Gegensätze bestanden.²¹ Ebenso wie der große Meister des römischen Staatsrechts, Theodor Mommsen, konzentriert János Zlinszky sein Augenmerk vor allem auf die römische Republik, die – so attestiert der italienische Romanist Carlo Augusto Cannata seinem ungarischen Kollegen – aus einer revolutionären Bewegung entstanden ist. In dem Augenblick als das altrömische Königtum zu einer persönlichen Machtstruktur des Herrschers ausgeartet ist – ist man durch die Einführung der republikanischen Institutionen wieder zum Rechtsstaat zurückgekehrt.²² Wie Theodor Mommsen wurde auch Zlinszky die Projektion des modernen Begriffes des Rechtsstaates auf Rom vorgeworfen. So ausdrücklich der deutsche Rechtshistoriker Udo Ebert.²³ Mommsen sieht die Kriterien für das Vorliegen des Rechtsstaates in der Einschränkung von Willkür. So prangert er den Fluch der Sklaverei und den Niederschlag dieser „entsetzlichen Institution im römischen Strafrecht“ an und preist im Gegenzug die Bindung der Justiz an die Gesetzgebung.²⁴ Zlinszkys Überlegungen hinsichtlich der Machfülle der römischen Magistrate bewegen sich auf materieller Ebene. Der absolute Charakter des *imperium* hat seine Begründung in seinem militärischen Charakter. Den Ursprung der legitimen Machtbefugnisse der militärischen Prägung betont auch Dario Mantovani unter Berufung auf Polybios.²⁵ Zlinszky betont, dass diese

²⁰ Rudolf VON JHERING: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1852. 91.

²¹ ZLINSZKY, János: *Állam és jog az ősi Rómában*. Budapest, Akadémiai, 1997. 117.

²² Carlo A. CANNATA: Rezension zu *Ars boni et aequi*. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag hrsg. von Martin Josef Schermaier und Zoltán Végh. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 113. 631.

²³ Vgl. Udo EBERT: Strafrecht ohne Strafprozess ist eine Messergriff ohne Klinge. In: J. WIESENHOFER – Henning BÖRM (Hrsg.): *Theodor Mommsen, Gelehrter, Politiker und Literat*. Leipzig, Steiner, 2005. 71.

²⁴ So EBERT aaO.71.

²⁵ Dario MANTOVANI: Il diritto e la costituzione in età repubblicana. In: Emilio GABBA: *Introduzione alla storia di Roma*. Roma, LED, 1999. 234.

umfassende Machtfülle ihren Zweck im Gemeinwohl des römischen Volkes findet.²⁶ Der ungarische Professor für Römisches Recht führt noch weitere Begrenzungen des *imperium* an. Die Befugnisse der Magistrate finden ihre Grenze vor der Stadtgrenze Roms und vor dem Privatbereich des römischen Bürgers. Die zeitliche Begrenzung und das Interzessionsrecht bilden weitere Sicherstellung gegen ein unbeschränktes Streben nach Macht. Auch die von Theodor Mommsen erwähnte Gerichtsbarkeit erwähnt Zlinszky. Die Befugnisse der Magistrate im Bereich des Strafrechts wird jedoch nicht im Vergleich mit der (vermeintlichen) Willkür eines Sklavenhalters, sondern am Erfordernis des inneren Friedens und des Gemeinwohls gemessen.²⁷

3.3. Stellung des Bürgers innerhalb des Gemeinwesens

Oberster Grundsatz im altrömischen Recht war – so Zlinszky – die Gleichheit aller unbescholtenen Bürger. Der Bürger war Soldat des römischen Heeres, Teil der römischen Volksversammlung. Die Mitwirkung aller römischen Bürger an den die Gemeinschaft betreffenden Entscheidungen wurden von dem Professor für Römisches Recht unter Berufung auf die Aussagen des Gaius (1,1,3) zur Erweiterung des Geltungsbereiches der Plebiszite auf das gesamte römische Volk durch die Lex Hortensia in dem Satz – „*quod omnes tangit, ab omnibus approbetur*“ zusammengefasst. Diesen Grundsatz sah der Rechtshistoriker auch gemeinsam mit dem der *una eademque nobilitas* im Ungarn des 13. Jahrhunderts verwirklicht. Gleiches Recht bedeutete auch gleiche Verantwortung für das Gemeinwesen. Jeder Bürger war ein potentieller Machtträger. Die Übernahme von Ämtern wurde als Recht, aber auch als Pflicht betrachtet. Die allgemeine bürgerliche Gleichheit von der Zlinszky ausgeht war nicht als politische Gleichheit konzipiert. Sie war eine persönliche, in den Bereich des *ius privatum* gehörende, Gleichheit. Zlinszky weist dem altrömischen Staat eine beachtliche sozialstaatliche Komponente zu. Jeder Bürger hatte ein Recht auf jenen Teil des Vermögens zum Ausdruck, der dem römischen Volk in seiner Gesamtheit zukam. Jedem Mitglied des Gemeinwesens – so Zlinszky – wurde ein *heredium* zugeteilt. Das *heredium* stand im quiritarischen Eigentum des römischen Bürger – hier galt der aus Feder des Professors für Römisches Recht programmatisch klingende Satz *meum est ex iure Quiritium*. Dieses von dem Gemeinwesen zugeteilte Minimum an Privateigentum bildete für Zlinszky ein Existenzminimum auf das jeder Bürger einen Anspruch hat.

Der im Laufe der Zeit neu erworbene Grund und Boden – der *ager Romanus* – blieb im Eigentum des *populus Romanus*. Jede römische Familie konnte Anspruch auf eine Anbaufläche erheben. Für diese Ackerfläche musste der römische Bürger eine Steuerleistung – *vectigal* – erbringen. Daneben kannte Rom auch den *ager compascui* als gemeinsame Weidefläche. Der erbrachte Vectigal stellte einen Teil des staatlichen Vermögens dar. Darüber hinaus musste jeder Bürger sich nach seinem Vermögen gestaffelt an den gemeinsamen Lasten beteiligen. Die Verwaltung dieses

²⁶ J. ZLINSZKY: Rechtsstaat Rom. In: WALDSTEIN–SCHERMAIER–VÉGH aaO. 474.

²⁷ Ibid. 476.

staatlichen Vermögens stand dem Senat zu. Aus dieser Finanzhoheit leitet Zlinszky die hervorragende Stellung des Senats ab.²⁸ Auch hier nähert sich der ungarische Professor wieder der Auffassung Mommsens, der die Befugnisse des römischen Senats nicht im rechtlichen, sondern im rein faktischen Bereich angesiedelt wissen wollten.

Die für den allgemeinen Gebrauch bestimmten Einrichtungen wurden aus öffentlichen Mitteln errichtet. Dies galt für Wasserleitungen, Straßen, aber auch für Bäder und Parkanlagen. Im alten Rom hat man es gerade umgekehrt als im modernen Kapitalismus gehalten heißt es in dem auch für Unterrichtszwecke bestimmten Buch *Ius Publicum*. Die allgemeine Freiheit der liberalen Marktwirtschaft geht davon aus, dass wohl jeder unter Brücke schlafen kann, der Vermögende dies aber nicht tut, da er eine Wohnung hat. In Rom hieß es im Gegensatz dazu, dass jeder zum Besuch der allgemeinen Badeanlagen berechtigt war, der Vermögende von dieser Berechtigung keinen Gebrauch machte, weil er ein eigenes Bad hat. Im Hinblick auf die Nutzung der allgemeinen Einrichtungen gab es – wenn überhaupt – ein Ungleichgewicht zugunsten der armen Teile der Bevölkerung. Dies – so Zlinszky – ist umso erstaunlicher, da ja die vermögendere Schicht in größerem Ausmaß zur Deckung der allgemeinen – einschließlich der Kriegslasten beitrug. Diese höheren Lasten führten zu politischen Vorrechten im Zusammenhang mit dem Abstimmungsverfahren, oder auch zu Vorrechten bei der Verteilung der Ämter. Auf das Recht zur Nutzung der öffentlichen Einrichtungen hatte eine höhere Steuerleistung aber keinen Einfluss. *Ius publicum* und *ius privatum* bilden eine Einheit. Zu dem Kernbereich des *ius publicum* gehört, *quod ad statum rei romanae spectat* sagt Zlinszky mit Ulpianus und übersetzt frei – in den Bereich des *ius publicum* gehört was das Sein, das Bestehen der *res publica* betrifft. In diesem Bereich wird der Inhalt – modern ausgedrückt die Ordnung der Verfassung – durch formlose Willensübereinkünfte – auf politischer Ebene festgelegt. Diese Willensübereinkünfte werden in eine durch die Regelungen des *ius cogens* bestimmte Ordnung, die Verfassungsordnung eingefügt. Einmal festgelegt ist der einzelne Bürger nicht mehr zur Abänderung dieser Ordnung befugt. Im Bereich des römischen *ius privatum* sind die Handlungen des einzelnen Bürgers durch völlige inhaltliche Freiheit geprägt. Die inhaltliche Freiheit wird im Rahmen von formalisierten, abstrakten Rechtsgeschäften umgesetzt.

4. Eigentum – Arbeit – materielle und geistige Armut

Diesen Titel verwendet János Zlinszky in seinem Buch zur christlichen Ethik zur Bezeichnung des Kapitels, in dem er das Verhältnis des Menschen zu den geschaffenen Gütern erörtert. Dieses Kapitel enthält zahlreiche Bezugnahmen auf Untersuchungen des Professors für Römisches Recht. Der Bereich von Eigentum und Arbeit gehört zu jenen Bereichen, denen Zlinszky auch als Verfassungsrichter besonderes Interesse entgegengebracht hat. Éva Vasadi – die später als erste Frau selbst Verfassungsrichterin werden sollte und die als Juristin im Stab von Géza

²⁸ ZLINSZKY (2006) aaO. 35.

Kilényi von der ersten Stunde am Verfassungsgericht arbeitete – hat anlässlich des achtzigsten Geburtstages von Zlinszky fest gehalten, dass es gerade die langjährige Erfahrung als Anwalt war, die der Tätigkeit Zlinszkys als Höchstrichter eine besondere Ausrichtung verliehen haben.²⁹ Zu den Bereichen – so Éva Vasadi – die bei János Zlinszky besonders im Vordergrund standen gehörten Entscheidungen zu sozialen Fragestellungen (Steuerrecht, Pensions- und Sozialversicherungsrecht und die in diesem Zusammenhang auftretenden Gerechtigkeitsfragen). Spezifisch zivilrechtliche Problemstellungen – so etwa die Definition des Eigentums und die Formulierung von Verfassungsgrundsätzen.³⁰

Im Folgenden sollen kurz die Aussagen Zlinszkys zur Eigentum und Arbeit in seinem Buch zur christlichen Ethik dargestellt werden. Gemäß der von ihm gewählten Methode in dem für den Unterricht bestimmten Werk wählt er Aussagen aus der Heiligen Schrift als Ausgangspunkt. In diesem Sinne beschreibt er die Schöpfungsgeschichte nach dem Buch Genesis. Dabei weist der Jurist auf zwei grundlegende anthropologische Aussagen hin. Der Mensch wurde dazu bestimmt, sich zu vermehren und sich die Erde Untertan zu machen. In dieser Aussage ist sowohl Ehe- und Familie wie auch das Verhältnis des Menschen zur Welt angesprochen. Zlinszky betont das grundsätzliche Gutsein der Schöpfung. Der Mensch steht zwischen dem Schöpfer und der materiellen Welt. Der Schöpfer hat ihn zum Herrn über die Schöpfung gemacht, was jedoch bedeutet, dass er diese zu bewahren, zu erhalten und zu ihrer Entfaltung beizutragen hat. Der Mensch kann die Gesetze der Schöpfung nicht ändern, er kann sie nur erkennen und nutzbar machen. Die Freiheit des Menschen bringt es mit sich, dass sich der Mensch auch auflehnen kann. Dies ist tatsächlich geschehen und so wurde dem Menschen die Arbeit schwer und die Erhaltung der Natur zur Last. Zlinszky formuliert: Wenn der Mensch die Schöpfung nicht gemäß des Planes Gottes verwendet, dann stellt er die materiellen Werte an die Stelle Gottes. Dies gilt es zu vermeiden und gerade darin liegt der Wert der geistigen Armut.³¹ Es kann wohl als charakteristisch für Zlinszky gesehen werden, dass er den Sündenfall anhand der Erzählung von Imre Madách beschreibt, jenes Werk, das allgemein mit dem Goethes Faust verglichen wird, aber letztlich im ungarischen Freiheitskampf seine tiefsten Wurzeln hat. Zlinszky wählt jenen Teil aus, der als Gegensatz zur Güte des Schöpfungsberichts verwendet werden kann. Adam und Eva haben die Familie und das Eigentum geschaffen. So wird Heimat und Industrie geschaffen. Adam und Eva sind der Ursprung von allem Großen und Schönen und werden aber gleichzeitig auch zu Vernichtern ihrer eigenen Kinder. So entsteht das Privateigentum, das aus dem Bereich des Familieneigentums herausgehoben und damit absolut gesetzt wird. Tatsächlich – so schreibt Zlinszky – ist das Eigentum der erste Bereich, in dem in der frühen Gesellschaft das Recht einen absoluten Schutz gewährt hat. Durch diesen absoluten Schutz wurde das Eigentum

²⁹ ÉVA TERSZTYÁNSZKYNÉ VASADI: János Zlinszky, Richter am Verfassungsgerichtshof. In: Nadja EL BEHEIRI (Hrsg.): *Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus*. Budapest, PAN, 2008. 419.

³⁰ Ibid. 421.

³¹ ZLINSZKY (2006a) aaO.162.

aus dem durch die Liebe bestimmten Bereich der Moral herausgehoben und in den Bereich des Rechts eingeführt. In seiner Konzeption des römischen Rechts der Frühzeit macht Zlinszky diesen Schritt wieder rückgängig. Entschieden spricht er sich für den absoluten Charakter des römischen Eigentums aus. Die Herrschaft über diesen Bereich stand dem *pater familias* zu. Die Ausübung der Herrschaft war durch das *regimen morum* begrenzt. Zlinszky löst das Problem einer übergroßen Herrschaft des Familienoberhaupts über eine außerhalb des Bereiches des *ius* liegende Begrenzung auf. Eine parallele Lösung wendet er auch auf den Bereich der menschlichen Arbeit an. Der Professor schreibt: „Zur Zeit als die im öffentlichen Bereich angesiedelte Kontrollfunktion durch das Überhandnehmen der Macht in den Händen einiger Weniger in einen bedrohlichen Zustand geriet, wurde das zwischen individueller Autonomie und den sozialen Interessen bestehende Spannungsfeld durch die Rechtsordnung des Prinzipats für weitere drei Jahrhunderte gelöst. Die Lösung bestand in jener Kunst, die es verstand, die durch das Recht zur Verfügung gestellten Institute von moralischen Grundsätzen durchdrungen anzuwenden.“³²

Wie diese Zitate belegen konzipierte Zlinszky die „durch das zur Verfügung gestellten“ Institute in einem absoluten Sinne. Aus römischrechtlicher Perspektive gehört in diesen Bereich seine Theorie zur altrömischen *legis actio sacramento in rem*. Im Bereich des frühesten römischen Prozessrechtes formulierte der Professor für Römisches Recht seine Meinung in Diskussion mit dem großen Romanisten Max Kaser. Kaser ist der Ansicht, dass der frühe Prozess zum Schutz der Sachgewalt einen relativen Schutz des besser Berechtigten darstellte. Aus dieser Theorie folgt, dass es im Hinblick auf ein und dieselbe Sache besser und schlechter berechtigte Personen geben konnte. In diesem Punkt ist Zlinszky anderer Meinung. Behaupteten zwei Parteien gutgläubig in einem Rechtsstreit, dass ihnen ein staatlich geschützter Anspruch zustand, so konnte dies nur entweder auf den Irrtum einer der beiden Parteien zurückzuführen sein, oder darauf, dass eine Partei meint, über einen Rechtstitel zu verfügen, dieser jedoch durch einen späteren Rechtstitel aufgehoben worden ist.³³ Zlinszky sieht in dem staatlich geschützten Recht eine absolute Position.

Die soziale Verantwortung führt jedoch dazu, dass diese absolute Position im außerrechtlichen Bereich auszugleichen ist. Diese Maxime hat Zlinszky auch als Verfassungsrichter konsequent vertreten und dabei aus der ungarischen Tradition geschöpft.³⁴ Im Sinne einer Exemplifizierung nimmt er insbesondere auf die Zeit nach dem politischen Ausgleich mit Österreich Bezug. Die Diagnose die Zlinszky für das Ungarn der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts formuliert, lässt sich in den größeren Zusammenhang der sog. sozialen Frage einordnen. Das kirchliche Lehramt hat auf diese Frage mit der Enzyklika *Rerum Novarum* von Leo XIII. reagiert. Auf diese Enzyklika nimmt der Jurist wiederholt Bezug und bedauert, dass die Welt dem päpstlichen Schreiben nicht genügend Beachtung geschenkt hat. Für Zlinszky

³² Ibid. 163.

³³ Vgl. János ZLINSZKY: Gedanken zur *legis actio sacramento in rem*. In: EL BEHEIRI aaO. 173–174.

³⁴ Vgl. ZLINSZKY, János: Szent Erzsébet, és a társadalom szociális feladatai a magyar jogi hagyományban és az Új Alkotmányban. *Iustum Aequum, Salutare*, 2008/1. 72.

erscheint der Wirtschaftsliberalismus eindeutig als Feindbild und zwar gerade deshalb, weil er Kriterien des Marktes absolut setzt und dabei die den Menschen geschuldete Solidarität verschwinden lässt. Vom Staat erwartet Zlinszky nicht ein direktes Eingreifen in die Funktionsweisen des freien Handels, sondern den Schutz des sozial Schwachen und die Regulierung der Inflation. Im Zusammenhang mit der Ablösung des Eigentums aus seiner Einbindung in die Familie spricht Zlinszky davon, dass durch diese Entwicklung ein Weg eröffnet wurde, in dem der Schutz des Vermögens nicht nach dem Maßstabe der Liebe, sondern nach jener des Rechts erfolgt.³⁵ Mir scheint, dass die Frage nach dem Verhältnis von Liebe und Recht auch zu den Kernanliegen von Caritas in Veritate einer der jüngsten Sozialzykliken gehört von Benedikt XVI. In Punkt 39 der Enzyklika schreibt der nunmehr emeritierte Papst im Hinblick auf die Enzyklika *Rerum Novarum* von Leo XIII: „Als jene Enzyklika als Antwort auf die industrielle Revolution erschien, setzte sich zum ersten Mal der damals sicher fortschrittliche Gedanke durch, daß der Fortbestand der gesellschaftlichen Ordnung auch eines umverteilenden Eingreifens des Staates bedarf.“ Auf diesen Gedanken der Enzyklika bezieht sich Zlinszky wohl auch, wenn er schreibt, dass die Ende des 19. Jahrhunderts erschienene Enzyklika bemüht war, einen Weg zwischen extremen Positionen zu vermitteln.³⁶ Papst Benedikt schreibt weiter: „Heute erweist sich diese Sicht auch abgesehen davon, daß sie durch die Öffnung der Märkte und der gesellschaftlichen Gruppen in Krise geraten ist, als unvollständig und kann die Ansprüche an eine voll und ganz menschliche Wirtschaft nicht erfüllen“. Als Ergänzung schlägt der Papst vor, neben wirtschaftlichen Kriterien auch das Prinzip der Unentgeltlichkeit in den staatlichen Raum einzubauen. Unentgeltlichkeit zielt dabei nicht auf die Aufhebung der Gesetze der Marktwirtschaft ab. Diese Maxime will vielmehr gerade auch im Bereich des Marktes Aspekte der Brüderlichkeit und Solidarität stärken und dies nicht zuletzt durch Elemente, die ihren Ursprung in der Familie haben.³⁷

An diesem Punkt trifft sich die Perspektive des Professors und Verfassungsrichters mit jener der Sozialzyklika. Deutlich hat Zlinszky dies etwa in der Eröffnungssprache an den ersten Jahrgang der neu gegründeten Juristischen Fakultät der Katholischen Universität formuliert: „Der Mensch macht sich die materielle Welt Untertan, er ist Herr über sie im wahren Sinne des Wortes: er ist zu ihrem Dienst, zu ihrer Bewahrung berufen. Er ist Herr im eigentlichen Sinn des Wortes: er dient und bewahrt die Welt, will ihr wohl und gereicht ihr zum Guten. Er ist der gute Hirt, der gute Wirtschaftler, das gute Oberhaupt der Familie.“³⁸

³⁵ Vgl. ZLINSZKY (2006a) aaO.162.

³⁶ Ibid. 163.

³⁷ Vgl. Martin SCHLAG: Katholische Soziallehre in Kontinuität. Wirtschaftsethische Anmerkungen zu „Caritas in Veritate“. *Die Neue Ordnung*, 2010/2. 90.

³⁸ János ZLINSZKY: Recht und Gesellschaft in christlichem Geist. *Pázmány Law Review*, III. (2015) 9.

DIE AUSWEITUNG DES SCHUTZGEDANKENS VOM PRIVATRECHT ZUM ÖFFENTLICHEN RECHT

Wilhelm BRAUNEDER
em. Univ. Prof., Wien–Budapest

Professor János Zlinszkys Lebenswerk umspannte eine Entwicklung, die im Folgenden skizziert wird: Als Lehrer und Wissenschaftler des Römischen Rechts befaßte er sich mit einem wesentlichen Element europäischer Rechtskultur und ihrer Werte, als Verfassungsrichter pflegte er den Schutz dieser Werte in der Praxis.

1. Justizgesetze

Kurz nachdem das ABGB 1812 in Kraft getreten war stellte eine kleine Schrift zu diesem Gesetzbuch die Frage, ob denn nun überhaupt noch Advokaten (Rechtsanwälte) notwendig seien, da ja jedermann aus dem leicht verständlichen Text sich über seine Rechte informieren könne. Die Frage wurde zwar verneint, man bedürfe weiterhin des Advokatenstandes, aber sie war berechtigt. Tatsächlich war es das Bemühen der Kodifikatoren gewesen, das Gesetzbuch auch als Rechtslexikon für den „gebildeten Bürger“ abzufassen wie es beispielsweise Franz v. Zeiller, einer der „Väter“ dieser Kodifikation und auch ihr erster Kommentator mehrfach betonte. Dies geschah nicht nur durch die schlichte Sprache, sondern auch durch andere Hilfsmittel wie etwa Randschriften (Marginalrubriken) und ein Sachregister. Diese Gesetzestechnik geht zurück auf eine Sprach- und Gesetzeslehre, in der auch Kaiser Joseph II. unterrichtet wurde. Er hörte, Gesetze müßten für alle Untertanen verständlich und erfahrbar sein. Dies bedeutete einerseits eine klare Sprache und für die Habsburgermonarchie überdies entsprechende Übersetzungen der Gesetze, aber auch eine Belehrung derselben, da immerhin ein Teil der Bevölkerung noch Analphabeten jedenfalls nicht alle „gebildete Bürger“ waren: Daher gab es verschiedene Vorschriften Gesetze den Untertanen nahezubringen wie etwa Verkündung derselben an öffentlichen Plätzen oder auch in den Kirchen. Dazu kamen einfache Darstellungen vor allem der neuen Kodifikationen des Zivilrechts und des Strafrechts, des ABGB von 1811 und des Strafgesetzes 1803.

Der rechtliche Schutz der Bevölkerung bestand demnach in der Rechtskenntnis, d. h. vorbeugend dadurch, daß die den einzelnen betreffende Rechtsordnung diesem

auch bekannt sein sollte. Das galt weniger für die Verfahrensrechte, die sich an die Behörden und Gerichte wandten, aber sehr wohl für das materielle Strafrecht und auch das Zivilrecht. In diesem Sinne entstanden unter Joseph II. die Justizgesetzsammlung und die Politische Gesetzsammlung, erstere für die von den Gerichten anzuwendenden Materien – Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, Strafrecht und Strafprozeßrecht-, die letztere für die, modern gesprochen, Verwaltungsvorschriften. Im Wesentlichen waren die Justizgesetze von den großen Kodifikationen erfaßt, letztlich durch das Strafgesetz 1803, das auch Strafprozeßrecht enthielt, durch das ABGB 1811 und das Zivilprozeßrecht in mehreren Gerichtsordnungen. Freilich kam zum ABGB vor allem durch dessen Verweisungen auf Nebengesetze noch weiteres Recht hinzu, etwa das bäuerliche Erbrecht und eine Fülle an Detailbestimmungen mit zum Teil regionalen oder, wenngleich selten, ständischen Bezügen. Ein Teilgebiet erfaßte schließlich doch noch eine Kodifikation, nämlich das Steuerstrafgesetzbuch von 1835, das auch Verfahrensrecht enthielt.

Der obrigkeitliche Schutz bestand in der mehrgliedrigen Gerichtsorganisation mit der Möglichkeit Rechtsmittel zu erheben und vor allem in der Garantie der Unabhängigkeit der Rechtsprechung.

2. „Politische“ Gesetze

Während die Justizgesetze im Wesentlichen durch die großen Kodifikationen erfaßt waren, war das im Bereich der Politischen Gesetze, des Verwaltungsrechts keineswegs der Fall. Für dieses erging eine Fülle an Einzelgesetzen und Einzelvorschriften, oft mit nur regionaler Geltung, wovon die wichtigsten in der Politischen Gesetzsammlung veröffentlicht wurden, daneben aber gab es auch die einzelnen Provinzial-Gesetzsammlungen und auch die nur in der Form von Einzelblättern publizierten Vorschriften, die an die Behörden verschickt wurden. Eine Kodifikation der Politischen Gesetze war zwar angedacht worden, blieb aber schier ihrer Vielzahl wegen unmöglich, so daß man an einen „Politischen Kodex“ als bloße systematische Kompilation, d. h. Sammlung, dachte. Dazu wurden wesentliche Arbeiten geleistet, vor allem von Ignaz de Luca unter dem Titel „Politischer Codex“ als alphabetisches Nachschlagewerk (1789–1795). Auch gab es Abhandlungen von einzelnen Sachmaterien wie etwa von Kopetz „Allgemeine österreichische Gewerbegesetzkunde“ (1829/30) und von Wildner „Das österreichische Fabrikenrecht (1838). Zivilrecht und Verwaltungsrecht verband beispielsweise auch Lindens „Das österreichische Frauenrecht“ (1834).

Die vorbeugende Rechtskenntnis wie im Falle der Justizgesetze war höchst erschwert, aber doch zufolge der Politischen Gesetzsammlung, der Provinzial-Gesetzsammlungen und der eben erwähnten Monografien möglich.

Ein obrigkeitlicher Schutz im Bereiche der Politischen Gesetze war zwar gegeben, aber anders als im Bereich der Justizgesetze durch die Organisation der Verwaltung, die aber nicht die Unabhängigkeit der Gerichte genoß. Allerdings hatten über „schwere Polizeübertretungen“ nach dem Strafgesetz 1803/II. Teil wie auch in Steuerstrafsachen nach dem Steuerstrafgesetzbuch 1835 keine reinen Verwaltungsbehörden zu entscheiden, sondern nur teils mit Verwaltungsbeamten wie auch mit

Richtern besetzte Behörden. Aber ansonsten fehlte es an der Unabhängigkeit wie sie die Justizrechtsprechung kannte. Immerhin bildete diese ein Vorbild für die Rechtsprechung im Bereich der Verwaltung. Außerdem entstand in mehreren deutschen Staaten die Idee, Verwaltungsentscheidungen durch Gerichte überprüfen zu lassen, zumindest dann, wenn keine Rechtsmittel mehr im Bereiche der Verwaltungsbehörden zur Verfügung standen.

Dem Schutz im Bereich der Verwaltung diente aber auch ein weiteres Moment: Aus der bloßen „Politischen Gesetzkunde“, also der Kenntnis einfach der Verwaltungsvorschriften wie sie auch an den Universitäten gelehrt wurde, entwickelte sich allmählich ein Verwaltungsrecht mit festen Institutionen. Dies geschah in Orientierung am Vorbild des Zivilrechts. So wurde etwa die Enteignung als Zwangskauf verstanden, ähnlich das Verhältnis zwischen privaten Liegenschaftseigentümern und dem öffentlichen Eigentümer der Straße dem Servitutenrecht angeglichen, um jenen Rechtsschutz zu gewähren. Dies geschah sowohl in der theoretischen Behandlung dieser Materien wie auch in ihrer praktischen Beurteilung. Insgesamt begann eine Juridifizierung des staatlichen Handelns, das schließlich auch auf das Verfassungsrecht übergriff.

3. Verfassung und Grundrechte

Die Vorstellung, vor allem dem einzelnen Individuum stünden von Natur aus angeborene Rechte zu, ist ein wesentliches Ergebnis der Naturrechtsentwicklung vor allem im 18. Jahrhundert. In der Habsburgermonarchie schlägt sie sich – völlig unabhängig von Entwicklungen in Frankreich und den USA – mehrfach im Bereich der Gesetzgebung und auch der Vollziehung nieder. So enthielt eine Vorstufe des ABGB, nämlich das Bürgerliche Gesetzbuch für Galizien 1797 einen Grundrechtskatalog. Einzelverordnungen schrieben 1785 den Polizeibehörden vor, die „bürgerliche Freiheit“ zu respektieren, 1791 erging eine Art Habeas-Corpus-Verordnung, deren Befolgung 1793 eingeschränkt wurde: Bei Gefangenen war die „für Freiheit, Ehre und Gut neuerlich eingeführte Vorsicht genau einzuhalten“.

Zufolge der Auswüchse der Französischen Revolution vermied man jedoch im ABGB einen Grundrechtskatalog, die Grundtendenz der „bürgerlichen Freiheit“ blieb freilich gewahrt, signifikant insbesondere § 16 ABGB: „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Sklaverei oder Leibeigenschaft [...] wird in diesen Ländern nicht gestattet.“ Diese Vorschrift erregte sogar in den USA – das ja bekanntlich in einzelnen Staaten die Sklaverei kannte – Aufsehen. Für die Habsburgermonarchie war die Bestimmung deswegen von praktischer Bedeutung, weil sein Nachbar im Osten das Osmanische Reich war, wo es Sklaverei gab und daher die Frage zu regeln war wie Sklaven bei einem Übertritt auf österreichisches Staatsgebiet oder ein österreichisches Schiff zu behandeln waren, was mehrere Einzelvorschriften in Ausführung von § 16 ABGB taten.

Zufolge dieser Entwicklung – der Grundrechtsidee einerseits und der allgemeinen Juridifizierung andererseits – enthielt sogleich die erste Verfassung für Österreich/Cisleithanien vom April 1848 einen Grundrechtskatalog wie ähnlich die Verfassun-

gen anderer Staaten im Deutschen Bund bereits früher, etwa Bayern 1818, Kurhessen 1831. In der Verfassungsdiskussion von 1848/49 nahm die der Grundrechte einen vorrangigen Platz ein, diese sodann auch im Kremiserer Verfassungsentwurf und in der Verfassung 1849 für Cisleithanien in einem eigenen Grundrechtspatent. Allerdings blieben alle diese Grundrechte Staatszielbestimmungen, wurden keine subjektiven öffentlichen, d. h. einklagbaren Rechte. Ein entsprechender Vorstoß in der erwähnten Grundrechtsdebatte blieb erfolglos.

Aus Mangel an Einklagbarkeit, d. h. einer Grundrechtsgerichtsbarkeit, bestand der Schutz der Grundrechte primär in ihrer Kenntnis, zeitigte aber doch darüber hinaus auch in einzelnen Auswirkungen: Parlamentsdebatten bedienten sich ihrer wie etwa in den süddeutschen Staaten, Grundrechtsverletzungen prangerte die Presse an. In einzelnen Fällen versuchten sich die Gerichte in einer Art Grundrechtsgerichtsbarkeit. Bekannt ist der Fall in Kurhessen von 1850 als das Oberappellationsgericht in Kassel mehrere Notverordnungen des Monarchen für verfassungswidrig und daher nichtig erklärte, was es schließlich aber zufolge einer Intervention des Deutschen Bundes zurücknahm.

In Österreich/Cisleithanien kam der obrigkeitliche Schutz im Bereich von Verfassung und Verwaltung mit der Verfassung 1867. Sie führte im Wesentlichen das konstitutionelle Regierungssystem ein, freilich noch ohne Parlamentswahlen. Allerdings brachte sie eine Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Reichsgericht ab 1869 und durch den Verwaltungsgerichtshof ab 1876.

Was die Verfassungsgerichtsbarkeit anlangt, so setzte sich nun doch die Minorität von 1848/49 durch, die Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte zu verstehen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Sachen Grundrechten baute deren Schutzfunktion immer mehr aus. Beispielsweise verstand sie diese teils nicht nur als Staatsbürgerrechte sondern auch als Menschenrechte oder etwa die Unabhängigkeit des Richters als subjektives Recht.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit überprüfte die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Eines ihrer Verdienste ist die Präzisierung des Gesetzmäßigkeits-(Legalitäts)prinzips in dem Sinne, daß das Gesetz das Verwaltungshandeln nicht bloß beschränkt und sonst freigibt, sondern erst ermöglicht. Damit wandelt sich allmählich das Verständnis für dieses Verwaltungshandeln überhaupt. Es gilt in zunehmenden Maße als formell ablaufendes Verfahren wie das vor den Gerichten, Entscheidungen bedürfen einer konkreten gesetzlichen Grundlage. So bildete sich gegenüber und in Anlehnung an das Zivil-, Straf- und Justizprozeßrecht ein eigenes Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht hauptsächlich als Richterrecht. Es diente sodann als Grundlage für die umfassenden Verwaltungsgesetze von erst 1925.

Damit war prinzipiell der obrigkeitliche Schutz auch im Bereich des Öffentlichen Rechts erreicht. Er wurde in der Folge schrittweise weiter ausgebaut.

Literatur

Wilhelm BRAUNEDER: *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) I*. Berlin, Duncker & Humblot, 2014.

Wilhelm BRAUNEDER (Ders.): *Österreichische Verfassungsgeschichte*. Wien, Manz, ¹¹2009.

Wilhelm BRAUNEDER: *Studien I: Entwicklung des öffentlichen Rechts*. Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994. Hier insbesondere: Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Österreich, Geschichte und Struktur der allgemeinen Verwaltung in Österreich, Die Entwicklung der modernen Verwaltungsstrafrechtspflege in Österreich.

Wilhelm BRAUNEDER (Ders.): *Studien IV: Entwicklungen des öffentlichen und Privatrechts*. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2011. Hier insbesondere: Vom Nutzen des Naturrechts für die Habsburgermonarchie, Die naturrechtlichen Kodifikationen der Habsburgermonarchie als Modernisierungsprozeß, Die Grundrechte in Deutschland und Österreich.

Werner FROTSCHER – Bodo PIEROTH: *Verfassungsgeschichte*. München, C.H. Beck, ¹⁴2015. Hier zu Hessen 179. ff.

THE JUDGE IS TO PERFORM HIS DUTIES CONSCIENTIOUSLY

Jeroen M. J. CHORUS

former Vice-president, Amsterdam Court of Appeal;
former Professor of Roman Law and Legal History, Leiden University

1. Introduction

We remember professor János Zlinszky as a luminous restorer of the Hungarian democratic Rule of Law. Since 1989 it is enshrined in the constitution: *Hungary is a democratic state governed by the rule of law*. Professor Zlinszky's own experience had taught him how essential, but at the same time how vulnerable, such a provision is.

Allow me to recall to you a phrase of the Hungarian national anthem. *Bal sors akit régen tép,/ Hozz rá vig esztendő,/ Megbűnhődte már e nép/ A múltat s jövőndőt!* Long torn by ill fate, bring [, o God,] joyous times upon the Hungarians: this people has suffered for the past and the future! Most schoolchildren in my country, after 23rd October 1956, learned that anthem by heart, but we could then hardly understand it.

Professor Zlinsky did understand. He wrote in 1993¹: *Nur zu gut kennen wir die Möglichkeit des Verschwindens schon erreichter Werte, wenn sie nicht genügend geachtet, geschützt, gepflegt werden. Wer steht, achte darauf, daß er nicht falle!* Values must be marked, protected, looked after. Today this is at least as topical as in 1993, in Hungary and elsewhere.

It is not without emotion, that I have the honour to talk to you on one of these Values: the conscience of the judge.

Judges must act according to their conscience. This is a generally received value in Western legal systems.² A judge may have to take an oath that he will perform his duties conscientiously; thus for instance the judges of the European Union Court

¹ János ZLINSZKY: Rechtsstaat Rom. In: Martin Josef SCHERMAIER – Zoltán VÉGH: *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*. Stuttgart, 1993. 471–480. at 473.

² Jean-Marie CARBASSE et al. (ed.): *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*. Paris, Puf, 1999. Recently Wim DECOCK: The judge's conscience and the protection of the criminal

at Luxemburg.³ Various Codes of judicial conduct prescribe that a judge must let himself be guided only by the law and his own conscience, free from undue influence, influence of the executive and the legislature, or of other judges.⁴

But explicit reference to the judge's conscience is not of everyday occurrence. It is rare indeed that a judge tells us that he felt necessitated by his conscience to take a particular decision. Similarly, legal literature parsimoniously mentions the conscience of the court as an issue that is relevant to understand a judgment. Yet, it is beyond doubt that a judge is guided by his conscience every day, when performing any of his duties. A judge is guided by a wide range of guidelines, but among these guidelines paramount and final importance belongs to the judge's conscience. I will now first recall to you two widely divergent parts played by the conscience of the judge in the course of Western legal history.

2. Two divergent parts assigned to the conscience of the judge

First an example from the Romano-canonical tradition. Here the question of the conscience of the judge was raised in various ways. Most debated, even passionately debated, from the 12th Century onwards until well into the 16th Century, and, with less fierceness, even until the later 18th Century, was the following issue.⁵ Suppose: allegations and proofs have been brought in a lawsuit, but the judge knows they are not the truth; should he then give priority to his own private knowledge? The standard case is the judge who has to preside over a murder trial. All witnesses and other evidence point convincingly at the accused person. By rare chance, however, the judge himself, at the point of time the murder was committed in Paris, had seen the accused person, not in Paris but over a 100 km from Paris, in Orleans. So the judge knows for certain that the accused person cannot be the killer.

In the 12th Century, the so-called legalistic theory of proof had become leading. It held that the judge must base his decision only on the allegations and evidence brought in the proceedings, not on his conscience. He had to decide *secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*. In the 13th Century, St. Thomas Aquinas, surprisingly, adhered to that theory. Yet St. Thomas taught that a man may never act against his own conscience. He could only reconcile these two opposing principles

defendant: Moral safeguards against judicial arbitrariness. In: George MARTYN et al. (ed.): *From the judges's arbitrium to the legality principle*. Berlin, Duncker & Humblot, 2013. 69–94.

³ *Protocol (N° 3) on the Statute of the Court of Justice of the European Union*, Art. 2: "Before taking up his duties each Judge shall, before the Court of Justice sitting in open court, take an oath to perform his duties impartially and conscientiously [...]".

⁴ Thus, e.g., the *Bangalore Principles of Judicial Conduct*, Application 1.1: "A judge shall exercise the judicial function independently on the basis of the judge's assessment of the facts and in accordance with a conscientious understanding of the law, free of any extraneous influences, inducements, pressures, threats or interference, direct or indirect, from any quarter or for any reason".

⁵ See my *La casuistique de la conscience du juge dans la tradition romano-canonique (XII^e – XVI^e Siècle)*. *Actes Société d'Histoire du Droit de Ljubljana*, Pravniki 133 (2016) 49–70., with further references and sources.

by means of a highly artificial distinction. He adopted the idea that a judge has two separate consciences, a private conscience and a judicial conscience. Each man has to form his conscience on the basis of his private knowledge. Acting as a judge, however, a man must form his judicial conscience only on the basis of knowledge gathered in the procedure.⁶ The judge who privately knows the accused person is innocent, must nevertheless condemn that person, even if that means inflicting the death-penalty; for then the innocent person is killed, not by him, but by those people who assert that person is guilty.⁷ A piece of incredibly rigid, rectilinear intellectualism, in our eyes, as one would not expect to find with the Doctor Angelicus. Even so, until far into the 16th Century the large majority of legal and moral scholars subscribed to this legalistic theory.

Around the year 1500 a golden mean between legalism and anti-legalism was defended only by one theologian, Adrian of Utrecht, the later tragic, short-lived Pope Adrian VI.⁸ Is it permissible for a judge to condemn someone on the basis of what has been proved according to the legal rules, though it is at variance with the truth, known privately by the judge? Adrian answers: yes, as long as only a claim of damages is at risk. If, however, the death-penalty is at stake, or a penalty of mutilation of the body or its limbs, it is not permissible. Adrian's argument is ingenious: It is true, the people have instructed the judge always to disregard his own private knowledge, when the matter is not asserted and proved within the procedure. But in so instructing the judge, the people could not transfer more right than they themselves had, and they just had no right to their own life and body. An unexpected application of the rule *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet!* It took some time, but this golden mean gradually became the prevailing theory among theologians and legal scholars. The debate became outdated in the 18th Century, when the requirement of the *conviction intime du juge* became universally adopted, that is the principle involving that a crime cannot be held to have been proved in court, merely if sufficient legally acceptable evidence has been adduced, as long as the judge has not been convinced deep-down by that evidence.

In my second example a different part is assigned to the conscience of the court. We will now focus on Europe in the 20th Century, during the years of the rule of violence, in the Soviet Union and in Germany, in the countries occupied by the Nazis and in the so called satellite States of the Soviet Union. The essential values of

⁶ Thomas AQUINAS: *Summa theologiae, Secunda secunda.*, Quaestio 67, art. 2, conclusio: "Homo in his quae ad propriam personam pertinent, debet informare conscientiam suam ex propria scientia. Sed in his quae pertinent ad publicam potestatem, debet informare conscientiam suam secundum ea quae in publico iudicio sciri possunt".

⁷ Thomas AQUINAS op. cit., quaestio 64, art. 6, conclusio: "Iudex, si scit aliquem innocentem esse qui falsis testibus convincitur, [...] non peccat secundum allegata sententiam ferens, quia ipse non occidit innocentem, sed illi qui eum asserunt nocentem".

⁸ HADRIANUS FLORENTII DE TRAJECTO: *Quaestiones quo[d]libeticae*. Lovanii 1518, quaestio 6, art. 3: "In his quae damna rerum concernunt licite potest iudex secundum allegata et probata iudicare contra veritatem quam novit ut privata persona; secus in damnis corporis ut occisione, mutilatione vel detruncatione membri".

democracy and the rule of law were not recognised by those in power. Still, even then there were judges who listened to the voice of their conscience and boycotted evil laws. An explicit reference to that conscience would usually be omitted, but it was not wholly absent. Such a courageous decision became immediately famous among those people who utterly deplored and rejected the dictatorial regime. They could find some hope and inspiration in that judgment. It could help remind them of the primacy of the essential values of democracy and the rule of law.

In my country, an example is a decision of 25th February 1943,⁹ taken by the court of appeal for the northern part of the Netherlands, sitting at Leeuwarden. The occupying Nazi forces had assumed the practice that prison sentences for male prisoners were executed in special prison camps, in a barbaric, atrocious way, often resulting in severe injury or death. In the case brought to the court of appeal, the accused was convicted for theft of (1,525 Dutch guilders =) the equivalent of 235 000 Hungarian forint; the district court had inflicted on him a prison term of 9 months. In appeal the term was reduced to the 4 months the accused had already passed in provisional custody, so as to allow him to escape the prison camp. The court of appeal gave the following grounds, mentioning explicitly the conscience of the court.

“Considering [...] that the court of appeal wishes to take into account the circumstance that for some time several prison sentences, inflicted by the Netherlands judge on male offenders, have been or are executed in prison camps, in violation of the directions of the law and contrary to the intention of Legislator and Judge, aggravating the punishment in such a way as the Judge, in determining the measure of punishment, could not possibly have foreseen or even presupposed as possible;

Considering that the court of appeal, seeing the possibility of this way of execution of the punishment now to be inflicted, will, with a view to its conscience, abstain from sentencing the accused to imprisonment of such a term as in this case would be proportional to the gravity of the crime committed by the accused but would expose him to the possibility of an execution as mentioned above;”

When the judge, in an extreme case, appeals to his conscience, he always assumes a personal risk. A horrendous risk in times of the reign of terror - in our times all along a risk for the career of this judge.

3. What is the conscience of the judge?

But what is that conscience of the court? In the ethical sense, conscience is the inner tribunal where the judge, just as each human being, deliberates upon his conduct, in a secret dialogue – a dialogue with himself, or with the personified Idea of Law, or with God. St. Thomas Aquinas, with reference to Origenes, sees conscience as the corrector of the spirit and the educator of the soul; it keeps off from evil and adheres to good; and it enables, before some act is performed, to judge whether that act should or should not be performed, and after some act has been performed, to judge whether

⁹ Published: *Nederlandse Jurisprudentie*, 1951/643.

it was good or evil.¹⁰ This reasonable judgment which everyone, before his own inner forum, makes on his own acts, is also made by the judge on his acts in court. The judicial conscience, then, is the reasoned conviction of the judge that something is fair or unfair.

4. The irrational jump of the judge

In the Netherlands, the authoritative phrasing is still that of Paul Scholten (†1946), dating from 1931,¹¹ as further elaborated by Gerard Wiarda¹² (†1988). Scholten was a professor at Amsterdam University, Wiarda was president of the Netherlands Supreme Court and later president of the European Court of Human Rights at Strasburg. According to their view, each decision of the judge is rooted in his conscience. The facts must be established, the laws observed, and a logical reasoning formed – but in the end inevitably comes the *jump of the judge*, the jump to the decision. The jump of the judge – there is something arbitrary in it, something irrational, for the judge is answerable for it only to his conscience. That conscience, however, could err and it is subjective, but nothing better is available. It makes no difference if it is assumed that the individual conscience is liable to a last external touchstone – whether that touchstone is detected in the Idea of Law of idealism, or in the demand which Christian Faith hears in the word of God. For also under that assumption of an external touchstone, the irrational jump remains.

That the decision of the judge, in the end, is rooted in his conscience, is a statement which must not be stretched beyond its content. Admittedly, there are cases where the laws supply no other guideline to the judge than the open norm of reasonableness and fairness. If concrete legal norms are lacking, the judge must resort to his conscience. But even so, it is only *in the end* that the judicial decision roots in the conscience of the judge. Not too easily a judge may have recourse to a personal conviction which cannot further be accounted for. All objective viewpoints which may possibly be found should first be brought in and be used as signposts for determining in which direction the solution must be looked for. These signposts may be juridical views, prevalent in a specific country in a specific period. They do not always lead immediately to the final destination, but they may reduce the field within which the judge's personal preference will operate.

To sum up: if all relevant objective viewpoints brought in, do not lead to a cogent conclusion, then the final choice is made after a mental jump that cannot be justified objectively and rationally any further, and which may therefore be called a decision of

¹⁰ Thomas AQUINAS: *Summa theologia. Prima*. Quaestio 79, art. 13: “Dicit enim Origenes quod ‘conscientia est spiritus corrector et paedagogus animae [...], quo separatur a malis et adhaeret bonis’ [...]. Per nostram conscientiam iudicamus aliquid esse faciendum vel non faciendum [... et] aliquid quod est factum, sit bene factum vel non bene factum”.

¹¹ Paul SCHOLTEN: *Algemeen Deel (Mr. C. Asser's Handleiding [...])*. Zwolle, Tjeenk Willink, ³1974. 129–135.

¹² Gerardus J. WIARDA: *Drie typen van rechtsvinding*. Zwolle, Tjeenk Willink, ³1988. 147–150.

conscience. Judging is always both an *intellectual* and an *intuitively moral* operation. It is both deciding what *is* and what *ought to be*.

5. Concluding remarks

From what has been said so far, it must be derived that the conscience of the court is a vital and essential notion. It would deserve far more attention in legal theory than is usually paid to it. I will conclude with two remarks.¹³

A judge should abstain from regarding his personal convictions as universal moral commands. Decisions which are only founded on the personal convictions of some judge, neatly oppose that judge's conscience. If it belongs to the judge to write the proper rule which governs a case, he cannot be led by his *own* ideology. He must find the rule that proceeds from the *collective* ideology of that part of society which receives this rule. The judge's office is a public office and if he acts within that office, he has, for instance, to dim somewhat his personal religious conviction. Only in highly exceptional cases the judge may and must give priority to his reasoned conscience, before the laws.

My second remark. The guaranty for the necessary objectivity is the quality of the grounds stated in the judgment. The decision of the judge presupposes a preceding rationalization by which the case is freed of the heat of passion and the dust of the arena. Because that rationalization must be committed to writing, to the grounds stated, also an appeal court is enabled to test the quality of the chosen solution. Thus the deliberation on the inner forum of the judge's conscience is given its necessary transparency when expressed in strictly rational reasons. This strictness, of course, does not at all exclude an appreciation of the solution in ethical terms. And we should not lose sight of the conscience of the judge.

¹³ These remarks should be further developed, but this is not the place to do so.

DIE WERTBEZOGENEN PFEILER DER RÖMISCHEN
RES PUBLICA IN DER GEDANKENWELT
VON MARCUS TULLIUS CICERO

Gábor HAMZA

Univ. Prof., ord. Mitglied der Ungarischen Akademie
der Wissenschaften

Eötvös Loránd Universität (ELTE) Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät

1. Betreffend der Beurteilung der Bedeutung der Staatsphilosophie Marcus Tullius Ciceros herrscht unter den hervorragenden Repräsentanten der politischen Theorie bzw. Staatstheorie keine Einigkeit. Der entscheidende Grund dafür ist, unserer Meinung nach, dass sich die Analyse der staatsrechtlichen Lehren des reichen *Corpus Ciceronianum* sehr häufig auf eine stereotype Wiederholung beschränkt. Die Analyse der vom Standpunkt der Staatsphilosophie aus außergewöhnlich bedeutsamen Werke, denken wir in erster Linie an *de oratore*, *de re publica* und *de officiis*, geschieht meistens von der philosophischen Seite bzw. vom philosophischen Aspekt her.

Die historische und juristische Untersuchung wird sehr oft stark in den Hintergrund gedrängt. Die sich im Zentrum der Staatsphilosophie des Arpinaten befindliche gemischte Verfassung (Mischverfassung), die Eigenheiten der *mikté politeia* wird oft oberflächlich analysiert.

Ganz außer Betracht bleibt der außergewöhnlich wichtige Umstand, dass Cicero – im kraßen Gegensatz zu Platon – in *de re publica* eine nicht nur auf philosophischen Grundlagen beruhende Theorie ausgearbeitet hat, sondern auch die konkrete Art ihrer Anwendung auf den Staat, und zwar auf seine Idealform, des *optimus status civitatis* von Rom, d.h. auf seinen eigenen Staat (*res publica*) in seiner geschichtlichen Wirklichkeit findet.

2. Indem Marcus Tullius Cicero auf diese Weise die *ratio* und die *res* verbindet, schafft er eine Harmonie bzw. eine Einheit zwischen Idee (*idea*) und Geschichte (*historia*). Der Wert dieser außergewöhnlich wichtigen Gedanken wird nicht im geringsten dadurch beeinflusst, dass Cicero zweifelsohne ein eklektischer Denker

war und folglich kein konsequenter Anhänger irgendeiner philosophischen Schule bzw. Richtung.

Unseres Erachtens hat die Tatsache, dass der Arpinate zweifelsohne ein eklektischer Denker war, nicht in geringem Maße dazu beigetragen, dass er eine Staatsphilosophie ausgearbeitet hat, die im Stande ist, mit ihren Wirkungen nicht nur durch Jahrhunderte, sondern auch noch mehr als zwei tausend Jahre später die politische Gedankenwelt, zu beeinflussen.

3. Ciceros Staatsphilosophie ist durch Überlegungen aus dem System heraus gekennzeichnet. In *de oratore* analysiert er, auf welche Weise, durch welche Erziehung, jemand zum idealen Staatsbürger wird. In *de re publica* legt er, den Wilhelm Dilthey (1833–1911) eines der schönsten Prosawerke der Weltliteratur – der Ausdruck „Weltliteratur“ stammt von Johann Wolfgang Goethe – nennt, den idealen Staat, den *optimus status rei publicae* dar. In *de officiis* wiederum unterzieht er den Staat einer eingehenden Analyse unter ethischen Gesichtspunkten.

Die Tatsache, dass er die Untersuchung des Staates auf verschiedenen Ebenen durchführt, ändert freilich nichts daran, dass Cicero den Staat, ähnlich wie die Staatsphilosophen der griechisch–römischen d.h. klassischen Antike, in erster Linie von der Staatsform her betrachtet. Seine Staatsphilosophie ist demzufolge untrennbar an die Frage der Staatsform gebunden.

Dies steht selbstverständlich im Widerspruch zu modernen Staatsphilosophien, die die parlamentarisch–demokratische Staatsform voraussetzen, genauer gesagt, als ihre Grundlage betrachten, und daher der Frage der Staatsform im Allgemeinen bloß eine sekundäre Bedeutung beimessen.

4. In der Staatsphilosophie des Arpinaten nimmt die Betonung der auf der Tradition basierenden Werte eine hervorragende Stellung ein. Daran schließt sich unmittelbar mit legitimierender Funktion, die Betonung der Gründung Roms, das durch eine organische Einheit von göttlichen und menschlichen Elementen zustande kommt. Dieses Verwobensein des *humanum* mit dem *divinum* ist als notwendiger Bestandteil der ciceronianischen Staatsphilosophie zu betrachten. Dieses Charakteristikum seiner Staatsphilosophie erklärt sich dadurch, dass die reichhaltige Begriffswelt des römischen staatlichen Lebens, so z.B. die *auctoritas*, die *traditio* und die *lex* ohne Tatsache der Gründung Roms, der außerordentlich großen Bedeutung beigemessen wird und die mit einer großen Anzahl von mythischen Elementen verwoben ist, einfach nicht verstanden werden kann.

Dionysios Halicarnassensis führt in seiner im Jahre 7 vor Christus publizierten römischen *Archeologia* die Gründung und den Aufstieg Roms auf die *theia pronoiá* (*divina providentia*) zurück.

5. Hannah Arendt (1906–1975) weist in der Analyse der ideologischen Grundlagen der Revolutionen des neueren Zeitalters darauf hin, wie sehr die römische Geschichte auf den Gründungsereignissen aufbaut. Die Idee der *urbs condita* kommt bei Cicero auf anschaulichste Weise in der Konzeption der *res publica constituenda* zum Ausdruck. Entscheidend bei der Wiederherstellung der *res publica* ist der Wiederaufbau des

Gemeinschaftsgeistes, bei dem auch bestimmte mythische Elemente eine Rolle spielen. In diese Richtung geht auch die Aufforderung des Scipio Africanus minor an seinen Enkel in *de re publica*, (*Somnium Scipionis*), er solle *dictator rei publicae constituendae* werden.

Die Schaffung eines Mythos muss unserer Meinung nach von einer ungeschichtlichen, ahistorischen Anschauung unterschieden werden und zwar erfolgt die Unterscheidung hinsichtlich der Rolle, die sie jeweils spielt. Die Verfassungsrechtler unseres Zeitalters betreiben ihre Wissenschaft sehr häufig auf eine ahistorische Weise. Der evolutionistischen Betrachtungsweise kommt nur eine zweitrangige Bedeutung zu, auch wenn es auf den ersten Blick anders aussieht. Die Rolle der Geschichte wird häufig auf die der bloßen Zurverfügungstellung von Daten beschränkt. Die Bezugnahme auf historische Daten und Ereignisse wird bei vielen Autoren zu einem rhetorischen Kunstgriff.

6. Durch die Einengung auf eine illustrierende Aufgabe wird die Geschichte nicht zu einem organischen Bestandteil der Staatswissenschaft. Dies ist übrigens keine moderne Erscheinung. Die Spuren einer pseudo-geschichtlichen Auffassung können auch bei Cicero, besonders in seinen *orationes* nachgewiesen werden. Deren Ziel ist nämlich die Überzeugung (*to peithein*) um jeden Preis, das die lateinischen Termini des *permoveere* und *docere* gleichermaßen erfasst. Dazu kommt außerdem noch die Notwendigkeit die Aufmerksamkeit der Zuhörer fesseln zu müssen, d.h. durch das *delectare* wird die obrige zweigliedrige Theorie des *to peithein* ergänzt. Die häufige Bezugnahme auf geschichtliche Beispiele bedeutet dabei noch keine koherente Geschichtsanschauung.

7. Die Schaffung von Mythen ist der Funktion nach von einer ungeschichtlichen Betrachtungsweise zu unterscheiden. Vielleicht ist es in diesem Zusammenhang nicht uninteressant auf die liberalen Ideologien der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Bezug zu nehmen, deren Vertreter den Versuch unternahmen, die staatlich organisierte Gesellschaft im Wesentlichen auf die Volkssouveränität zu stützen und zwar auf eine ähnliche Weise wie Cicero, der in *de re publica* die *res publica* und die *res populi* identifiziert. Sich auf liberale Ideen seiner Epoche beziehend schreibt der hervorragende Staatsmann und juristischer Romanist (Römischrechtler) Vittorio Scialoja (1856–1933), dass diese seiner Ansicht nach in ganz Europa die Schaffung enger Beziehungen zwischen Staat und Staatsbürger notwendig machen.

Die Beziehung zwischen Volk und Staat beginnt so enger zu werden und es ist Aufgabe des Gemeinwesens bzw. Staates diesen Prozess auf dem Wege der Gesetzgebung mit allen Mitteln zu festigen. Mit Cicero wird der römische Staat, genauer gesagt, der *optimus status rei publicae* zum Paradigma der Ideologie der liberalen Politik in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

8. Rom, das römische Gemeinwesen, oder mit anderen Worten die römische Verfassung ist auch für andere Gedanken Mythos bzw. Grundlage einer Prophezeiung. Laut des an der Ausarbeitung der Verfassungsordnung der Vereinigten Staaten von Amerika (USA) in entscheidender Weise beteiligten Adam Smith (1723–1790) kommt der

römischen Verfassung paradigmatische Bedeutung zu, womit sie das berühmteste Volk und die größte Macht, die in der Geschichte je existiert hat, hervorgebracht hat.

Louis Antoine Saint-Just (1767–1794) behauptet, dass die Welt seit den Römern leer ist und nur durch die Erinnerung an sie gefüllt wird und sie heute, nämlich zu Saint-Just's Zeit, der Freiheit einzige Verheißung darstellt. Der römische Staat und die römische Verfassung erfüllen nicht nur die Funktion eines Mythos, sondern es kommt ihnen auch Beispielswirkung für die modernen Staatsphilosophien zu. Die römische *res publica*, Ciceros eklektische Philosophie, Ethik und politische Gedankenwelt sind ein Paradigma für das klassische Altertum genauso wie für die Renaissance oder das moderne Zeitalter.

9. Es ist eine unzweifelhafte Tatsache, dass die Staatsphilosophie Marcus Tullius Ciceros zahlreiche Theorien beinhaltet, die Platon und Aristoteles im Grunde schon gekannt haben. Der entscheidendste Unterschied zwischen der Staatsphilosophie von Platon und Aristoteles und der Ciceros ist, dass Marcus Tullius Cicero unmißverständlich von einer grundlegenden Gleichheit der Menschen ausgeht. Diese Hypothese hat zwei entscheidende Beziehungen.

Der große römische Staatsmann, Rhetor und Denker geht davon aus, dass jeder Mensch in gleichem Maße an der göttlichen Weisheit teilhat und dass diese als unveränderliches und ewiges Gesetz die Welt regiert. Jedem Menschen ist eine natürliche Fähigkeit gegeben, das Gute zu erkennen und dieser Erkenntnis entsprechend zu handeln.

Diese zweifelsohne optimistische Auffassung wäre für Platon vollkommen, für Aristoteles in großem Maße unannehmbar gewesen. Eine weitere Konsequenz von Ciceros Theorie der Gleichheit aller Menschen ist, dass jedem, unabhängig von seiner Abstammung und seiner gesellschaftlichen Position die gleiche Rechtsstellung zukommt. Diese Konzeption ist offensichtlich unvereinbar mit der Auffassung von Aristoteles bezüglich der Fremden und Sklaven. Der Gleichheit der Menschen, genauer gesagt der *cives Romani*, kommt auch im Hinblick auf ihr Verhältnis zum Staat Bedeutung zu, wie dies Georg Jellinek (1851–1911) treffend formuliert: „Der Römer ist auch dem Staat gegenüber Person“.

10. Für Cicero ist das ideale Gemeinwesen bzw. der ideale Staat, das ergibt sich auch aus dem oben dargelegten, nicht nur eine organische Einheit, ein seinem Wesen nach autarker Kleinstaat d.h. *polis* der sich aus Ständen bzw. unterschiedlichen Bevölkerungsschichten zusammensetzt, sondern eine alle umfassende im Recht wurzelnde kosmische Gemeinschaft.

Die oben dargelegten Eigenheiten der Staatsphilosophie des Arpinaten beeinflussen allerdings die Tatsache nicht, dass die Lehren von Dikaiarkhos, Panaitios und Polybios einen großen Einfluss auf Marcus Tullius Cicero hatten. Die *mikté politeia*, die Idee der gemischten Verfassung bei Cicero ist hellenistisch bzw. hat hellenistische Wurzeln. In der Literatur ist das Ausmass dieser Wirkung mit Recht umstritten. Es ist eine unbestreitbare Tatsache, dass die in einem organisch–biologischen Geiste konzipierte Staatsphilosophie Ciceros synthetisierenden Charakter hat.

Dikaiarkhos hat diese Auffassung mit dem Blick auf Griechenland entwickelt, während Polybios diese Auffassung im 6. Buch seiner *Historiai* im Zusammenhang mit der Weltgeschichte für anwendbar hielt. Für die Staatsauffassung Ciceros ist es, abgesehen von ihrem synthetisierenden Charakter, weiters charakteristisch, so Polybios, dass die Bestandteile der *mikté politeia*, das demokratische, das aristokratische und das monarchische Element sich gegenseitig bedingen und kontrollieren.

Die *mikté politeia* findet sich nicht bloß in Rom, sondern auch in den hellenistischen Staaten, zumindest teilweise verwirklicht.

11. Das demokratische Element ist in den verschiedenen, auf dem Hoheitsgebiet des Diadochenstaates befindlichen über Autonomie verfügenden *poleis* zu finden. Das aristokratische Element hingegen stellen die sog. Freunde des Königs (*philoí*), in Ägypten das Priestertum, dar. Es ist unserer Meinung nach nicht ausgeschlossen, dass Marcus Tullius Cicero bei der Ausarbeitung der römischen Paradigmen der gemischten Verfassung den Blick nicht zuletzt auf diese außerrömischen historischen Erfahrungen gerichtet hatte, d.h. er nicht nur die abstrakte Staatstheorie seiner geistigen Vorfahren berücksichtigte.

Bei Cicero hatte die *concordia ordinum*, das ist die Übereinstimmung zwischen dem Ritterstand (*ordo equester*) und dem Senat entscheidende Bedeutung. Der *consensus Italiae* schafft die Übereinstimmung zwischen dem Ritterstand und dem Senat, ohne die ein gesellschaftlicher Frieden unvorstellbar ist. Ciceros politische Gedankenwelt schließt sich eng an die Realität an, d.h. es handelt sich nicht um eine bloß aus abstrakten Begriffen zusammengesetzte Gedankenwelt. Für ihn wird das Funktionieren des idealen Staates nicht bloß durch die *mikté politeia* bedingt, sondern es ist auch die Harmonie zwischen bestimmten gesellschaftlichen Schichten und Gruppen erforderlich.

Die Forderung der *concordia ordinum* bei Marcus Tullius Cicero spiegelt unserer Ansicht nach die Gedanken der *ratio* und der *res*, der Idee und der Integration der gesellschaftlichen Realität wieder. Die *concordia ordinum* wird ergänzt durch den *consensus omnium bonorum*, der den *consensus* der „kleinen“ Menschen, der *homines tenues* bedingt, und zwar im Einklang mit der oben schon in mehreren Zusammenhängen erwähnten Forderung der Gleichberechtigung. Die *res publica* wird nicht zuletzt auch dadurch zur *res populi*.

Die *concordia ordinum* und der *consensus omnium bonorum* sichert so die Stabilität der römischen Verfassung, der jedoch die Möglichkeit einer Modifizierung der Verfassung eben auf dieser Grundlage nicht entgegen steht. Hier weisen wir darauf hin, dass vielleicht gerade in der Frage der Flexibilität der Verfassung zwischen den beiden in entscheidender Weise an der Ausarbeitung des amerikanischen Verfassungswerkes beteiligten Thomas Jefferson (1743–1826) und James Madison (1751–1836) die größte Einigkeit herrschte.

12. Der Gedanke der sich auf alle erstreckenden Gleichheit dient der römischen Expansion als moralisches Fundament, wie das auf diese Weise nicht bloß starken

apologetischen Charakter besitzende Diktum *Ut populi Romani res meliores amplioresque facerent* belegt.

Der Staat ist in Ciceros Staatstheorie auch durch die Familie eng mit der Gesellschaft verbunden, so betrachtet der Konsul des Jahres 63 v. Chr. die Familie als *quasi seminarium rei publicae*. Er betont auf diese Weise, dass der Staat letzten Endes auf Familien, die sich zu *gentes* entwickelt haben, beruht. Die Familie erfüllt eine hervorragende Rolle auf dem Gebiet der Eigentumsverhältnisse, da die Familie die wirtschaftliche Grundeinheit darstellt.

Das entscheidende Motiv für die Entstehung des Staates ist der Schutz des Vermögens, diese Aufgabe erfüllt eben die Familie als Gemeinschaft. Das Eigentum stellt den Grundpfeiler des Staates dar, wie darauf Cicero in *de officiis* hinweist. Dermaßen steht die Auffassung von Cicero der Ansicht von John Locke (1632–1704) nahe, der den Schutz des Eigentums (*property*) als eine der wichtigsten Aufgaben des Staates betrachtet.

13. Ein wichtiger Teil der Staatsphilosophie des Arpinaten besteht in der Weiterentwicklung des *iuris consensus*, der ein weiterer Stützpfiler der idealen *res publica* ist. Unter dem Begriff *ius* versteht er nicht nur das positive Recht, sondern auch die Ergänzungen dieses Begriffes, das *ius naturae* und die nach dessen Maß existierende Gerechtigkeit. Cicero entwickelt die Gedanken von der Mehrstufigkeit des Rechtes, wie sie sich schon bei Platon finden, weiter, wo der Begriff des *ius* neben dem positiven Recht die *lex naturalis* und die *lex aeterna* enthält.

Der stoisch inspirierte Begriff des *ius naturae* in der Lehre Marcus Tullius Ciceros bildet die Grundlage – in modernen Begriffen ausgedrückt – für die Beschränkung der gesetzgebenden Gewalt im Verhältnis der Bürger d. h. der Rechtsunterworfenen.

Die Lehre Ciceros übt einen nicht geringen Einfluss auf die neuzeitliche Naturrechtslehre aus, die im 19. Jahrhundert und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vom Rechtspositivismus in den Hintergrund gedrängt wurde. Neben dem *consensus iuris* spielt auch die *communio utilitatis* eine Rolle, von der ohne den Anspruch auf eine tiefer gehende Erörterung erheben zu wollen, festgestellt werden kann, dass sie jener Begriff ist, der sich auf die wirtschaftliche Motivation der verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen und Schichten im Rahmen des staatlichen Zusammenlebens bezieht. Die *communio utilitatis* weist auf die Notwendigkeit hin, die gesellschaftliche d.h. soziale Wirklichkeit in Betracht zu ziehen, und sie ist gleichzeitig ein Beweis für die realistische Natur der Staatsphilosophie Ciceros.

14. Der *status rei publicae* bei Marcus Tullius Cicero wurde im Mittelalter durch den *terminus technicus* des *status imperii* oder des *status regni* abgelöst. Die Änderung der Terminologie bedeutet einen Wandel der Natur der Gesellschaft. Die ciceronianische *res publica* ist nicht gleichbedeutend mit dem *imperium* bzw. mit dem *regnum*. Es muß betont werden, dass es sich hier nicht bloß um eine Änderung der Terminologie auf dem Gebiet der Staatsform handelt. Beim *imperium* und beim *regnum* handelt es sich eindeutig um Begriffe, die auf eine hierarchische Natur hinweisen, und denen im Hinblick auf den *optimus status rei publicae* bei Cicero, wie oben skizzenhaft aufgezeichnet wurde, ein ziemlich geringes Gewicht zukommt.

Es ist nicht nur dem Werk des Zufalls zuzuweisen, dass Marcus Tullius Ciceros Popularität im 18. Jahrhundert d.h. im Jahrhundert der Aufklärung seinen Höhepunkt erfahren hat und dass das Werk von Conyers Middleton (1683–1750) über Cicero „The History of the Life of Marcus Tullius Cicero“, das im Jahre 1741 zur Veröffentlichung kam, ein wahrer Bestseller wurde. Cicero war bei Voltaire, Montesquieu, Diderot und Rousseau, ebenso beliebt wie bei den Engländern, hier vor allem bei Edmund Burke (1729–1797), David Hume (1711–1776) und Thomas Sheridan (1687–1738).

Der Politiker und Staatsphilosoph Marcus Tullius Cicero entfaltete jedoch schon sehr viel früher in Hinblick auf die Entwicklung der Gesellschaftsphilosophie seine Wirksamkeit. Er beeinflusste Jean Bodin (1530–596) genauso wie Hugo Grotius (1583–1645) und James Harrington (1611–1677), den Autor des 1646 publizierten Werkes „Commonwealth of Oceana“.

Thomas Hobbes (1588–1678) stand auch unter dem Einfluss des Arpinaten. Die namhaften Schüler Harringtons, John Neville und Algernon Sidney (1623–1683) berufen sich häufig auf Werke des Konsuls des Jahres 63. v. Chr. Die größte Wirkung hat er eben zu dieser Zeit bei John Locke (1632–1704), der ihn mehr als alle anderen schätzt, und ihn unter die „truly great men“ einreicht.

15. Im 18. Jahrhundert haben die amerikanischen Konstitutionalisten ihr Jahrhundert als ein Jahrhundert Ciceros angesehen, genauso wie sich ein Jahrzehnt später die Revolutionäre in Frankreich die römische Republik, als deren Nachfolger sie sich sahen, zu eigen machten, hier kommt schon sichtbar die Frage der Staatsform ins Spiel. Sie hofften eine Unterstützung in den Werken dieses hochgebildeten Staatsmannes und des *pater patriae* bei der Erfüllung derjenigen großen Aufgabe zu finden, die die Herausarbeitung einer neuen verfassungsrechtlichen Ordnung darstellt. Ciceros Staatsphilosophie beeinflusst auf eigentümliche Weise konservatives Gedankengut genauso, wie progressive Gedankenwelt. Die konservativen Denker schließen sich der Hinwendung zur Tradition an, die progressiven betonen die unbedingte Ablehnung der Tyrannei.

Die Staatsphilosophie Ciceros dient mit Recht als eine auf verschiedenen Grundlagen beruhende Interpretationsform. So formen die unbedingte Befürwortung der Republik, die Verkündigung der Freiheit, die Verwerfung der Willkürherrschaft, die *mikté politeia*, die Unverletzbarkeit des Privateigentums, die Lehre der proportionalen sozialen und politischen Gleichheit, die etwas verworrene Idee des natürlichen Adels und der gemäßigte, aufgeklärte religiöse und epistemologische Skeptizismus gleichermaßen Teil seiner reichen und mannigfaltigen Ideenwelt. Es gibt daher ein außerordentlich breites Angebot zur Auswahl.

16. Der Philosoph Cicero kann auch negativ beurteilt werden, da man mit Recht gegen ihn Anklagen wie jene der Mittelmäßigkeit oder des Eklektizismus erheben kann. Trotzdem scheint die Behauptung von Karl Marx (1818–1883), besser gesagt des jungen Marx, übertrieben, nach der Cicero genau so viel von Philosophie verstand wie von den Präsidenten der Vereinigten Staaten von Nordamerika. Fügen wir hinzu, dass Marx diese Behauptung aufstellt, obwohl er die Dialoge *de republica*, *de legibus* und *de officiis* gut kannte oder wenigstens verwendete.

Marx war offensichtlich deshalb so streng bei der Beurteilung Marcus Tullius Ciceros, weil der Konsul des Jahres 63 v. Chr. kein Anhänger der arithmetischen gesellschaftlichen Gleichheit war, nicht gegen die Sklaverei gekämpft hat, als Kind seiner Zeit die physische Arbeit unterschätzte und in wirtschaftlichen Fragen agrarisch–prekapitalistische Ansichten vertrat.

Im Rahmen der negativen Beurteilung Ciceros spielt, genauer gesagt spielte, die Ansicht Theodor Mommsens (1817–1903), der in dieser Hinsicht der pejorativen Beurteilung des Arpinaten bei Wilhelm Drumann (1786–1861) folgte, eine entscheidende Rolle, der im Gegensatz zu Julius Caesar, den er für den idealen Politiker bzw. Staatsmann hielt, Cicero als einen unentschlossenen a und sogar zweitrangigen Politiker auf allen Stationen des *cursus honorum* bezeichnete. Verschweigen wir nicht die Tadeusz Zielinski (1859–1944) zugeschriebene Rehabilitierung, die 1897 mit der Publikation des Werkes „Cicero im Wandel der Jahrhunderte“ stattfand.

17. Cicero bedarf einer Rehabilitierung auch als Staatsphilosoph, da Sir Frederick Pollock (1845–1937) in seinem 1890 veröffentlichten Werk „Introduction to the History of the Science of Politics“ so schreibt: „Nobody that I know of has yet succeeded in discovering a new idea in the whole of Cicero’s philosophical and semi philosophical writings“.

Ähnlich wie Pollock schreibt Mulford Q. Sibley (1912–1989) in seinem 1970 herausgegebenen Werk mit dem Titel „Political Ideas and Ideologies: A History of Political Thought“: „Cicero was neither an original nor a particularly profound social and political thinker“.

18. Die „Rehabilitierung“ Marcus Tullius Ciceros als Staatsphilosoph ist nicht bloß deshalb gerechtfertigt, weil er eine ebenso große Wirkung auf das Gedankengut der modernen Verfassungen (constitutions) des europäischen Kontinents und der Vereinigten Staaten von Nordamerika bzw. der britischen Kolonien in Nordamerika hatte, sondern auch deshalb, weil er ganz ohne Zweifel der erste Denker der Antike war, der die Fähigkeit besaß, den mit der Gesellschaft auf verschiedenen Punkten zusammengesetzten Staat umfassend darzulegen.

Er war der Erste, der den Staat bzw. das Gemeinwesen von der Regierung bzw. von dem Regieren unterschied und er wendete ebenso gleichfalls als Erster den wirtschaftspolitischen Aspekten bzw. Prinzipien des Regierens seine Aufmerksamkeit zu. So z.B. untersuchte er Fragen des Kreditwesens, der Besteuerung, des Schulderlasses, der Getreideverteilung, der Bodenreform und die Fragen der Agrarkolonisation.

Marcus Tullius Cicero untersuchte als Erster parallel die wirtschaftlichen, politischen und moralischen Prinzipien des auf „Verfassung“ beruhenden Staates. Georg Jellinek weist darauf hin, dass selbst das Wort „Verfassung“ aus „*rem publicam constituere*“ bei Cicero hervorgeht. Diese vielfältige Analyse des Staates war Aristoteles genauso fremd wie Platon.

Mit der wirtschaftlichen Seite des Staates beschäftigt sich gut einundeinhalb Jahrtausende später erst Jean Bodin, dem später auch John Locke folgt. Der universell gebildete Staatsmann und Rhetor Marcus Tullius Cicero brach mit der in seinem

Zeitalter herrschenden „atomisierenden“ Auffassung vom Staat und versuchte erstmals den Staat und seine „Verfassung“ mit Heranziehung der komplexen Analyse von seiner historischen, politischen, ethischen, wertbezogenen, wirtschaftlichen und nicht zuletzt psychologischen Bestandteilen bzw. Elementen darzustellen.

Literatur

- Jean-Marie ANDRÉ: *L'otium dans la vie morale et intellectuelle romaine des origines à l'époque augustéenne*. Paris, 1966.
- Jean-Marie ANDRÉ: La philosophie religieuse de Cicéron, dualisme académique et tripartition varronienne. In: *Ciceroniana, Hommage à K. Kumaniecki*. Leiden, 1975. 11–21.
- Hannah ARENDT: *Essai sur la révolution*. Paris, 1967.
- Luigi BAGOLINI: *David Hume e Adam Smith, Elementi per una ricerca di filosofia giuridica e politica*. Bologna, 1976.
- Okko BEHREND: Der römische Gesetzesbegriff und das Prinzip der Gewaltenteilung. In: Okko BEHREND – Christoph LINK (Hsg.): *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*. Göttingen, 1987.
- Enrico BERTI: *Il „De re publica“ di Cicerone e il pensiero politico classico*. Padova, 1963.
- Pierre BOYENCÉ: *Etudes sur le songe de Scipion*. Limoges, 1963.
- Pierre BOYENCÉ: Cicéron et César. *Bull. Ass. 6. Budé, Suppl. XVIII*, 4ème série, n°4, 483–500.
- Pierre BRIOT: Sur l'exil de Cicéron. *Latomus*, 28 (1973), 595–605.
- Karl BÜCHNER: *Cicero. Bestand und Wandel seiner geistigen Welt*. Heidelberg, 1964.
- Karl BÜCHNER: Zum Platonismus Ciceros. Bemerkungen zum vierten Buch von Ciceros Werk de re publica. In: *Festschrift Gundert*. Amsterdam, 1974.
- Filippo CANCELLI: Ancora su „Lo Stato“ di Cicerone. *SDHI*, 47 (1981).
- Filippo CANCELLI: „Iuris consensus“ nella definizione ciceroniana di res publica. In: *Studi G. Donatuti I*. Milano, 1973.
- Piereangelo CATALANO: La divisione del potere Roma (a proposito di Polibio e di Catone). In: *Studi G. Grosso VI*. Torino, 1974.
- M. Jacques CHOMARAT: Le „De officiis“ et la pensée de Montesquieu. In: *Présence de Cicéron, Hommage au R. P. M. Testard*. Paris, 1984.
- Giuliano CRIFÒ: Osservazioni sull'ideologia politica di Cicerone. In: *Libertà e uguaglianza in Roma antica*. Roma, 1984.
- Giuliano CRIFÒ: Su alcuni aspetti della libertà in Roma. *Arch. Giur.*, 154 (1958).
- Alexander DEMANDT: *Metaphern für Geschichte, Sprachbilder und Gleichnisse im historisch-politischen Denken*. München, 1978.
- Francesco DE MARTINO: *Lo Stato di Augusto*. Napoli, 1936.
- Francesco DE MARTINO: *Storia della costituzione romana III*. Napoli, 1958.
- Horst DIETER: *Ciceros Werk „De officiis“, eine ideologische Tendenzschrift*. Diss. Potsdam, 1960.
- Elaine FANTHAM: „Aequabilitas“ in Cicero's Political Theory and the Greek Tradition of Proportional Justice. *Classical Quarterly*, 23 (1973) 285–290.
- Benjamin FARRINGTON: *Science and politics in the Ancient World*. London, 1939.
- Philipp FINGER: Die drei Grundlegungen des Rechts im 1. Buch von Ciceros Schrift „De legibus“. *Rheinisches Museum*, 81 (1932) 155–177., 243–262.
- Moses I. FINLEY: *Authority and Legitimacy in the Classical City–State*. København, 1982.

- FÖLDI, András – HAMZA, Gábor: *A római jog története és institúciói (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts)*. Budapest, ²¹2016. 87.
- Kurt von FRITZ: *Poseidonios als Historiker in: Historiographica Antiqua. Festschrift W. Peramans*. Leuven, 1977. 163.
- Manfred FUHRMANN: *Cum dignitate otium. Politisches Programm und Staatstheorie bei Cicero. Gymnasium*, 67 (1960).
- Manfred FUHRMANN: *Cicero und die römische Republik. Eine Biographie*. München–Zürich, ³¹1991.
- Jean GAUDEMET: *Tradition romaine et idéologie grecque dans la conception de la res publica au dernier siècle de la république*. In: *La filosofia greca e il diritto romano I*. Roma, 1976.
- Matthias GELZER: *Cicero. Ein biographischer Versuch*. Wiesbaden, 1969.
- Domenico GRASSO: *Originalità e romanità del »Somnium Scipionis« in rapporto alle sue fonti greche*. Benevento, 1948.
- Pierre GRIMAL: *Cicéron*. Paris, 1986.
- Christian HABICHT: *Cicero der Politiker*. München, 1990.
- Gábor HAMZA: *Bemerkungen über den Begriff des Naturrechts bei Cicero*. In: *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'eta romana alle esperienze moderne, Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo I*. Napoli, 1997. 349–362.
- HAMZA, Gábor: *Cicero állambölcséletének aktualitása és európaisága (L'attualità e carattere europeo della teoria di Stato di Cicerone)*. In: *»Nem akarunk csonka Európát«*. Budapest, 2002. 19–75.
- Richard HARDER: *Über Ciceros „Somnium Scipionis“*. In: *Schriften der Königsberger Gelehrten Gesellschaft, geisteswiss. Klasse 6/3*. Halle, 1929.
- Richard HARDER: *Zu Ciceros Rechtsphilosophie (De legibus I)*. In: *Atti del congresso internazionale di diritto romano. vol. I*. Roma, 1934. 169–176.
- Richard HEINZE: *Ciceros „Staat“ als politische Tendenzschrift*. *Hermes*, 59 (1924) 73–94.
- Alfred HEUSS: *Ciceros Theorie vom römischen Staat*. Göttingen, 1975.
- Alfred HEUSS: *Zur Thematik republikanischer Staatsrechtslehre*. In: *Festschrift F. Wieacker*. Göttingen, 1978.
- Alan C. HOUSTON: *Algernon Sidney and the Republican Heritage in England and America*. Princeton, 1991.
- Gred IBSCHER: *Der Begriff des Sittlichen in der Pflichtenlehre des Panaitios*. Diss. München, 1934.
- Hans P. KOHNS: *Consensus iuris-communis utilitatis /zu Cic. rep. 1, 39/*. *Gymnasium*, 81 (1974).
- Lotte LABOWSKY: *Die Ethik des Panaitios. Untersuchungen zur Geschichte des Decorum bei Cicero und Horaz*. Leipzig, 1934.
- Walter K. LACEY: *Cicero and the End of the Roman Republic*. London–Sydney–Auckland–Toronto, 1978.
- Louis LAURAND: *De M. Tulli Ciceronis studiis rhetoricis*. Paris, 1907.
- Ettore LEPORE: *Il „princeps“ ciceroniano e gli ideali politici della tarda repubblica*. Napoli, 1954.
- Paul MACKENDRICK: *Cicero's Ideal Orator*. *Classical Journal*, 43 (1948) 339–347.
- Theo MAYER-MALY: *Gemeinwohl und Naturrecht bei Cicero*. In: *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift A. Verdross*. Wien, 1960. 195–206.
- Alain MICHEL: *La philosophie et l'action dans le "De oratore"*. *L'Information Littéraire*, 11 (1959) 201–207.
- Alain MICHEL: *Le "Dialogue des Orateurs" de Tacite et la philosophie de Cicéron*. Paris, 1962.

- Alain MICHEL: *Rhétorique et philosophie chez Cicéron. Essai sur les fondements philosophiques de l'art de persuader*. Paris, 1960.
- Thomas N. MITCHELL: *Cicero: The Ascending Years*. New Haven, 1979.
- Thomas N. MITCHELL: Cicero and the Senatus Consultum Ultimum. *Historia*, 20 (1971) 47–61.
- Thomas N. MITCHELL: Cicero, Pompey, and the Rise of the First Triumvirate. *Traditio*, 29 (1973) 1–26.
- Arnaldo MOMIGLIANO: *Camillus and Concord*. In: *Secondo contributo alla storia degli studi classici*. Roma, 1960.
- Theodor MOMMSEN: *Römische Geschichte Bde. I–III*. Berlin, 1854–1856.
- Joseph T. MUCKLE: The “De officiis ministrorum of St. Ambrose” and the „De officiis of Cicero”. *Mediaeval Studies*, 1 (1939), 63–80.
- Armin Müller: *Studien zur politischen Philosophie bei Plato, Aristoteles und Cicero*. Wiesbaden, 1971.
- Emanuele NARDUCCI: *Modelli etici e società. Un'idea di Cicerone*. Pisa, 1989.
- Christoff NEUMEISTER: *Grundsätze der forensischen Rhetorik gezeigt an Gerichtsreden Ciceros*. München, 1964.
- Claude NICOLET: *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*. Paris, 1976.
- Marcel ORBAN: Réhabilitation de la parole dans le „De oratore” de Cicéron. *L'Antiquité Classique*, 1 (1950), 27–44.
- Luciano PERELLI: *Il De re publica e il pensiero politico di Cicerone*. Torino, 1977.
- Luciano PERELLI: *Il pensiero politico di Cicerone. Tra filosofia greca e ideologia aristocratica romana*. Firenze, 1990.
- Luciano PERELLI: La definizione dell'origine dello stato nel pensiero di Cicerone. *Atti Accad. Torino*, 106 (1972) 281–309.
- Giuseppe PETROCCHI: I Lelii, gli Scipioni e il mito del sapiens in Cicerone. *Studi Ciceroniani*, 1/2 (1959), 20–77.
- Torsten PETERSSON: *Cicero. A Biography*. Berkeley – Los Angeles, 1920.
- Max POHLENZ: *Antikes Führertum. Ciceros „De officiis“ und das Lebensideal des Panaitios*. Leipzig–Berlin, 1934.
- Max POHLENZ: Ciceros „de republica“ als Kunstwerk. In: *Festschrift für R. Reitzenstein*. Leipzig–Berlin, 1931. 70–105.
- Piero PUCCI: Politica e ideologia nel „De amicitia”. *Maia*, 15 (1963) 342–358.
- Michel RUCH: *Le préambule dans les oeuvres philosophiques de Cicéron. Essais sur la genèse et l'art du dialogue*. Paris, 1958.
- Peter L. SCHMIDT: *Interpretatorische und chronologische Grundfragen zu Ciceros Werk „De legibus“*. Diss. Freiburg im Breisgau, 1959.
- Peter L. SCHMIDT: Cicero, De re publica: Die Forschung der letzten fünf Dezennien. In: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*. I. 4. Berlin – New York, 1973. 262–333.
- Hans K. SCHULTE: *Orator. Untersuchungen über das ciceronianische Bildungsideal*. [Frankfurter Studien zur Religion und Kultur der Antike, Bd. 11]. Frankfurt am Main, 1935.
- Otto SEEL: *Cicero*. Stuttgart, 31967.
- Feliciano SERRAO: *Cicerone e la lex publica*. In: *Legge e società nella repubblica romana I*. Roma, 1981.
- Feliciano SERRAO: *Classi partiti e legge nella Repubblica romana*. Pisa, 1974.
- Feliciano SERRAO: *I partiti politici nella Repubblica romana*. Roma, 1958.
- Richard E. SMITH: *Cicero the Statesman*. Cambridge, 1966.

- Hermann STRASBURGER: *Concordia Ordinum, eine Untersuchung zur Politik Ciceros*. Leipzig, 1931.
- Ronald SYME: *The Roman Revolution*. Oxford, 1939.
- Milton VALENTE: *L'éthique stoïcienne chez Cicéron*. Paris – Porto Alegre, 1956.
- Hans URI: *Cicero und die epikureische Philosophie. Eine quellenkritische Studie*. Diss. München, 1914.
- Joseph VOGT: *Ciceros Glaube an Rom*. [Würzb. Studien zur Altertumswiss. Heft 6.] Stuttgart, 1933.
- Adalbert WAHL: *Die Nachwirkung des antiken Staatslebens und der antiken Staatstheorie in der Neuzeit*. Leipzig, 1921.
- Hanna WASKIEWICZ: „De legibus” de Cicéron, premier système de philosophie du droit dans l'histoire de la pensée européenne. *Roczniki Filozoficki*, 8 (1960), 39–62.
- Peter WEBER–SCHÄFER: Ciceros Staatstheorie und die moderne Politikwissenschaft. *Gymnasium*, 90 (1983).
- Richard WEIDNER: *Ciceros Verhältnis zur griechisch-römischen Schulrhetorik seiner Zeit*. Diss. Erlangen, 1925.
- Alfons WEISCHE: *Cicero und die neue Akademie. Untersuchungen zur Entstehung und Geschichte des antiken Skeptizismus*. Diss. Münster, 1961.
- Robert WERNER: *Über Herkunft und Bedeutung von Ciceros Staatsdefinition*. *Chiron*, 3 (1973).
- Norman WILDE: *The Ethical Basis of the State*. Princeton, 1924.
- Chaim WIRSZUBSKI: *Libertas as a Political Idea at Rome during the Late Republic and Early Principate*. Cambridge, ³1968.
- Neal WOOD: *Cicero's Social and Political Thought*. Berkeley – Los Angeles – London, 1983.
- Konrat ZIEGLER: Zur Text- und Textgeschichte der Republik Ciceros. *Hermes*, 59 (1931).
- Thadeusz ZIELINSKI: *Das Clausegesetz in Ciceros Reden*. Leipzig, 1904.
- Thadeusz ZIELINSKI: *Cicero im Wandel der Jahrhunderte*. Leipzig–Berlin, ³1912.

BEGRIFFSGESCHICHTLICHE FRAGEN IM BEREICH DES IUS PUBLICUM*

András FÖLDI

Univ. Prof., Eötvös Loránd Universität (ELTE) Staats- und Rechtswissenschaftliche
Fakultät

Wenn sich ein Romanist an János Zlinszky erinnert, ist es auf jeden Fall zu erwähnen, dass er schöne systematische Darstellungen dem römischen Staatsrecht, sowie dem römischen Strafrecht widmete. Sein Buch über das *ius publicum* erschien im J. 1994,¹ in einem außerordentlich aktiven Jahr des auch ansonsten immer hyperaktiv und unermüdet arbeitenden Verfassers. 1994 war der 66-jährige János Zlinszky bereits seit etwa 5 Jahren fungierender Verfassungsrichter, er lehrte noch an der Universität Miskolc, und er war zusätzlich weitgehend mit der Begründung der Juristischen Fakultät der Pázmány-Péter-Universität beschäftigt. Jedoch fand er Zeit und Energie auch dafür, dass er eine alte Schuld der ungarischen und ansonsten nicht nur der ungarischen römischrechtlichen Literatur tilge, was ihm seit langer Zeit am Herzen lag, also eine systematische Zusammenfassung, sogar eine Art Gesamtdarstellung des römischen *ius publicum* zu verfassen.

Ich habe das knappe, aber an originellen Gedanken sowie an delikaten Informationen um so reichere Buch, das den Leser bereits kraft des lebhaften, natürlichen Stils des Textes überwältigt, kurz nach seiner Erscheinung mit großem Genuss und Nutzen gelesen, und zwar aus demjenigen frischen Exemplar, das János Zlinszky mir höchstpersönlich schenkte. In diesem Beitrag möchte ich eigentlich einige ergänzenden Glossen zu diesem schönen Opus hinzufügen.

Als der älteste Begriff des römischen Staatsrechts gilt keineswegs der Ausdruck *ius publicum* selber, der seinerseits erst wohl im 2. Jh. v. Chr. ausgestaltet wurde. Unzweifelhaft stellt demgegenüber einen sehr alten Begriff das Wort *lex* dar, dessen Etymologie ebenso umstritten ist, wie seine Bedeutungsgeschichte. János Zlinszky schreibt in seinem *Ius publicum*, dass der Begriff der *lex* auf das Verb *lĕgo*, *lĕgere* zurückgeht, was ursprünglich „auserwählen, bekanntmachen, melden“ bedeutete.²

¹ ZLINSZKY, János: *Ius publicum*. Budapest, Osiris, 1994.

² ZLINSZKY aaO. 81.

Diese Bedeutung sollte sich nach Zlinszky's Meinung auf die Kundmachung der *leges publicae* seitens der Magistraten nach der Billigung des Gesetzes durch den Senat beziehen.

Diese Erklärung ist in der Literatur mehrfach umstritten. Michael Rainer stellt diesbezüglich fest, mit Hinweis auf ein einschlägiges Werk von Feliciano Serrao,³ dass das Wort *lex* mit dem Verb *lēgo*, *lēgare* zusammenhängt. Dieses Verb bedeutet „binden“, und daher auch „bindend anordnen“.⁴

Ein gängiges etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache bestätigt den etymologischen Zusammenhang mit dem Verb *lēgo*, *lēgere*. Nach diesem Wörterbuch gilt als die weiteste Wurzel dieser Wörter die protoindoeuropäische Verbwurzel *leg-*, deren Bedeutung dem englischen „to collect“ entspricht. Auch die Verlängerung des kurzen Vokals [ĕ] zum [ē] im lateinischen Hauptwort *lēx* ist linguistisch gut zu erklären (sog. „Ablauf“).⁵

Die Hypothese von Zlinszky ist nicht weit von der bekannten Theorie von Arnaldo Biscardi, die zuerst 1968 dargelegt worden ist.⁶ Biscardi meinte, dass die Urbedeutung des Wortes *lex* „certa verba“ war. Der *magistratus cum imperio* brachte den Text der Gesetzesanträge in die Volksversammlung laut und *certis verbis* ein. Ebenso wurden die *leges* der Stipulation laut und *certis verbis* mitgeteilt. Bedeutet das Verb *lēgo*, *lēgere* im klassischen Latein vorzugsweise „lesen“, so ist es gar nicht problematisch, weil die Leute im Altertum, wie bekannt, die Texte im allgemeinen auch dann laut lasen, wenn sie allein waren.

Diese Erklärung nimmt auch Karl Hackl an, nämlich in der von ihm betreuten 2. Aufl. des Kaserschen Handbuchs des römischen Zivilprozessrechts.⁷ Giovanni Nicosia meint gerade, dass das Wort *lex* ursprünglich schlechthin *lex privata* bedeutete (*legem dicere*), und sich die Bedeutung *lex publica* erst später herausbildete.⁸

Es ist zu bemerken, dass diese Ansichten knüpfen die Etymologie des Wortes *lex* an den griechischen Verb *lego*, *legein*, während bei der anderen Erklärung ein Zusammenhang etwa mit dem deutschen Wort (*fest*)*legen* anzunehmen ist.

Auch Max Kaser stellte in seinem *Altrömischen Ius* aufgrund der *legein*-Etymologie fest, dass die *lex* „seine Bedeutung vom Hersagen des Textes, der Gesetz werden soll, erlangt“ hat. „Ein solcher Vorgang paßt zur *lex publica*, die der Magistrat

³ Feliciano SERRAO: *Il modello di costituzione, forme giuridiche, caratteri politici, aspetti economico-sociali*. In: Aldo SCHIAVONE (cur.): *Storia di Roma. II/2*. Torino, Ghiappicelli, 1991. 8.

⁴ Johannes M. RAINER: *Römisches Staatsrecht*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006. 122., Fn. 486.

⁵ Michiel DE VAAN (ed.): *Etymological Dictionary of Latin and the Other Italic Languages*. Leiden–Boston, 2008. s. v. *lex*. Für diese Auskunft bedanke ich mich bei Frau Szilvia Nemes.

⁶ Arnaldo BISCARDI: *Lezioni sul processo romano antico e classico*. Torino, 1968. 76. Siehe auch Arnaldo BISCARDI: *Sul concetto romano di 'lex'*. Bd. I. [Estudios J. Iglesias] Madrid, 1988. 157. ff.

⁷ Max KASER – Karl HACKL: *Römisches Zivilprozessrecht*. München, C.H. Beck, ²1996. 35. Fn. 9., mit weiterer Literatur.

⁸ Giovanni NICOSIA: *Il processo civile romano. I*. Catania, 1980. 65. ff.

dem *populus Romanus* zur Annahme vorträgt, ebenso wie zur rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, der *lex privata*.⁹

Zu dieser Zeit (1949) kritisierte Kaser die historische Erklärung von Gaius (4, 11) bezüglich des Namens der *legis actiones* noch nicht, *nota bene*, Gaius führte hierbei den Ursprung dieses Ausdrucks auf die *leges publicae*, also auf die Gesetze zurück. Kaser riskierte am spätesten seit der 12. Aufl. seines Kurzlehrbuches¹⁰ die Hypothese, dass die *leges* ursprünglich, und so speziell auch im Kontext des *lege agere* vielleicht „alte Spruchformeln“ bedeuteten. Rolf Knütel hat in diesem Satz seit der von ihm betreuten 17. Aufl. des Kurzlehrbuches anstelle des Wortes „vielleicht“ das Wort „vermutlich“ hineingeschoben.¹¹

Kaser selber blieb aber vorsichtig. In einem 1984 erschienenen Aufsatz erwähnte er die Auslegung der *lex* als „Spruchformel“ bloß als eine Ansicht von Santoro¹² und Schmidlin,¹³ und auf alle Fälle bemerkte, dass diese Ansicht von Carlo Gioffredi¹⁴ kritisiert worden war.¹⁵ Ebenda hält aber Kaser letzten Endes für wesentlich nur, wie ansonsten auch etwa Mario Talamanca,¹⁶ dass im Laufe der Bedeutungsgeschichte des Wortes *lex* nach einiger Zeit die Bedeutung „Gesetz“ durchbrach.

In der etwas jüngeren Literatur meint Gottfried Schiemann, dass die *lex* eine „Festsetzung“ bedeutet, die eine Privatperson, ein Magistrat oder ein Gremium gemacht hat.¹⁷ Dabei gilt die Annahme einer rituellen Form nach Schiemanns Ansicht völlig spekulativ. Der Ursprung der privatrechtlichen *leges* (etwa die *lex dicta* bei der *mancipatio*) ist nach Schiemann wohl im Sakralrecht zu suchen, oder noch mehr in den Geschäften, die sich mit der Übertragung der Staatsgüter verbunden sind. Auch die Akte des *pater familias* (z. B. *meum esse aio*) kommen hierbei in Betracht. Schiemann will nicht entscheiden, ob die *lex privata* oder die *lex publica* einen älteren Begriff darstelle, er hebt aber bezüglich der Wurzeln der *lex* die Bedeutung der öffentlichrechtlichen Geschäfte hervor.¹⁸

⁹ Max KASER: *Das altrömische Ius*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949. 64.

¹⁰ Max KASER: *Römisches Privatrecht*. München, C.H. Beck, ¹²1981. 312.

¹¹ Max KASER – Rolf KNÜTEL: *Römisches Privatrecht*. München, C.H. Beck, ¹⁷2003. 458. So auch in der 21., von Sebastian Lohsse betreuten Aufl. (2017) 443.

¹² Raimondo SANTORO: *Potere ed azione nell'antico diritto romano*. [Annali del Sem. Giuridico di Palermo]. Palermo, Michele Montaina, 1967. 287. ff.

¹³ Bruno SCHMIDLIN: Zur Bedeutung der „*legis actio*“: Gesetzesklage oder Spruchklage? *TR*, 38 (1970) 373.

¹⁴ Carlo GIOFFREDI: *Nuovi studi di diritto greco e romano*. Roma, Lateran University Press, 1980. 176. ff.

¹⁵ Max KASER: „*Ius honorarium*“ und „*ius civile*“. *SZ Rom. Abt.*, 101 (1984) 16. Fn. 59.

¹⁶ Mario TALAMANCA: *Processo civile (diritto romano)*. In: *Enciclopedia del diritto*. Bd. XXXVI. Milano, Giuffrè, 1987. 8.

¹⁷ Gottfried SCHIEMANN: *Lex*. In: *Der Neue Pauly*. Bd. VII. Stuttgart, J.B. Metzler, 1999. 113.

¹⁸ Hier lässt es sich bemerken, dass der Artikel *Lex* im alten *Pauly-Wissowa* von Egon Weiss geschrieben wurde. Weiss fasste die *lex* als Willenserklärung auf, während den Ursprung der *lex privata* hypothetisch im *ius publicum* suchte. Siehe Egon WEISS: *Lex, Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Bd. XII. Stuttgart, 1925. 2315. ff.

Diese Fragen können wohl nicht definitiv beantwortet werden. Für mich scheint plausibel der Zusammenhang des Wortes *lex* mit dem griechischen Wort *lego*, *legein*, weil dadurch alle Bedeutungen des Wortes *lex* zufriedenstellend erklärt werden können, insbesondere das *lege agere* bei der *legis actio sacramento*, die sich sicher nicht aufgrund irgendwelchen Gesetzes, sondern aus den ältesten *mores maiorum* herausbildete.

Nicht weniger rätselhaft ist der Ursprung der klassischen Gegenüberstellung des *ius publicum* und des *ius privatum*. János Zlinszky beginnt sein *Ius publicum* mit der Untersuchung der berühmten ulpianischen Definition dieses Begriffspaares:¹⁹

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit [...]
(D. 1, 1, 1, 2).

Ulpian nennt den römischen Staat *res Romana*. Dieser Ausdruck galt in der spätrepublikanischen Zeit als ein Archaismus (es war besonders vom römischen Dichter Ennius um 200 v. Chr. bevorzugt), in der Kaiserzeit wurde aber wieder öfter benutzt.²⁰ Aldo Petrucci übersetzt den Ausdruck *res Romana* als „comunità romana“.²¹ Diese Übersetzung lässt sich adäquat nennen, weil der Staat von den Römern vorzugsweise als die Gemeinschaft der römischen Bürger aufgefasst, und dementsprechend offiziell *populus Romanus* genannt wurde.

Die Bedeutung des Ausdrucks *status rei Romanae* ist demgegenüber problematisch. Der namhafte italienische Romanist, Silvio Perozzi meinte, dass der *status rei publicae* „l'essere e l'attività dello Stato romano“ bedeutete.²²

Max Kaser legte fest, in einem 1986 erschienenen Aufsatz, dass unter *status* „primär einfach die Existenz, das 'Dasein und Sosein' des Staates in seiner gegebenen Beschaffenheit“ zu verstehen ist. In dem untersuchten Ulpianextext bedeutet der *status rei Romanae* nach Kaser „vor allem [...] [die] Organisation und die Fülle der Einrichtungen [des römischen Staates], die zur Verwirklichung seiner Funktionen dienen und in denen er sich verkörpert.“²³

Gabrio Lombardi legt eine andere „sfumatura“ dar, laut der der *status rei Romanae* „il particolare modo di essere della organizzazione giuridica della società romana“ bedeutete.²⁴

¹⁹ ZLINSZKY aaO. 17. Wie allgemein bekannt ist, ist dieser Text vorzugsweise in den Digesten überliefert, leicht paraphrasiert und verkürzt ist aber auch in den Institutionen von Justinian (1, 1, 4) befindlich.

²⁰ Siehe diesbezüglich Werner SUERBAUM: *Vom antiken zum frühmittelalterlichen Staatsbegriff*. Münster, LIT, 1977. 165.

²¹ Aldo PETRUCCI: *Corso di diritto pubblico romano*. Torino, Giappicelli, 2012. [rist. emendata 2017] 47.

²² Silvio PEROZZI: *Istituzioni di diritto romano*. I. Firenze, 1928. 86.

²³ Max KASER: „Ius publicum“ und „ius privatum“. *SZ Rom. Abt.*, 103 (1986) 8f.

²⁴ Gabrio LOMBARDI: *Diritto pubblico romano*. In: *Novissimo digesto italiano*. Bd. V. Torino, 1968. 1021.

Valerio Marotta gibt zu diesen Auslegungen ein weiteres Element zu. Mit Hinweis auf einige Cicero-Stellen (*rep.* 1, 2, 3; *leg.* 2, 19 ff., 3, 6ff., *de orat.* 1, 46, 201) meint der italienische Romanist, dass zwischen dem *status rei Romanae* und der *utilitas publica* ein enger Zusammenhang bestehe, dementsprechend sollte der *status rei Romanae* „gli affari di interesse pubblico“ bedeuten.²⁵

Meinerseits bevorzuge ich die komplexe Auslegung (vertreten in der jüngsten Literatur etwa von Aldo Petrucci), die sowohl die Staatsangelegenheiten als auch die Staatsorganisation umfasst.

Es fällt hierbei auch auf, dass die Systematisierung von Ulpian eine Abweichung von der Trichotomie *ius sacrum—publicum—privatum* aufzeigt, die bei Quintilian (*inst. orat.* 2, 4, 33) dargelegt ist, geschweige denn bei Gaius und früher schon bei Cicero wurden das *ius publicum* sowie das *ius privatum* unter dem Oberbegriff *ius humanum* subsumiert, dem das *ius divinum* gegenübergestellt wurde (siehe Cic. *partit. orat.* 130).

Ein wichtigeres Problem liegt darin, dass wir nicht genau wissen, warum Ulpian bei der Beschreibung des *ius publicum* ein so großes Gewicht auf das Sakralrecht legte. Auch János Zlinszky hielt es für interessant, dass unter den von Ulpian erwähnten drei Elementen des *ius publicum*, nämlich den *sacra*, *sacerdotes*, *magistratus* zwei mit der sakralen Sphäre verbunden sind.²⁶ Die Aufzählung scheint jedenfalls arbiträr zu sein, und höchstens ist als *pars pro toto* anzunehmen. Deswegen finde ich es ein bisschen erstaunend, dass Gabrio Lombardi hierbei über eine „specificazione formulata in termini tassativi“ spricht.²⁷ Immerhin findet neuerdings etwa Petrucci diese Aufzählung logisch, und zwar mit Hinweis auf *De legibus* von Cicero (2, 8, 19 ff.; 3, 3, 6 ff.).²⁸

In der Literatur ist es diesbezüglich umstritten, warum Ulpian das *ius sacrum* in das *ius publicum* einordnete. Ich antizipiere bereits jetzt die Hypothese, nach der die durchaus emphatische Eingliederung des Sakralrechts in das *ius publicum* für Ulpian deshalb so wichtig war, weil er dadurch das *ius publicum* ganz scharf vom *ius privatum* unterscheiden konnte. Um diese Hypothese plausibel machen zu können, müssen wir einen Blick auf die frühere Geschichte der Gegenüberstellung *ius publicum — ius privatum* werfen.

Es ist nicht genau zu bestimmen, zu welcher Zeit die Gegenüberstellung *ius publicum — ius privatum* zum ersten Mal erschien. Es ist jedenfalls anzunehmen, dass die beiden Begriffe nicht gleichzeitig ausgestaltet wurden. Zum ersten Mal kam wohl der Begriff des *ius publicum* zustande. Seine erste bekannte Erwähnung befindet sich in einer Komödie von Terenz (*Phormio*, uraufgeführt 161 v. Chr.), wo darunter „zwingendes Recht“ zu verstehen war.²⁹

²⁵ Valerio Marotta: *Ulpiano e impero*. Napoli, Loffredo, 2000. 159. f.

²⁶ ZLINSZKY aaO. 17.

²⁷ LOMBARDI aaO.1021.

²⁸ PETRUCCI aaO.48.

²⁹ Vgl. KASER (1986) aaO. 56.

Es ist nicht klar, ob diese Bedeutung als die älteste gilt. Es ist jedenfalls anzunehmen, dass die Auslegung des Kategoriepaars *ius publicum* — *ius privatum* im Sinne „zwingendes Recht — nachgiebiges Recht“ in allen späteren Epochen der römischen Rechtsgeschichte bekannt war. Dementsprechend ist es m. E. kaum zu beweisen, dass die für die modernen Juristen einigermaßen überraschende Bedeutung „zwingendes Recht — nachgiebiges Recht“ einer hochklassischen,³⁰ oder sogar einer spätklassischen³¹ Umdeutung zuzuschreiben wäre.

Eine ebenfalls alte Bedeutung unseren Begriffspaars äußert sich in der Gewohnheit, dass die Römer manchmal solche Akte als *ius publicum* beschrieben, die öffentlich, sozusagen vor dem Volk vollgezogen wurden, wie etwa die *mancipatio* oder die *testamenti factio*.³²

Aufgrund einer in der römischrechtlichen Literatur oft zitierten Cicero-Stelle (*partit. orat.* 130) kann man ferner ahnen, dass in den älteren Zeiten die *leges publicae* als *ius publicum*, während die privatrechtlichen Rechtsgeschäfte als *ius privatum* angesehen wurden.

Alle diesen Bedeutungen sind m. E. älter, als diejenige, vielleicht von Cicero selber ausgestaltete und später von Ulpian klassisch formulierte Bedeutung, die für die modernen Juristen so gut wie ausschließlich bekannt ist. Ob in dieser Entwicklung der Einfluss der griechischen Philosophie eine Rolle spielte, wie einige Romanisten annehmen,³³ ist es m. E. nicht zu beweisen. Jedenfalls war für die Römer die scharfe Unterscheidung der öffentlichen und der privaten Sphäre seit alters mehr als natürlich. Diese scharfe Unterscheidung spiegelt sich in der von Aulus Gellius (2, 13 [2]) erzählte komische Straßenszene anschaulich wider, die sich zwischen einem *consul* und seinem lustigen *pater familias* abspielte.³⁴

Eine anschauliche und zugleich überzeugende Rekonstruktion der geschichtlichen Entwicklung dieser beiden Begriffe wird von Gabrio Lombardi geboten. Nach Lombardi wurde das *ius publicum* ursprünglich durch die *leges publicae* ausgemacht, während die sonstigen Normen des *ius* wurden lange Zeit nicht als *ius privatum*, sondern einfach als *ius civile* genannt. Bei den *leges publicae* betrachtete man, so Lombardi, als eine Spezialität den zwingenden Charakter der einschlägigen Normen. Diese Auffassung trug zur Entwicklung bei, dass die Bedeutung „zwingendes Recht“ bei dem *ius publicum* in den Vordergrund trat. Seit der Zeit von Cicero wurde aber das *ius publicum* immer mehr als „öffentliches Recht“ aufgefasst, und dem *ius civile* oder

³⁰ Ibid. 100.

³¹ So Elemér PÓLAY: *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*. Budapest, Akadémiai, 1964. 320., mit Hinweis auf Pap. D. 2, 14, 38; Pap. D. 28, 1, 3.

³² Siehe ausführlicher mit Quellenbelegen KASER (1986) aaO. 59., sowie Peter STEIN: *Ulpian and the distinction between 'ius publicum' and 'ius privatum'*. [Études Hans Ankum]. Amsterdam, Gieben, 1995. 501.

³³ So z. B. KASER–KNÜTEL–LOHSSE aaO. 35. Vgl. Mario LAURIA: *Ius. Visioni romane e moderne*. Napoli, 1967., zit. von MAROTTA aaO. 156.

³⁴ Auf diesen merkwürdigen Topos hat mich einmal (noch in der Mitte der 80er Jahre in Miskolc) János Zlinszky aufmerksam gemacht.

aber der neu gestalteten Kategorie des *ius privatum* gegenübergestellt. Ungefähr so ist die Entwicklung in der republikanischen Zeit bei Lombardi zusammengefasst.³⁵

Was die temporale Priorität der Ausgestaltung des Begriffs *ius publicum* dem *ius privatum* gegenüber angeht, können wir uns als Analogie etwa auf die ungleichzeitige Ausgestaltung der Begriffe der *actiones bonae fidei* und der *actiones stricti iuris* hinweisen. Auch in diesem Fall war es nötig, zuerst dem neuen Phänomen einen Namen zu geben (*actiones bonae fidei*), während die alten Sachen lange Zeit ohne spezielle Namen bleiben konnten. Im römischen Denken tauchte der Anspruch für eine terminologische Symmetrie der entsprechenden Paarbegriffe mit einer gewissen Verspätung auf.

In den Werken von Cicero begegnen die Kategorien *ius publicum* und *ius privatum* hie und da in der modernen Bedeutung. Da in der Zeit von Cicero der Ausdruck *ius privatum* noch als ein Neologismus galt, fügte Cicero manchmal das Adjektiv *civile* hinzu: „non publicum ius, non privatum et civile cognoverat“ (*Brut.* 214). In diesem Fall handelt es sich um ein Hendiadyoin. Es ist zu bemerken, dass Cicero den Ausdruck *ius civile* oft in der Bedeutung „Privatrecht“ benutzte, und diese Gewohnheit wurde später, wie es wohl bekannt ist, im Sprachgebrauch der römischen Juristen Gang und Gäbe.

Am Anfang der Kaiserzeit benutzte Titus Livius unser Begriffspaar bereits auf natürliche Art und Weise, wenn er sagte (3, 34, 6), dass das Zwölftafelgesetz als „fons omnis publici privatique iuris“ galt. Merkwürdigerweise lässt der namhafte britische Romanist Peter Stein diese gut bekannte Livius-Stelle außer Acht,³⁶ und vielleicht deshalb, weil die frühklassischen Juristen dieses Begriffspaar nur selten oder gar nicht benützten.

Die bei Cicero bereits erscheinende, und für die modernen Juristen als ausschließlich geltende Auslegung unseren Begriffspaares brach jedenfalls nur langsam durch. Nicht einmal die Definition von Ulpian ist als ein völlig sicherer Beleg zu betrachten, weil dieser Text mit Interpolation verdächtigt worden ist.³⁷ Hierbei ist es zu bemerken, dass auch Ulpian selber nicht radikal gegen die frühere Auslegung unseren Begriffspaares auftreten wollte, deshalb benutzte er den Ausdruck *ius publicum* auch noch in der älteren Bedeutung „zwingendes Recht“.³⁸

Die ulpianische Dichotomie tauchte später in einem Werk von Hermogenian um 300 (D. 36, 1, 14) und auch in einer Verordnung von Kaiser Konstantin (C. 9, 51, 13, 2c [a. 321]),³⁹ also man kann über eine langsame Verbreitung dieser Lehre sprechen, bis das berühmte Zitat sowohl am Anfang der Institutionen von Justinian, als auch am Anfang der Digesten erschien.

³⁵ LOMBARDI aaO. 1021.

³⁶ STEIN (1995) aaO. 501.

³⁷ Siehe (überwiegend gegen die Interpolationsverdächtigungen) PÓLAY aaO. 317. f.; KASER (1986) aaO. 6. ff.; Giovanni PUGLIESE – Francesco SITZIA – LETIZIA VACCA: *Istituzioni di diritto romano*. Torino, Giappicelli, ³1991. 214.; MAROTTA aaO. 154., Fn. 174.

³⁸ Siehe z. B. D. 50, 17, 45, 1, vgl. STEIN (1995) aaO. 502.

³⁹ *Ibid.* 504.

Mit Lombardi kann man feststellen, dass das Kategoriepaar *ius publicum* — *ius privatum* auch noch im justinianischen Recht mindestens zwei Bedeutungen hatte, neben der sog. klassischen Bedeutung lebte nämlich auch die ältere Bedeutung „zwingendes Recht — nachgiebiges Recht“ fort. Im *Corpus iuris civilis* findet man merkwürdigerweise keine Bestrebung für die Harmonisierung der verschiedenen Bedeutungen.⁴⁰

Jetzt können wir zur Frage zurückkehren, warum Ulpian für wichtig hielt, die Begriffe des *ius publicum* und des *ius privatum* auf eine neuere Art und Weise auszulegen, und dabei das *ius sacrum* hervorzuheben.

Peter Stein geht davon aus, dass das Lehrbuch von Ulpian kurz nach Erlass der *constitutio Antoniniana* publiziert wurde.

„Vermutlich wollte Ulpian das herkömmliche Privatrecht vor Eingriffen des Kaisers bewahren und die neuen Bürger, auf die es jetzt anwendbar war, durch den Hinweis beruhigen, dass das Privatrecht etwas vom öffentlichen Recht sehr Verschiedenes sei“.⁴¹

In einem einschlägigen Aufsatz bemerkt noch Peter Stein unter anderem: „Ulpian would be concerned to spread the idea that the emperor was primarily concerned with public matters, especially state religion and state officialdom.“⁴²

Valerio Marotta meint demgegenüber, dass Ulpian die traditionelle Gesellschaftsordnung des römischen Reichs schützen wollte, und zwar insbesondere die römische Staatsreligion der christlichen Lehren gegenüber, die zu dieser Zeit etwa von Tertullian propagiert wurden.

Diese Ansichten überschätzen aber, mindestens m. E., die Ambitionen von Ulpian. Obwohl Ulpian eine wichtige Rolle in der kaiserlichen Kanzlei hatte, hätte er mit seinem Lehrbuch das Privatrecht von den kaiserlichen Eingriffen kaum schützen können, und ebenfalls wäre sein angeblicher Kampf gegen die christlichen Ideen mittels seines Lehrbuches erfolglos gewesen. Es ist auch zweifelhaft, ob ein Lehrbuch ein geeignetes Mittel für die Beruhigung der Neubürger hätte darstellen können.

Ich meine deshalb vielmehr, dass Ulpian, dessen wissenschaftliche Originalität in der Fachliteratur manchmal bestritten wird, der aber zweifelsohne ein hervorragendes Talent für die Systematisierung hatte, die Konfusion der verschiedenen Bedeutungen unseren Begriffspaars klar erkannte, und als Lösung eine jüngere, aber doch bis Cicero zurückgreifende Auslegung der beiden Begriffe zutreffend formulierte und anbot, um dadurch die römische Rechtswissenschaft zu bereichern.

Nach alledem meine ich, dass die Bewertung von Max Kaser, nach der die ulpianische Unterscheidung des *ius publicum* und des *ius privatum* nicht als eine *partitio*, sondern nur als eine *divisio* galt, wobei nur verschiedene Aspekte derselben Erscheinung reflektiert werden, allzu vorsichtig sei. Kaser betont, dass die Benützung

⁴⁰ Vgl. LOMBARDI aaO.1021.

⁴¹ Peter STEIN: *Römisches Recht und Europa*. Frankfurt am Main, Fischer, 1996. 42. (Übersetzung von Prof. Klaus LUIG).

⁴² STEIN (1995) aaO. 503.

des Verbs *spectat* eben dem Zweck diene, dass Ulpian eine scharfe Teilung der beiden Sphären vermeide. In dieser Hinsicht bevorzuge ich aber vielmehr die Theorie von Peter Stein und auch von Marotta, obwohl es auf der Hand liegt, dass Ulpian die vorliegende Dichotomie gar nicht absolutisieren wollte.

In mehreren Studien hebt Gábor Hamza hervor, dass Ulpian in diesem Text nicht über die *positiones* des *ius*, sondern des *studium* sprach, und nimmt dementsprechend an, dass Ulpian nicht an eine Teilung des Rechts selbst, sondern nur an die der Rechtswissenschaft dachte.⁴³ Immerhin ist es dabei zu bedenken, dass Ulpian jedoch das *ius publicum* und das *ius privatum* einander gegenüberstellte. Darüber hinaus wurden seine Beispiele für das *ius publicum* (*sacra, sacerdotes, magistratus*) in der römischen Rechtswissenschaft wenig thematisiert.

Im Rahmen dieses kurzen Aufsatzes ist es leider nicht möglich, auf die ganz interessante Geschichte weiterer wichtiger Begriffe des *ius publicum* wie die des *status*, der *res publica*, der sog. *libera res publica* und der *constitutio* einzugehen.⁴⁴

Am Ende möchte ich mich zum Titel unserer Tagung anschließen: *Werte sichern, ermöglichen, beschützen: Recht — Staat — Geschichte*. Die Geschichte der Grundbegriffe des *ius publicum* stellt nämlich nicht nur bloße antiquarische Probleme dar. Ich möchte nur darauf hinweisen, dass unsere moderne Zivilisation einen schweren kulturellen Verlust dadurch erleidet, dass der ursprüngliche Inhalt des römischen Begriffs *res publica* dem heutigen europäischen Denken weitgehend vergessen ist. Diejenigen modernen Worte, die heute in den verschiedenen europäischen Sprachen für den Staat bzw. für die Republik benützt werden, spiegeln so gut wie keine höheren Werte wider, sie gelten vielmehr als kühle bürokratische Begriffe. Der Begriff der Republik, wie etwa der deutsche Rechtshistoriker Hans-Jürgen Toews feststellt,⁴⁵ verlor völlig seinen Glanz und Pathos, obwohl das deutsche Äquivalent *Freistaat* bzw. das polnische Äquivalent *rzeczpospolita* auch heute noch höhere Werte widerspiegeln.⁴⁶ Im Grunde genommen ist es problematisch, dass sowohl der moderne Begriff des Staates, als auch die Republik wenig geeignet sind, beliebt zu sein. Die römischen Bürger konnten ihre *res publica* als ihre eigene

⁴³ Gábor HAMZA: Reflections on the classification (divisio) into 'branches' of modern legal systems and Roman law traditions. In: Cosimo Cascione – CARLA Masi Doria: *Fides humanitas ius*. Bd. IV. [Studii in onore di Luigi Labruna] Napoli, 2007. 2449. ff. Siehe ähnlich Heinrich HONSELL – Theo MAYER-MALY – Walter SELB: *Römisches Recht*. Berlin, Springer, 1987. 51. (*nota bene*, in den Voraufgaben gab es noch keinen solchen Hinweis); Róbert BRÓSZ – Elemér PÓLAY: *Római jog*. (Römisches Recht). Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó, ³1984. 54., Fn. 7.

⁴⁴ Siehe diesbezüglich meinen ungarischsprachigen Aufsatz. FÖLDI András: Status, res publica, ius publicum. *Acta Fac. Pol.-iur. Univ. Sc. Budapest*, 48 (2011) 107–133.; die Begriffsgeschichte der *constitutio* habe ich zusammengefasst in FÖLDI András (szerk.) *Összehasonlító jogtörténet*. (Vergleichende Rechtsgeschichte). Budapest, ELTE Eötvös, ⁴2018. 155–160.

⁴⁵ Hans-Jürgen TOEWS: Republik. In: *Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*. Bd. IV. Berlin, 1987. 919.

⁴⁶ In der meinem Vortrag folgenden Diskussion hat Herr Prof. Wilhelm Brauner mich darauf aufmerksam gemacht, dass der französische Begriff der *république* auch heute noch einen gewissen Glanz und Pathos hat. Für diese wichtige Bemerkung sei Herrn Prof. Brauner auch hier herzlich gedankt.

Gemeinschaft aufrichtig lieben, mindestens haben wir diesen Eindruck, wenn wir etwa Ciceros Werk *De re publica* lesen. Der lateinische Ausdruck *res publica* ist an und für sich nicht besonders pathetisch, aber sie stand nicht allein, sondern stellte vielmehr das Zentrum einer wunderbaren Konstellation dar, umgeben von solchen liebenswürdigen Begriffen wie *populus*, *Quirites*, *civitas*, *urbs*, *patria*, *libertas*, *res populi*, *concordia ordinum*, *consensus omnium bonorum* usw. In dieser Konstellation ragte die *res publica* als ein erhabener Oberbegriff hervor. Natürlich sind nicht unsere kühle und bürokratisch klingende Begriffe, sondern die allgemeine Mentalität der heutigen Gesellschaft ursächlich, wenn uns heutzutage das öffentliche Leben wenige Freude gibt. Zur Verbesserung der Mentalität könnte das Lesen der antiken römischen Quellen nützlich beitragen. Dabei ist vorzugsweise das Werk *De re publica* von Cicero hervorzuheben, das uns auch heute helfen kann, um das wahre Wesen des Staates und der Republik besser verstehen zu können. Dabei ist besonders die Solidarität, die Brüderschaft hervorzuheben, letzten Endes die Erkennung jener Wahrheit, dass für den glücklichen Lebenslauf des Individuums seine Aktivität für die Gemeinschaft unerlässlich ist – wie es uns noch nicht so lange her unser hochverehrter Meister, Herr Professor János Zlinszky höchstpersönlich lehrte (und nicht nur lehrte...).

DAS WEITERLEBEN DER REGELN DER ANTIKEN RÖMISCHEN BERGWERKSSTRAFE IM NEUZEITLICHEN UNGARN

Magdolna GEDEON
Univ. Doz., Universität Miskolc

Einleitung

Die Forschung des Weiterlebens des römischen Rechts kann an mehreren Rechtsgebieten in Ungarn immer noch zu neuen Ergebnissen führen. Die Untersuchung des neuzeitlichen Bergrechts wird von den ungarischen Rechtshistorikern durchweg vermieden, obwohl die Einnahmen aus der Bergbautätigkeit im Haushalt der ungarischen Könige einen erheblichen Betrag bedeuteten. Wenn die Entwicklung der bergrechtlichen Institute vom Aspekt des römischen Rechts untersucht wird, kann man mehrere interessante Bemerkungen festsetzen.

Die römischrechtlichen Regeln erscheinen auch in den Bergrechtsinstituten, die die bedeutendste Rolle im Bergwesen spielten. An dieser Stelle sei auch das Bergregal erwähnt. In der Fachliteratur herrscht die einheitliche Meinung, dass das Rechtsinstitut des Bergregals in Ungarn im 13. Jahrhundert nach dem Beispiel der deutschen Regeln eingeführt wurde. Heiner Lück schreibt über die Entstehung des Bergregals: „Die schriftlich überlieferte Geschichte des Bergrechts im Sacrum Romanum Imperium beginnt mit Nachrichten über das Bergregal.“ Das Bergregal finden wir zuerst auf dem Reichstag in Roncaglia 1158, auf dem der Kaiser Friedrich I. Barbarossa gerade mit Hilfe römisch-rechtlich gebildeter Juristen aufzeichnen ließ: „Regalia sunt haec: [...] argentariae [...] et salinarum redditus [...]“¹

Aus dem Bergregal stammen die Rechte, die dem König vorbehalten waren. Diese Rechte wurzelten im Interesse und in den eigenartigen Bedürfnissen des Bergbaus.

¹ Heiner LÜCK: Die Entwicklung des deutschen Bergrechts und der Bergbaudirektion bis zum Allgemeinen (preußischen) Berggesetz 1865. In: Wolfhard WEBER (Hrsg.): *Geschichte des deutschen Bergbaus*. Bd. 2. *Salze, Erden und Kohlen. Der Aufbruch in die Moderne im 18. und frühen 19. Jahrhundert*. Münster, Aschendorff, 2015. 111.

Der König wurde auf diesem Gebiet als „oberster Bergherr“ bezeichnet.² Als oberster Bergherr konnte der König über das Bergwesen regieren. Die vorbehaltenen Bergprodukte gehörten dem König. Dieser hatte also das Recht, diese Schätze auch auf fremden Grundstücken abzubauen. Wenn er die Bergbautätigkeit nicht selbst ausüben wollte, konnte er dieses Recht anderen überlassen und er erhielt dafür einen Teil des Ertrages, meistens einen Zehntel. Das war die urbura oder die Frohn. Deshalb wurde in der Fachliteratur des 19. Jahrhunderts darüber gestritten, ob das Bergregal aus dem römischen Recht abgeleitet werden kann. Die Befürworter beziehen sich auf die Digestenstelle von Ulpian D. 50,16,17,1: *Publica vectigalia intellegere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit: quale est vectigal portus vel venalium rerum, item salinarum, et metallorum et picariarum.*

Heiner Lück schreibt über das Bergregalrecht in Deutschland, dass die Bergunternehmer, da ihre Tätigkeit spezielle Kenntnisse erforderten, viele Privilegien erhielten. Die Herrscher erteilten die Privilegien den Unternehmern, damit die Bergleute ihren Wohnsitz verlassen und unter dem Schutz des Herrschers die Bergwerke betreiben. Die wichtigsten Punkte der Privilegien waren, dass die hospes ihre eigenen, hauptsächlich aus Deutschland mitgebrachten Rechte anwenden dürfen.³ Auf diese Weise wurde z. B. auch die Bergstadt Schemnitz gegründet.⁴

Im Zusammenhang mit den Privilegien der Bergstädte kann eine interessante Parallele zur Entstehung Roms erwähnt werden. János Zlinszky hatte nämlich über den Ursprung der Plebejer im antiken Rom geäußert, dass die etruskischen Könige zu den römischen Bautätigkeiten verschiedene Fachleute in die Stadt riefen. Der Professor meinte, dass diese Fachleute als Vorläufer der Klienten betrachtet werden können, die ihre Tätigkeiten unter dem Schutz der römischen Könige ausübten.⁵

Die ungarischen Könige hatten anhand des Regalrechts auch die Befugnis erhalten, die Bergbautätigkeit zu verwalten. Wegen der Erhöhung der Einnahmen des Staatshaushalts erschienen die Zentralisationsbestrebungen auf dem Gebiet des Bergwesens schon im 16. Jahrhundert. In Westeuropa funktionierte das Regalrecht nach den Prinzipien des Lehnwesens: Der Herrscher regierte das Bergwesen als sein Eigentum, er konnte über die Einnahmen aus der Montanindustrie selbst verfügen. Die Herrscher des Hauses Habsburg, die auch ungarische Könige, sowie gleichzeitig oberste Bergherren waren, wollten diese Auffassung auch in Ungarn einführen. Deswegen wollten die Herrscher das Bergwesen ohne Stände und mit Verordnungen verwalten. Wenn wir die Regeln hinsichtlich der Bergwerksstrafe im 18. Jahrhundert

² WENZEL, Gusztáv: *A magyar bányajog rendszere.* (Das System des ungarischen Bergrechts). Pest, 1872. 74.

³ Heiner LÜCK: Bergrecht, Bergregal. In: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte.* Band I. Aachen, 2008. 529.

⁴ Vgl. Magdolna GEDEON: Das Rechtsbuch von Schemnitz und die Maximilianische Bergordnung. In: Wieland CARLS (Hrsg.): *Schwabenspiegel-Forschung im Donaugebiet.* Berlin–Boston, 2015. 159–168.

⁵ János ZLINSZKY: Arbeit im archaischen Rom. In: Nadja EL BEHEIRI (Hrsg.): *János Zlinszky: Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus.* Budapest, 2008. 210.

untersuchen, können wir die römischrechtlichen Spuren in diesen Verordnungen entdecken.

Ein Patent von Karl III. setzt fest, dass die Bergwerksstrafe in Ungarn „nach dem Beispiel der altrömischen Gesetze“ eingeführt wurde. Die Ähnlichkeiten zwischen der römischen und der neuzeitlichen Bergwerksstrafe zeigen sich erstens in den Umständen der Einführung dieser Strafe, zweitens in der Vollstreckung der Arbeitsstrafe und drittens im Zweck der Strafe.

1. Die Umstände der Einführung der Bergwerksstrafe

Der Meinung von Ulf Täckholm zufolge steht die Einführung der Bergwerksstrafe in Rom am Anfang der Prinzipatzeit mit der Beendigung der großen Eroberungskriege in Zusammenhang. Als Folge sank die Zahl der Kriegsgefangenen, die in die Bergwerke geschickt werden konnten.⁶ Da der römische Staat die Bergbauprodukte jedoch brauchte, kam die Idee auf, als eine praktische Lösung die fehlende, kostenlose Arbeitskraft mit Verurteilten zu ersetzen. Die Einführung dieser Strafe diene in Rom also den wirtschaftlichen Interessen des Staates.

Wenn wir die ungarischen Umstände betrachten, können wir sehen, dass die Idee, die verurteilten Verbrecher in den Bergwerken zu beschäftigen, zwecks Ersetzens der fehlenden Arbeitskraft entstand. Diese Feststellung kann auch durch die Berichte von Antal Péch gestützt werden.⁷ Dieser schreibt in seinem Werk, dass der Gedanke, bei der Wasserhebung in den Bergwerken Gefangenen zu beschäftigen, schon im Jahre 1636 aufkam. Die Wasserhebung war nämlich die schlechteste Arbeit in den Bergwerken, wofür es sehr schwer war, die nötige Zahl an Arbeitern aufzubringen. Das Wasser konnte aus den Stollen mit Hand in Tonnen hinausgetragen werden oder die Entwässerung konnte mit Maschinen durchgeführt werden, wobei die Reibung der Kolben sehr großen Kraftaufwand forderte. Obwohl die Sicherung der nötigen Arbeitskraft durch die Hebung des Lohns der Arbeiter zu realisieren versucht wurde oder manchmal auch Soldaten und Lehnbauern beschäftigt wurden, erforderte die Wasserhebung ständig so viele Arbeitskräfte, dass dieses Problem nicht gelöst werden konnte.⁸

Die Beschwerden der Wasserhebung können anhand der Erklärungen der Lehnbauern gut illustriert werden. Diese behaupteten nämlich, dass sie lieber bereit waren für alle Zeiten Gefangene zu sein oder ihr Vermögen hinter sich zu

⁶ Ulf TÄCKHOLM: *Studien über den Bergbau der römischen Kaiserzeit*. Uppsala, 1937. 132.

⁷ Péch Antal (1822–1895), Bergoffizier, ab 1883 Abgeordneter der Bergstädte Schemnitz und Dülln. Er verordnete die archivarisches Quellen des Bergwesens in Niederrungarn, dank diesen kennen wir detailliert die Geschehnisse in den niederrungarischen Bergwerken. Péch veröffentlichte diese Quellen ohne Erklärung in seinem Werk: PÉCH, Antal: *Alsó-Magyarország bányamívelésének története I–III*. (Die Geschichte des niederrungarischen Bergwesens). Budapest, 1887–1967.

⁸ PÉCH aaO. II/1. 332–342. Die Methoden der Wasserhebung in dieser Zeit siehe: Christoph Traugott DELIUS (1728–1779): *Anleitung zu der Bergbaukunst nach ihrer Theorie und Ausübung nebst einer Abhandlung von den Grundsätzen der Berg-Kamerawissenschaft*. Bd. 2. 427. Budapest, 1972. I. 22. § 32.

lassen und in die weite Welt ziehen, als in den Schemnitzer Bergwerken Wasser zu heben. Im Jahre 1636 scheiterte die Beschäftigung der Sträflinge am Widerstand der Berghauptmänner, die meinten, dass die Verurteilten aus den Bergwerken leichter geflüchtet wären und die freien Arbeiter mit ihnen nicht gern gearbeitet hätten. Am Anfang des 18. Jahrhunderts stiegen jedoch die Kosten der Bergwerke, weshalb Joseph Freiherr von Sternbach, Oberstkammergraf,⁹ erneut die Beschäftigung von Gefangenen in den Bergwerken befahl.¹⁰ Der Oberstkammergraf stützte seine Meinung darauf, dass geeignete Arbeitskräfte für die Bergwerke überhaupt schwer zu bekommen waren, außerdem musste man für einen freien Arbeiter mindestens 6 Groschen Tageslohn zahlen, für einen Sträfling aber nur 2 Groschen.¹¹

Aufgrund der Entwicklungen in der Schiffertechnik wurde die Verurteilung zur Ruderbank überflüssig. Die Lösung dieses Problem wäre gewesen, die zur Ruderbank verurteilten Sträflinge in die Bergwerke zu schicken. Am 4. Juni 1727 schrieb die niederösterreichische Regierung vor, dass die über die Verbrecher verhängten Galeerenstrafen in eine Verurteilung zum Bergbau abzuwandeln sind. In dieser Verordnung können wir lesen, dass diese Strafe als Verurteilung „ad Metalla vel operas Metallica“ erwähnt ist.¹²

Die Umwandlung einer Strafe in eine andere finden wir im antiken Rom gerade im Zusammenhang mit der Bergwerksstrafe. Als die Gladiatorenspiele in Rom immer populärer wurden, wurden die für die Spiele fehlenden Gladiatoren aus dem Kreis der Verbrecher ersetzt.¹³ Als Constantin I. die Gladiatorenspiele aufheben wollte, verordnete er, dass die Verbrecher statt der Gladiatorenspiele zu Bergwerksarbeit verurteilt werden sollen.¹⁴

Die Umstände, die die Einführung der Bergwerksstrafe verursachten, waren sowohl im antiken Rom, als auch im neuzeitlichen Ungarn ähnlich, sie wurzelten in den Interessen des Staates. Wenn der Staat mehrere Arbeitskräfte an den Galeeren brauchte, wurden die Verbrecher mit Galeerenstrafe bedroht. Wenn der Staat viele Arbeitskräfte zur Wasserhebung benötigte, wurden die Gefangenen von den

⁹ Der Oberstkammergraf war ursprünglich ein Oberbeamter in den sieben niederungarischen Bergstädten, der die Interessen des Königs vertritt. Über den Oberstkammergraf siehe mehr: GEDEON Magdolna: A főkamagróf hivatala Mária Terézia korában. (Das Amt des Oberstkammergrafen in der Zeit von Maria Theresia). *Publicationes Universitatis Miskolcensis, Sectio Juridica et Politica*, 30 (2012) 53–65.

¹⁰ PÉCH aaO. II/1. 332–342.

¹¹ M. Friedrich von MAASBURG: *Die Galeerenstrafe in den deutschen und böhmischen Erbländern Österreichs*. Wien, 1885. 11.

¹² Franz Anton SCHMIDT (Bearb.): *Chronologisch-Systematische Sammlung der Berggesetze der Österreichischen Monarchie. (II. Abtheilung): Chronologisch-Systematische Sammlung der Berggesetze der Königreiche: Ungarn, Dalmatien, Slawonien und des Großfürstenthumes Siebenbürgen*. Wien, 1834–1838. Band 6. 294.

¹³ Coll. 11,7,4.

¹⁴ CTh. 15,12,1 (325). Vgl. GEDEON, Magdolna: A gladiátorviadalok büntetőjogi szabályai az antik Rómában. (Die strafrechtlichen Regeln der Gladiatorenspiele im antiken Rom). In: Tanulmányok dr. Molnár Imre egyetemi tanár 70. születésnapjára. *Acta Universitatis Szegediensis, Acta Juridica et Politica*, 65 (2004) 171–182.

Galeeren in die Bergwerke umgruppiert. Wenn die Römer für die Gladiatorenspiele mehr Kämpfer benötigten, wurden die Verbrecher ad ludi verurteilt, wenn sie dort überflüssig waren, wurden sie in die Bergwerke geschickt, wo auch ungelernete Arbeiter beschäftigt werden konnten. Also diente diese Arbeitsstrafe der Sicherung der Arbeitskraft im Interesse des Staates sowohl im antiken römischen Reich als auch in der neuzeitlichen Habsburger Monarchie.

2. Die Vollstreckung der Bergwerksstrafe

Die Bergwerksstrafe wurde sowohl in Rom¹⁵ als auch in Ungarn in drei Stufen vollgestreckt. In Rom a) damnatio in metallum, b) damnatio in opus metalli, c) damantio in ministerium metallicorum. In Ungarn bedeutete das: harte, mittlere und milde Stufe.

Ulpian schreibt, dass die Verurteilten bei der Stufe „damnatio in metallum“ eine schwerere Fessel hatten, als im Fall der Stufe „damantio in opus metalli“. Die „damantio in ministerium metallicorum“ wurde vor allem Frauen gegenüber verhängt.¹⁶ Imre Molnár meint, dass die Aufgabe der Frauen in den Bergwerken höchstwahrscheinlich die Verpflegung der Bergwerksarbeiter war, also sollten sie kochen und waschen. Wenn wir die Bedeutung des Ausdruckes von „in ministerium metallicorum“ betrachten, dann stützt das Wort „ministerium“ (Bedienung, Aushilfe) diese Auffassung. Aus einigen Berichten ergibt sich außerdem, dass diese Stufen der Strafe auch verschiedene Arbeitsarten in den Bergwerken bedeuteten.¹⁷

Das kaiserliche Patent von Karl III. erörterte, welche Verurteilten in welcher Stufe arbeiten mussten.¹⁸ Nach dem Patent traf die „harte“ Bergwerksarbeit die zur Ruderbank Verurteilten, die außerdem nicht aus dem Land verwiesen wurden. Wenn jemand neben der Galeerenstrafe auch mit Ausweisung bestraft wurde, sollte dieser wirklich an den Galeeren arbeiten, weshalb die Strafe in diesem Fall nicht umgewandelt wurde (P/1728.1). Nach einem kaiserlichen Reskript im 1727 erhalten diese Strafe diejenigen Verbrecher, die wegen criminis qualificati furti et rapinae und wegen ähnlichen schweren Verbrechen für schuldig erklärt wurden.¹⁹

Die „mittlere“ Stufe der Strafe wartete auf die Sträflinge, die vorher zu mindestens zu einem Jahr Arbeitsstrafe in den Stadtgruben oder Granitzhäusern²⁰ verurteilt

¹⁵ Über die Bergwerksstrafe im antiken Rom ausführlicher siehe: Pál SÁRY: The Rules of Condemnation to the Mines in Imperial Rome. *Journal on European History of Law*, 2015/2. 116–121.

¹⁶ Ulp. D. 48,19,8,6.

¹⁷ MOLNÁR Imre: A császárkori Róma büntetési rendszere. (Das Strafsystem in Rom in der Kaiserzeit). In: *Bérczi Imre Emlékkönyv*. [Acta Jur. et Pol. Szeged. Tomus LVIII.]. Szeged, 2000. 365–383., 372.

¹⁸ SCHMIDT aaO. Band 6. 381. (Im Weiteren P/1728.).

¹⁹ Den Text des Reskripts siehe MAASBURG aaO. 11.

²⁰ Mehrere Quellen erwähnen die Strafe, die in einem „ungarischen Granitzhaus“ vollgestreckt wurde. Unter *Granitzhäusern* sind die gegen die Türken an der ungarischen – kroatischen Militärgrenze gebauten Festungen zu verstehen. Die Verurteilten wurden für die Instandhaltung dieser Festungen angestellt. Vgl. Thomas WINKELBAUER: *Fürst und Fürstendiener: Gundakar von Lichtenstein (1580–1658)*. Wien, 1999. 235.

wurden, die sich jedoch durch diese Strafe nicht verbessert hatten, also rückfällig geworden waren (P/1728.2). Die „geringe“ Strafe traf die Vagabunden, Bettler, damit sie sich an die Arbeit und die ehrenvolle Lebensführung gewöhnen. Diese Sträflinge wurden vom Oberstkammergraf jährlich überprüft und er konnte diese Verurteilten auslassen, wenn sie dafür als geeignet angesehen wurden. Wenn jemand weiterhin in den Bergwerken arbeiten wollte, konnte er dort bleiben (P/1728.3).²¹

Sowohl im Römischen Reich, als auch in Ungarn musste die Aufgabe gelöst werden, die Sträflinge in die Bergwerke zu liefern. Ulpian schreibt darüber, dass die zu Bergwerksarbeit Verurteilten in die Provinz geschickt werden sollen, in der sich die Bergwerke befinden (eas provincias mittunt, quae metalla habent).²² Diese Provinz war in Ungarn die Bergstadt Schemnitz. Das kaiserliche Patent schrieb detailliert vor, wie diese Transport erfolgen sollte. Die ad metalla Verurteilten sollten zuerst nach Wien geliefert werden. Die Übergabe der Verurteilten erfolgte für einen Bergheilducken immer am ersten Tag jedes Vierteljahres, die Gefangenen sollten immer 2 Tage früher in Wien sein. Der Bergheilducken transportierte sie mit einem Schiff nach Preßburg, dann weiter mit Wagen in die Bergstädte (P/1728.4). Aus einem bergrichterlichen Kreisbrief ergibt sich, dass die Verurteilten aus den Komitaten, die in der Nähe der Bergstädte lagen, natürlich nicht erst nach Wien geliefert werden sollen.²³ Der Herrscher konnte erlauben, dass die Gefangenen aus Niederösterreich in die Tirolischen Bergwerke geliefert werden oder nach Bedarf zu anderen Arbeitsstätten.²⁴

Aus den römischen Quellen ergibt sich, dass die Gefangenen in den Bergwerken einer sehr grausamen Behandlung ausgesetzt gewesen waren: Sie erhielten den Status der Sklaven. Das Ziel war die größtmögliche Ausnutzung der Arbeitskraft zu möglichst geringen Kosten. Im 18. Jahrhundert wurde Arbeitskraft immer wertvoller, weswegen die ad metalla Verurteilten keine schlechtere Behandlung erleiden mussten.

Die Flucht aus den Bergwerken wurde in beiden Epochen mit der Verschärfung der Strafe bestraft. In Rom wurde den ad metalla Verurteilten für die Flucht mit Todesstrafe gedroht. Die römischen Gefangenen, die ihre Strafe in der Stufe der operis metalli damnati verbringen mussten, gerieten in die Kategorie des metalli damnati,

²¹ Ein Hofkammerdekret erklärte, wie die Verurteilten in diesen Stufen arbeiten sollten. Die zur Stufe der zu harter und mittlerer Arbeit Verurteilten sollten bei der Wasserhebung beschäftigt werden. Harte Arbeit bedeutete: Wenn 8 Verurteilte zur Verfügung standen, sollten diese 24 Stunden lang arbeiten, wobei sie 3 Stunden lang das Wasser ziehen sollten, danach konnten sie 2 Stunden lang ruhen. Wenn es auch freie Arbeiter gab, mussten sie 2 Stunden lang das Wasser ziehen, dann durften sie 2 Stunden ruhen. Sie bekamen 6 Groschen Tageslohn. Die mittlere Arbeit bedeutete: 2 Stunden Wasserhebung, 2 Stunden Ruhe. Die Arbeiter bekamen dafür 9 Groschen Tageslohn. Die geringe Arbeit hieß: In dieser Stufe mussten die Verurteilten so arbeiten, wie die Freien und bekamen 9 Groschen Arbeitslohn. Die Verordnung siehe SCHMIDT aaO. Band 6. 400., Hofkammerdekret, 10. August 1729.; PÉCH aaO. III/1. 144.

²² Ulp. D. 48,19,8,4.

²³ PÉCH aaO. III/1. 316.

²⁴ Siehe das Reskript aus dem Jahr 1727 in MAASBURG aaO. 11.

wenn sie eine Flucht versuchten. Wer aus den ungarischen Bergwerken flüchten wollte, musste das Doppelte des rückständigen Teils der Strafe in den Berggruben verbringen (P/1728.5). Da in den ungarischen Bergwerken hauptsächlich Freien arbeiteten und – wie wir das gesehen haben – die Beschäftigung der Verurteilten eine Zwangslösung für das Ersetzen der Arbeitskraft war, verursachten die Gefangenen große Sorgen in den Bergwerken. Der Bergrichter von Schemnitz empfahl im Jahre 1728 dem Oberstkammergraf gerade zu diesem Zweck ein Gefängnis zu errichten, in dem für diese Aufgabe auch Gefangenenwärter aufgenommen werden sollten.²⁵

Die Schwankungen des Bergbaues, die Vermeidung der Handpumpen und die Entwicklung der Technik bei der Wasserhebung machten die Beschäftigung der Verurteilten überflüssig. Deswegen wurde bereits am 2. November 1730 ein Kreisbrief an die benachbarten Komitate geschickt, mit dem Inhalt, dass die ad metalla Verurteilten nicht mehr nach Schemnitz transportiert werden sollen, da diese in großer Anzahl aus Wien schon ankamen. Nach einem bergrichterlichen Bericht wurden die Verurteilten beim Brechen der Pocherze beschäftigt. Nach einem Jahr arbeiteten in diesem Gebiet 60 Gefangene, aber ihre Verpflegung bereitete Schwierigkeiten.²⁶ Zwischen 1733 und 1740 fehlen bergrichterliche Protokolle, deshalb kann nur vermutet werden, dass die Beschäftigung der Verurteilten in Schemnitz durch eine dem Kreisbrief im Jahre 1730 ähnliche Verordnung aufgehoben wurde. Die letzten drei zu Schemnitzer Bergarbeit verurteilten Gefangenen wurden dem Militär übergeben, damit sie zum Bau der Burg in Buda gebracht werden.²⁷

3. Der Zweck der Bergwerksstrafe

Einige Forscher sind der Auffassung, dass die Arbeitsstrafe eigentlich eine auf längere Zeit ausgedehnte Todesstrafe war.²⁸ Diese Meinungen entsprechen weder den römischen noch den neuzeitlichen Regeln.

Die römischen Quellen sprechen ausdrücklich darüber, dass die Bergwerksstrafe nach der Todesstrafe die schwerste Strafe ist: *proxima morti poena metalli coercitio*.²⁹ Paulus sagt, dass die Bergwerksarbeit zu der Kategorie der *poenae mediocrium delictorum* gehört, also nicht zu den *summa supplicia*, wie die Todesstrafe.³⁰ Wenn wir die Liste der Verbrechen durchschauen, die mit der Bergwerksstrafe bedroht waren, können wir feststellen, dass sie wirklich *mediocres delicti* sind, also keine so schweren Straftaten, die mit der Todesstrafe geahndet werden müssen, wie z.B.

²⁵ PéCH aaO. III/1. 142., 143.

²⁶ Ibid. 316.

²⁷ Ibid. 182.

²⁸ Siehe z. B. BÓNIS, György: *Buda és Pest bányászati gyakorlata a török kiűzése után 1686–1708*. (Die Rechtsprechung in Buda und Pest nach der Vertreibung der Türken 1686–1708). Budapest, 1962. 180.

²⁹ Call. D. 48,19,28 pr.

³⁰ PS 5,17,2(3).

im Falle eines waffenlosen Straßenräubers,³¹ denn mit der Todesstrafe wurden nur bewaffnete Straßenräuber bestraft.

Der Zweck der Bergwerksstrafe war im antiken Rom die möglichst höchste Ausnutzung der kostenlosen Arbeitskraft. Das wird auch durch die Regel bewiesen, die vorschrieb, dass der Statthalter die ad metalla Verurteilten – die wegen Krankheit, Alter oder Kraftlosigkeit nicht mehr arbeiten konnten – begnadigen durfte.³² Die neuzeitlichen Regeln verordneten auch in Ungarn, dass die zur Bergwerksarbeit Verurteilten kräftige und gesunde Menschen sein müssen. Kraftlose Sträflinge wurden zurückgeschickt.³³

In der Neuzeit gehörte die Bergwerksstrafe zu den extraordinariae poenae. Die poena extraordinaria wurde in den Fällen verhängt, für die das Gesetz im Vorhinein keine Strafe vorschrieb.³⁴ In den Quellen finden wir keinen Bericht darüber, in welchen Fällen die Bergwerksarbeit verhängt werden sollte. In einer Verordnung des Oberstkammergrafs im Jahre 1726 können wir lesen, dass die Täter wegen mit dem Bergwesen zusammenhängenden Verbrechen³⁵ statt Geld- und Prügelstrafe zu Bergwerksarbeit und besonders zu Wasserhebung verurteilt werden sollten. Nach der Genehmigung des Urteils sollen sie gefesselt nach Schemnitz geschickt werden. An den zum Tode verurteilten Verbrechern muss die Todesstrafe auf der Stelle vollstreckt werden. Antal Péch schreibt darüber, dass ein ad metalla Verurteilter sich selbst wegen Brandstiftung anzeigte, damit er zum Tode verurteilt werde, woraufhin er zum Selbstmörder wurde. Aus dieser Geschichte können wir darauf schließen, dass dieser Gefangene nicht wegen eines mit Todesstrafe bestraften Verbrechens ins Bergwerk geschickt wurde.³⁶

Das Patent von Karl III. erklärt selbst, was der Zweck der Bergwerksstrafe hinsichtlich der Verurteilten war: Im Sinne des Patents lag der Zweck dieser Körperstrafe in der Genugtuung für die Gesellschaft, die Abschreckung und die Absicht den Verbrecher auf den rechten Weg zu führen (P/1728. Einführung). Dieser letzte Punkt war keine leere Floskel. Die Erwartung der Verbesserung der ad metalla Verurteilten war kein unrealistisches Wunschbild. In den Bergwerken verrichtete gefährliche Arbeit erforderte große Disziplin, deshalb wurde das Verhalten der Arbeiter auch außerhalb der Bergwerke geregelt. Die Maximilianische Bergordnung

³¹ Call. D. 48,19,28,10.

³² Mod. D. 48,19,22.

³³ Die Verordnung siehe SCHMIDT aaO. Band 6. 400., Hofkammerdekret, 10. August 1729.; PÉCH aaO. II/1. 144.

³⁴ MAASBURG aaO. 4.

³⁵ Diese waren hauptsächlich gegen die Einnahmen der Kammer oder durch Verletzung der bergrechtlichen Vorschriften durchgeführte Taten, wie z. B. wurden diejenigen, die heimlich und ohne Meldung ein Bergwerk öffnen wollten, wurden, mit körperlichen und mit Geldbußen bestraft (MBO II. 1). Siehe in: *Neue Berg-Ordnung des Königreichs Ungarn, und solcher Cron einverleibten Gold, Silber, Kupfer, und anderer Metall- Bergwerken, Sammt denen Erläuterungen zweyer Alien Berg-Ordnungen Der sieben königl. Freyen Berg-Städte 1. Chemnitz u. Königsberg 2. Schemnitz, Neusohl, Bugganz, Dülln und Libeten.* Wien, 1805. = MBO.

³⁶ PÉCH aaO. III/1. 138., 160.

schrieb zum Beispiel auch Arbeitszeiten vor. Wer nicht in der vorgeschriebenen Zeit zu arbeiten begann oder wer früher aufhörte, wurde mit einer Geldbuße bestraft. Die Inspektoren sollten auch darauf achten, dass die Arbeiter nach der Schicht nicht in die Kneipen gehen; wenn jemand trotzdem ertappt dabei wurde, wurde ihm gegenüber eine Geldbuße verhängt. Allgemein wurde eine fromme Lebensführung gefordert (MBO XV). Wie wir oben in den Regeln der Vollstreckung gesehen haben, wurden Vagabunden, Bettler und Rückfällige zu Bergwerksarbeit verurteilt, deren Lebensführung in den Bergwerken vom Oberstkammergraf überprüft wurde.

Zusammenfassend können wir feststellen, dass die Bergwerksstrafe sowohl im antiken Rom, als auch in Ungarn vor allem im Interesse des Staates eingeführt wurde und sie war keine Vollstreckungsart der Todesstrafe. Abweichend von der im antiken Rom herrschenden Auffassung war es das Ziel der Bergwerksstrafe in Ungarn, eine Verbesserung der Verurteilten zu erreichen.

ANMERKUNGEN ZU DEN SCHNITTSTELLEN ZWISCHEN RECHTSVERGLEICHUNG UND RECHTSGESCHICHTE

Viola HEUTGER
Priv. Doz., Universität Luzern

1. Einleitung

Am 8. März 2018 lud die Pazmany Peter Universität zu einer Tagung zum Thema »Werte sichern, ermöglichen, beschützen« ein. Anlass war der 90. Geburtstag von Professor János Zlinszky und die Aufnahme der Tätigkeit des Zlinszky Seminars.¹ Seit dem Jahr 1997 durfte ich zunächst als Mitarbeiterin am Lehrstuhl von János Zlinszky deutsche Rechtssprache unterrichten und in den folgenden zwanzig Jahren regelmässig als Gastdozentin an die Pazmany Universität zurückkommen. In diesem Beitrag möchte ich auf über zwanzig Jahre als Gastwissenschaftler an der Fakultät zurückschauen und meine persönlichen Eindrücke in diesem Beitrag teilen und reflektieren, wie Rechtsvergleichung mit Rechtsgeschichte im Sinne Zlinszkys zusammenwirken.

Der Begriff Rechtsgeschichte wird hier im Sinne der römischen Rechtstradition verwendet, die nicht nur das lokale Recht eines kleinen zentralitalienischen Gebietes der frühen Jahrhunderte bereits vor unserer Zeit ist, sondern auch die Hauptquelle der mittelalterlichen und späteren Rechtswissenschaft. Die Rechtsschulen vor allem in Beirut und später in Konstantinopel² waren bis zum 6. Jahrhundert und die juristische Fakultät in Bologna wurde ab dem 12. Jahrhundert zum Zentrum

¹ Ziel des Seminars ist die Förderung von Forschung und Lehre im Sinne des ersten Dekans der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät. Ein besonderer Schwerpunkt liegt dabei in der internationalen und interdisziplinären Zusammenarbeit.

² Siehe zur Einfluss von Konstantinopel auf die Ausbildung Viola Heutger, Bibliothek und Skriptorium in Konstantinopel. Viola HEUTGER: Bibliothek und Skriptorium in Konstantinopel. In: Fouzi RHERROUSSE (ed.): *Le livre jubilaire – Centenaire du Dahir formant Code des Obligations et Contrats*. Fez, Editions de l'Université d'Oujda, 2016. 196–210.; Viola HEUTGER: Lieferte die Bibliothek in Konstantinopel einen Beitrag zum Codex Theodosianus? In: Harry DONDORP – Martin SCHERMAIER – Boudewijn SIRKS (Hrsg.): *De rebus divinis et humanis: Essays in honour of Jan Hallebeek*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht Unipress, 2019. 179–192.

für das wissenschaftliche Studium der römischen Rechtstexte. Dort begann die Verbindung zwischen Recht und öffentlicher Verwaltung in der Lehre, die in der kontinentaleuropäischen Tradition stark blieb. Als Verfassungsrichter und Professor für römisches Recht wirkte Janos Zlinszky in dieser Tradition stehend fort.

2. Der Zugang zu den Quellen und das Erlernen von Fremdsprachen

Als ich 1997 zum ersten Mal die Pazmany Peter Universität betrat, da war ich überrascht, dass fast jeder Mitarbeiter mindestens eine Fremdsprache auf einem sehr hohen Niveau sprach. Noch mehr überraschte mich die Tatsache, dass ein finanzieller Bonus pro erlernter Fremdsprache ausgezahlt wurde. Ich hatte noch nie erlebt, dass sich Fremdsprachenkenntnis sogar finanziell auswirkte. Alle Mitarbeiter wurden ermutigt eine neue Sprache zu erlernen oder eine weitere zu vertiefen.³ Das Erasmusprogramm wurde gestartet. Ein erstes Austauschziel war die Universität Salzburg⁴ und schon bald reisten die Studierende für ein Semester oder ein Jahr ins Ausland.

Im Gespräch wies Janos Zlinszky nachdrücklich darauf hin, wie wichtig Fremdsprachen für Juristen sind und dass er es jedem und jeder, egal wo dieser Mitarbeiter an der Uni eingesetzt wird oder in welchem Studienjahr ein Student sei, ermöglichen möchte eine weitere Sprache zu erlernen.

Selber sprach Janos Zlinszky ein wunderschönes Deutsch. Seine Sprache war sehr gepflegt und grammatikalisch sehr korrekt. Es wirkte auf mich viel vollständiger als die Umgangssprache, in der wir Deutschen miteinander kommunizieren. Sein Deutsch war weitaus eleganter.

Im Umgang mit den Quellen und bei seinen Vorlesungen zum römischen Recht merkte man auch mit welcher Leichtigkeit er die lateinischen Texte durchnahm. Der Transfer von lateinischen Texten aus dem Corpus Iuris Civilis ins Deutsche und dann umformuliert für eine Vorlesung, gut verständlich für Studierende, das war keine Mühe für ihn. Ebenso wenig, wie Informationen auf Deutsch aufzunehmen und zu verarbeiten und in dieser Sprache gleich weiterzuarbeiten. Viele seiner Schriften sind auf Deutsch und darüber hinaus besitzt so mancher Kollege einen Brief von Zlinszky in deutscher Sprache. Sein Vorbild war sicher ein grosser Ansporn für seine Schüler sich intensiv dem Sprachstudium zu widmen.

Es beeindruckte, wie er am Montagmorgen in Budapest Römisches Recht auf Deutsch gab und bei Besuchen in Salzburg oder Graz mühelos in den Dialog mit Zivilrechtslehrern über das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch eintreten konnte.

³ Dankbar denke ich auch an meinen leider viel zu früh verstorbenen Kollegen Zoltan Toth zurück, mit dem ich ein Sprachtandem bildete. Auf langen Spaziergängen durch Budapest erklärte er mir die ungarische Geschichte und ich korrigierte dabei seine Aussprache und Grammatik und gemeinsam arbeiteten wir an unserem Wortschatz.

⁴ Weihbischof Laun beherbergte die ersten beiden Austauschstudenten und einer dieser beiden ersten Austauschstudenten, András Jakab, kehrte später als Professor an die Universität Salzburg zurück.

3. Schnittstelle: Recht und Sprache

Hier sehe ich bereits die erste Schnittstelle zwischen Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung. Die Ausübenden beider Disziplinen benötigen solide Sprachkenntnisse und müssen in der Lage sein, einen Transfer von einer Quellsprache in eine Zielsprache zu machen.⁵

In beiden Disziplinen wird das oft ein Sprung zwischen drei verschiedenen Sprachen sein. Eine Muttersprache, in der ein juristischer Rahmen erworben wurde, eine Quellsprache, zum Beispiel Latein und eine Zielsprache, zum Beispiel für den Unterricht, im Fall des Römisch-Recht-Unterrichts von Janos Zlinszky, wäre es Deutsch gewesen. Übersetzen, Hineinversetzen und am Empfängerhorizont auslegend erklären kommen hier zusammen. In der Rechtsvergleichung ist das ganz ähnlich. Nur dass der Quellentext dann nicht aus der Vergangenheit, sondern meist aus der Gegenwart stammt.

Fremdsprachenkenntnisse dienen beiden Disziplinen, der Rechtsvergleichung⁶ wie der Rechtsgeschichte. Jede Disziplin kennt seine eigene Terminologie, die den Diskurs ermöglicht.

Rechtsvergleicher und Rechtshistoriker sind daran gewöhnt in verschiedenen Sprachen zu arbeiten. In beiden Disziplinen ist es üblich auch in der Lehre sich häufig einer anderen als der Muttersprache zur Vermittlung der Kenntnis zu bedienen. Die Rechtsgeschichte lehrt, dass dies auch in der Vergangenheit üblich war. Blicken wir in die Geschichte Ungarns, so wurde hier lange Zeit die Rechtskenntnis in der lateinischen Sprache vermittelt. War doch in Ungarn bis 1848 Latein die Amtssprache. Zlinszky baute mit seinen Lateinkenntnissen auf die sprachliche Vergangenheit Ungarns auf. Ein lateinisches Gesetzbuch hat hier lange Zeit niemanden erstaunt. Das Corpus Iuris Civilis war in der späteren ungarischen Amtssprache des frühen 19. Jahrhunderts geschrieben.

4. Schnittstelle: Recht und Kultur

In Bezug auf den Kontext der zu untersuchenden Textstelle sind Rechtsvergleicher und Rechtshistoriker mit der gleichen Fragestellung beschäftigt: was ist der Kontext meiner Quelle? Was für ein Staatssystem umgibt den Rechtstext? Was zeichnet das Zusammenleben der Gesellschaft aus? Was ist das Regelungsumfeld? Was ist der Unterschied zum hier und heute meines Systems? Rechtsgeschichtliche Forschung enthält immer auch ein vergleichendes Element, da der rechtshistorisch arbeitende

⁵ Siehe Viola HEUTGER: A more coherent European wide legal language. *European Integration online Papers (EIoP)*, vol. 8., no. 2. (2004) 1., <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-002a.htm>

⁶ Siehe auch Viola HEUTGER: Law and Language in the European Union. *Global Jurist Topics*, vol. 3., no.1. (2003) Article 3, 1–17. 3.

Jurist seinen eigenen Referenzrahmen im nationalen Recht hat.⁷ Den gleichen Ausgangspunkt hat auch der Rechtsvergleicher.

5. Schnittstelle: Gleiche Quellen zur Anwendung und Strukturhilfe

Bei einigen juristischen Texten kommt es zu einer doppelten Bedeutung. Für den einen Juristen sind sie bereits Vergangenheit und ein nicht-anwendungsbezogenes Forschungsobjekt und für den anderen Juristen in einem anderen geographischen Raum durchaus ein Gesetzestext der Gegenwart. Lassen Sie mich das an einem Beispiel aus dem römischen Recht erläutern. Es geht mir um die Schnittstelle des Römischen Rechts als subsidiäres und somit direkt anwendbares Recht in niederländischen Kolonien.⁸

Den direkten Einsatz des Rechtshistorikers als Rechtsvergleicher und Zivilisten finden wir zum Beispiel in den niederländischen Kolonien, wo zum Beispiel in Westindien das römische Recht direkt oder zumindest sekundär Anwendung fand. Nur so konnte man den Sklavenhandel, die Sklavenhaltung und die sich daraus ergebenden Probleme lösen. Erst 1869, nach Abschaffung der Sklaverei, galt das niederländische Zivilgesetzbuch aus dem Jahr 1838 auch in den Kolonien. Bis dahin wurde in Surinam, Aruba, Curacao, Sint Maarten, Saba, St. Eustachius und Bonaire das Römische Recht, zum Teil in recht freier Rechtsfindung, angewendet. Die Juristen in Westindien waren weder rechtshistorisch, noch rechtsvergleichend geschult, dennoch war es ihr täglich Brot römisches Recht oder was sie meinten, was es umfasse, im Rechtsalltag anzuwenden.

Stellen Sie sich im Jahr 1845 einen österreichischen Juristen im Gespräch mit einem niederländischen Juristen vor. Der Niederländer ist dann gerade auf dem Weg nach Surinam, um dort seinen Dienst als *Fiscal*, also als Jurist, anzutreten. Der Österreicher wird sich bei Rechtsproblemen auf das ABGB berufen. Der Niederländer weiss zwar, dass in den Niederlanden ein neues Zivilgesetzbuch gilt, nicht aber in den Kolonien, dort wird er auf Gewährleistungsfragen beim Einsatz von Sklaven als Arbeitskräfte sich auf das römische Recht berufen. Für den Österreicher ist die gleiche römischrechtliche Quelle dann schon Rechtsgeschichte.

Janos Zlinszky war ein Lehrer des römischen Rechts. Anders als die meisten Römischrechtler durchgründete er auch das öffentliche Recht der Römer und legte den Fokus nicht nur auf das Privatrecht.

Historisch betrachtet ist das Römische Recht der Vorläufer und zum Teil auch noch der Mitläufer unserer heutigen Kodifikationen. Seit der Antike sehen wir wiederkehrende Konzepte und Rechtsfiguren. Es gab eine komplexe Reihe an Übernahmen, man könnte das an einem Baum versinnbildlichen mit vielen Ästen

⁷ Hein KÖTZ – Konrad ZWEIFERT: *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Tübingen, Mohr Siebeck, ³1997, 8.

⁸ Siehe zur Geschichte der ehemaligen niederländischen Kolonie Curacao. Bastiaan D. VAN DER VELDEN: *Ik lach met Grotius, en alle die prullen van boeken, een rechtsgeschiedenis van Curaçao*. Amsterdam, SWP, 2011.

und Zweigen. In vielen heutigen Gesetzen haben wir Anleihen aus dem römischen Recht oder der Pandektistik. Das System unseres heutigen Rechts ist anhand von Strukturen aus den Studien zum Römischen Recht entstanden. Schaut man die meist nichtamtlichen Gesetzesüberschriften und Randtitel an, so wird man immer wieder an Rechtsfiguren aus der Antike erinnert, wie zum Beispiel *actio Pauliana*,⁹ *traditio brevi manu*¹⁰.

Justinians grossartiges Werk wirkte methodisch schulbildend auf philosophischen Grundgedanken fussend. In der Lehre entstand daraus das Pandektensystem,¹¹ welches in verschiedenen Ländern übernommen wurde, sogar, wenn das Gesetz selber gar nicht nach dem System entworfen wurde. Man denke nur an das österreichische ABGB im Institutionenstil und die entsprechenden Lehrbücher im Pandektenstil.

Die Gemeinschaft der Römischrechtler zeigt das Rechtsvergleichung nicht nur das Eintauchen eines Juristen in ein anderes System bedeutet, sondern auch dass Juristen aus der ganzen Welt, aus unterschiedlichen Rechtssystemen und mit unterschiedlichen sprachlichen Hintergründen die gleichen Texte von Justinian studieren und diese an ihrem Referenzkader spiegeln und in den Dialog treten.¹² Das ist eigentlich Rechtsvergleichung andersherum als wir es heute verstehen.

Anders als die damaligen Studierenden in Bologna bringen wir heute noch unser eigenes Rechtssystem als Referenzrahmen mit und wurden darin solide ausgebildet. Das römische Recht ist also nicht nur das einzige System unseres Interesses.

Dazu kommt noch, dass ein römischrechtlich ausgebildeter Jurist auch noch daran gewöhnt ist juristische Masse zu reduzieren. Das römische Recht ist nämlich selber diesen Weg der ständigen Reduktion gegangen. Das begann schon gleich in Konstantinopel. Dort wurde das lateinische Unterrichtsmaterial in griechischen Indizes zusammengefasst. Es folgte noch einmal eine kurze Periode der Ausbreitung in den Basiliken, um dann stets kürzer zu werden, wie in den Hexabiblios. Unter den Glossatoren und Kommentatoren kommt es noch einmal zu einer Ausbreitung der Textmasse, um dann im vorkodifikatorischen Zeitalter nur noch subsidiär zur Anwendung zu kommen, mit einem Nachdruck auf das Sklavenrecht in den Kolonien, um dann nach Einführung der Kodifikationen wieder zurücktreten zu müssen und zu einem rechtshistorischen Lehrfach zu werden und für andere Fächer nur noch eine Strukturhilfe anzubieten. Diese Prozesse haben aber auch dazu geführt, dass es ein deutliches Gerüst gibt, welches man international in der Lehre vermittelt.

⁹ Z.B. Art. 3:45 BW (niederländisches Zivilgesetzbuch).

¹⁰ Z.B. Art. 3:115 BW.

¹¹ James GORDLEY: Comparative Law and Legal History. In: Mathias REIMANN – Reinhard ZIMMERMANN (eds.): *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford, Oxford University Press, 2006. 753–773., 756.

¹² Allerdings möchte ich darauf hinweisen, dass sowohl Rechtsgeschichte als auch Rechtsvergleichung durch ein kontinentaleuropäisch geprägtes Verständnis der Rechtswissenschaft besehen werden. Ein Asiat würde vielleicht andere Ansichten haben. Das denke ich, ist überhaupt eine der grossen Herausforderungen für Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, das Agieren in einer globalen Welt und die Gemeinsamkeiten der Juristen, die in einer Bolognawelt damals und heute aufgewachsen sind in Gegenüberstellung zu Juristen, die einen ganz anderen rechtskulturellen Hintergrund haben.

6. Schnittstelle: Einheimisches Recht, kanonisches Recht und römisches Recht

Jeder Rechtshistoriker ist eigentlich auch Rechtsvergleicher. Durch die Aufteilung in beide Rechte, also sowohl in das römische, wie auch das kanonische lernt jeder Rechtshistoriker auch gleich eine bestimmte Methode. Blieb das römische Recht weitgehend die gleiche Textmasse, so begann doch eine neue Art der Rechtsentwicklung im kanonischen Recht durch eine Ausarbeitung eines Prozessrechts, eine Festlegung zum Beispiel des Eherechts und einer ständigen Weiterentwicklung von Detailfragen, wie zum Wallfahrtsrecht. So wird jeder Rechtshistoriker, der in beide Rechte taucht, auch gleich in verschiedenen Methoden der Rechtsinterpretation und Entwicklung geschult. Daneben sind auch noch regionale Gewohnheitsrechte, das Recht der Stadtstaaten und weitere einheimische Normen zu beachten.

Jus, so wie Schweizer und Österreicher ihr Studium der Rechtswissenschaften benennen, ist eigentlich nicht zutreffend, es ist mehr als ein Recht, *ius utrumque* ist ebenso wenig zutreffend, ist es doch sogar noch mehr als beide Recht, das kanonische und das römische. Die neue gegründete Rechtsfakultät in Paramaribo, Suriname, probierte es daher mit einem neuen Namen: Fakultät der juristischen Wissenschaften, oder wie andere niederländische Fakultäten sagen: Fakultät der Rechtsgelehrtheit. Aber zurück zum römischen und kanonischen Recht.

Römisches Recht und kanonisches Recht waren auch die Quellen, die Studierenden aus einem grossen Teil der Welt gemeinsam in Bologna und späteren Universitäten¹³ studierten.

Es war das Basiswissen eines jeden Juristen, es war Vergangenheit und Gegenwart in einem.

Es war unabhängig von der eigenen Herkunft unerlässlich diese gemeinsame Ausbildung zu haben.¹⁴ Um die besten Professoren zu hören reisten man von einer Universität zur anderen, über viele Grenzen hinweg. Juristen hatten die gleiche Ausbildung, fassten die gleichen Texte zusammen, kommentierten diese und studierten die gleichen kommentierten Texte, wie zum Beispiel die Accursische Glosse. Langsam kam es dann zu einer Loslösung von den alten Texten und die Anwendung auf einheimische Fragen und die Einbeziehung lokaler Gewohnheiten erweiterten das Rechtsprogramm des auszubildenden Juristen

7. Schnittstelle: Erlernen von Transferdenken

In Budapest wurde unter Janos Zlinszky die akademische Wanderlust¹⁵ zu allen Zeiten im Rahmen der Internationalisierung der Juristenausbildung ermutigt und gefördert.

¹³ In Italien neben Bologna auch in Neapel und Padua; in Frankreich in Orléans und Montpellier; in Spanien in Salamanca und Valladolid; und in Portugal in Coïmbra; aber auch in Deutschland in Köln und Erfurt sowie in Leuven und Douai (heute Frankreich) in den südlichen Niederlanden.

¹⁴ Siehe Viola HEUTGER – Eltjo SCHRAGE: Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung. In: Jan M. SMITS (Hrsg.): *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham, Elgar, 2012. 505–520.

¹⁵ Ibid. 505–520., 508.

Schon zu kommunistischen Zeit was Zlinszky ein Jurist, der den Austausch mit Kollegen zum Beispiel in Graz und Salzburg pflegte. Studierende wurden ermutigt Sprachen zu lernen und sich in das römische Recht zu vertiefen. Aber eben nicht als eine rein historische Studie, sondern um so juristische Denken und Argumentieren in seinem zeitlosen Umfeld und unabhängig von einem bestimmten Staatsregime zu lernen.

Ziel war es den Umgang mit Rechtstexten und Interpretationen zu üben und dank dieser Fähigkeiten und Fertigkeiten auch schnell auf Rechtsänderungen und eben auch auf den Übergang von einem sozialistischen auf ein marktwirtschaftliches System problemlos mitmachen zu können. Juristische Fertigkeiten waren bei den geschulten Studierenden von Janos Zlinszky vorhanden, diese konnten auf das Recht in verschiedenen Gesellschaftssystemen Anwendung finden. Historische Studien als Orientierungshilfe und Richtschnur bei Systemwandlungen, das war das Programm von Janos Zlinszkys Vorlesungsangeboten.

Römisches Recht bietet ein technisches Vokabular und eine Struktur, die zum Erklären und Auslegen jedes einheimischen Rechtes hilft. So kommt es auch, dass römisches Recht auch in den Studienplänen in Common Law Ländern zu finden ist.¹⁶

8. Schnittstelle: Neugier

Nicht auf alle Fragestellungen bieten dem Rechtshistoriker römisches und kanonisches Recht eine Antwort. So wird jeder Rechtshistoriker auch schnell zum Rechtsvergleicher, wenn er sich auf die Suche nach einer Antwort auch in die Bereiche des Naturrechts oder des lokalen Gewohnheitsrechts begibt. Ein Rechtshistoriker wie auch ein Rechtsvergleicher brauchen Entdeckergeist und eine gehörige Portion Neugier. Ein Rechtsvergleicher wird sich immer wieder die Frage des Warum stellen und nach der Herkunft einer Norm.

9. Schnittstelle: Kodifikation

Jeder Jurist, der einmal in Gesetzgebungskommissionen gearbeitet hat, wird feststellen, dass dort immer Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zusammenkommen. Man schaue sich nur einmal Savignys Werk »Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft«¹⁷ an, dort wird verglichen, was andere schon haben und ob so etwas auch zu Deutschland passen würde.

Gerade komme ich selber zurück aus Surinam, wo wir versuchen Verbraucherschutzgesetzgebung auszuarbeiten. Die erste Frage ist, wie sieht unser bisheriges System aus und welche Lösung passt dazu? Kann eine neue Regel in das alte Zivilgesetzbuch von 1869 eingefügt werden oder schliesst es qua Struktur, Sprache und Systematik nicht gut an und sollte in einem eigenen Gesetz geregelt

¹⁶ Ibid. 505–520., 508.

¹⁷ Friedrich C. VON SAVIGNY: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, Mohr Siebeck, 1814.

werden? Als zweite Frage stellt sich eine rechtsvergleichende Frage: was haben die Länder um uns herum und seit wann. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung sind da dann ein gemeinsamer Ausgangspunkt für etwas Neues. In Suriname ist das dann sogar noch komplexer, da sowohl *common law* wie *civil law* Länder zu den direkten Nachbarn gehören, man in einer Wirtschaftsgemeinschaft zusammengeschlossen ist und das derzeitige Gesetzbuch noch aus dem vorletzten Jahrhundert stammt und in den Niederlanden zur Rechtsgeschichte gehört, da es dort 1992 durch ein neues ersetzt wurde.

Auch als ich im Kosovo mit am neuen Zivilgesetzbuch arbeitete, kam es täglich zu der Frage, was sind unsere historischen Wurzeln, welches System passt zu uns aus historischer Sicht und mit wem wollen wir in der Zukunft zusammenarbeiten und welches System ist daher eine Inspiration für uns.

Viele selbständige Staaten haben diese Fragen für sich in den vergangenen zwanzig Jahren beantworten müssen, sie werden sich immer sowohl bei der Rechtsgeschichte wie auch der Rechtsvergleichung bedient haben. Gerade bei Kleinstaaten werden sich Fragen der Zukunft nicht nur durch einen Blick auf die Rechtsgeschichte beantworten lassen, sondern auch durch eine Antwort auf die Frage nach der Ökonomie des Rechts und den wirtschaftlichen Implikationen einer juristischen Lösung auf den Alltag und der Möglichkeit ein legal transplant in das eigene System einzufügen.

10. Schnittstelle: Rechtsprechung

Ebenso wie ein Kodifikator wird auch ein Richter¹⁸ immer offen sein müssen für den Blick zurück und den Blick um sich herum.¹⁹ Immer wieder wird er historisch nachdenken müssen, was sich der Gesetzgeber bei einer Norm gedacht hat und bei einer Lücke wird er sicher immer wieder die Frage stellen, welche Lösung zum Problem gibt es in anderen Ländern. Auch hier kommen Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zusammen. Heinz Holzhauser verweist auf Studien, die belegen, wie häufig Höchstgerichte und auch der BGH sich auf entstehungsgeschichtliche Belege berufen²⁰ und die Generalanwälte am Europäischen Gerichtshof sind geübte Rechtsvergleicher. Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte sind präsent in der Rechtsprechung. Diesen Blick auf beide Disziplinen vereinte auch Janos Zlinszky in seinem Denken.

¹⁸ Siehe Ralf MICHAELS: Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans. *RebelsZ*, 66 (2002) 97–115., zur Rechtsprechung vor allem Seite 112.

¹⁹ Ulrich DROBNIG – Sjeff VAN ERP (Hrsg.): *The Use of Comparative Law by Courts*. The Hague, Kluwer Law International, 1999.

²⁰ Heinz HOLZHAUSER: Erfahrungen mit dem »praktischen Nutzen« der Rechtsgeschichte. In: Jörn ECKERT (Hrsg.): *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Heinz Hattenhauer zum 8. September 2001*. Heidelberg, C. F. Müller, 2003. 220.

11. Schnittstelle: gleiche Gefahren und Herausforderungen

Rechtsvergleichende Studien und rechtshistorische Studien laufen die gleichen Gefahren und unterliegen ähnlichen Herausforderungen, nämlich das Risiko der Fragmentierung und des pointilistischen Einzelfalls. Das eine schöne Beispiel, der eine passende Artikel wird aus seinem Kontext gelöst und als Lösung präsentiert, ohne mit zu bedenken, wie die Anwendung in Praxis und Durchsetzung aussieht, ohne darüber nachzudenken, ob diese Regel wirklich die tatsächliche Quelle ist oder schon längst durch Gewohnheitsrecht oder Rechtsprechung anders ausgelegt wird. Rechtsvergleicher und Rechtshistoriker müssen sich vor solchen verführerischen Situationen hüten und kritisch eine angebotene Lösung hinterfragen.

12. Einheit in der Verschiedenheit

Rechtsvergleichung, die jüngere Disziplin, ist also in Forschung und Lehre dem ähnlich, was für den Rechtshistoriker schon seit Jahrhunderten selbstverständlich ist. Nur dass man als Rechtsvergleicher, anders als der Rechtshistoriker, nicht mehr alleine untersuchend und zusammenfassend zurückschaut, sondern nun um sich herumschaut, mit dem Gedanken eine Lösung oder Feststellung für das heute oder eine Inspiration für das Morgen zu entwickeln.

Eine genaue Schiedslinie zu ziehen zwischen beiden Materien ist unmöglich. Rechtsvergleichung schwingt mit bei der rechtshistorischen Suche nach der Herkunft einer Norm, die heute angewendet wird oder mit der heutigen Situation verglichen wird.

13. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung als Einheit gegenüber anderen Disziplinen

So wie wir uns der Erforschung von rechtspluralistischen Systemen widmen, also Situationen in einem Land, die je nach Bevölkerungsgruppen unterschiedlich geregelt werden (als Beispiel seien kirchliches Eherecht genannt oder patriachales Erbrecht²¹ in einem Land wie Surinam für die Bevölkerungsgruppe der Marrons, welches als Gesetzesnorm für alle übrigen Bewohner ein patriachales System vorsieht), werden wir merken, dass wir mit Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung schnell an unsere Grenzen kommen und weitere Disziplinen, wie Theologie, Kulturwissenschaft, Soziologie und Anthropologie nötig sind, zur Erforschung solcher Phänomene. Spätestens dann gehen Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung Hand in Hand und sehen sich selber in Konfrontation mit anderen Disziplinen als eine Einheit.

Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung füllen sich ansonsten komplementär an und sind eine Einheit in Bezug auf Raum und Zeit. Stellt man die Frage nach

²¹ Siehe dazu die Dissertation von Monique Angela VEIRA: *De langstlevende echtgenoot een vergelijking van de positie van de langstlevende echtgenoot in het Marron-erfrecht met de positie van de langstlevende in het Caraïbsch en het Surinaams erfrecht*. Nimwegen, Wolf Legal, 2006.

Methoden, Zielen und Funktionen von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, so werden ähnliche Antworten gegeben werden. Forschungsergebnisse werden in beiden Fällen als Hypothese formuliert werden können und beide Disziplinen werden als methodisches Grundprinzip die Funktionalität benennen.

Der Blick in die Rechtsgeschichte lässt uns erinnern, dass Recht nicht nur das Recht der Nationalstaaten ist, sondern dass wir Juristen vereint sind in einer gemeinsamen Rechtstradition und so durch Rück-, Gegenwarts- und Vorausschau einander erkennen und vorbereitet die Diskussion über Harmonisierung, Vereinheitlichung und Globalisierung kritisch angehen können.

Erstaunlich ist nun, dass Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung in Gesetzgebungsmassnahmen und Rechtsprechung präsent sind, die Lehre dagegen drängt beide Fächer immer wieder an den Rand eines Curriculums. Darüber sollten wir wieder einmal diskutieren, denn einzusehen ist das nicht.²²

Wir können feststellen, dass Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung viel gemeinsam haben. Beide ergänzen das Rechtsverständnis um Kenntnisse und verlangen sowohl ein vertieftes Studium als auch die Kenntnis mindestens einer Fremdsprache. Es ist nicht immer einfach, die Grenze zwischen den beiden Disziplinen zu ziehen.

²² Für eine Übersicht zur Lage in Deutschland siehe David SÖRGEL: *Die Implementation der Grundlagenfächer in der Juristenausbildung nach 1945*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

NATÜRLICHERWEISE – NATURGEMÄSS – NATURRECHT

Das Bedeutungsfeld einer Aussage Ulpians

Anna RADVÁNYI

Doktorandin, Katholische Universität Péter Pázmány

1. Einleitung

Heute vor genau zehn Jahren, als anlässlich des 80. Geburtstags von Professor Zlinszky hier an der Universität eine Konferenz¹ veranstaltet wurde, wurde eine Laudation unter Anderem von Professor Wolfgang Waldstein gehalten, die mich sehr beeindruckte. Damals hatte ich die Gelegenheit, mich mit dem Text der Laudation eingehend zu beschäftigen, weil ich die Aufgabe hatte, ihre Übersetzung für den festlichen Anlass vorzubereiten.² Neben der Darstellung des Lebenslaufes des Jubilars wurde in der Laudation nur auf eine Arbeit Zlinszkys ausführlicher eingegangen, gerade auf den Text, aus dem das Motto der heutigen Konferenz stammt. Hier geht es um den Beitrag mit dem Titel „Rechtsstaat Rom“,³ in dem die Wertbezogenheit des Rechts, bzw. des Rechtsstaates betont, und am Ende zusammenfassend auch sehr pragmatisch und aktuell formuliert wird: „Das aber sollte der Rechtsstaat auch heute: Werte sichern, ermöglichen, beschützen.“⁴ Dieser Beitrag wurde von Waldstein als „*ein besonders kostbares Geschenk*“⁵ bezeichnet, und die in dem Beitrag angeführten Kriterien des Rechtsstaates, die Wertbezogenheit des Rechtssystems im Zuge der Laudation hervorgehoben, gewürdigt und nur durch ein Element ergänzt. Neben die von Zlinszky genannten Kriterien des Rechtsstaates, nämlich, [d]ie Anerkennung

¹ Die Tagung mit dem Titel „Római Jogászok Országos Találkozója“ (Landestreffen des Römischrechtlers) anlässlich des 80. Geburtstags von Professor János Zlinszky wurde am 7. März 2008. an der Katholische Universität Péter Pázmány veranstaltet.

² Der Text der Laudation von Wolfgang Waldstein steht mir in Manuskript zur Verfügung. [WALDSTEIN Ms.]

³ János ZLINSZKY: Rechtsstaat Rome. In: NADJA EL BEHEIRI (Hrsg.): *Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus*. Budapest, Pan, 2008. 104–118.

⁴ Ibid. 118.

⁵ WALDSTEIN Ms. aaO.

der ethischen Werte des Rechts, der Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, Freiheit und Bewahrung des sozialen Friedens“⁶ ist Waldstein zufolge noch ein weiterer Aspekt hervorzuheben, „der zwar in Zlinszkys Aussagen zweifellos implizit erhalten ist.“⁷ Dieser Aspekt ist die Übereinstimmung mit dem Naturrecht, der ein wesentliches Kriterium für die Rechtsstaatlichkeit ist. Die Existenz, das Wesen, und die wahre Bedeutung des *ius naturale* sind auch im Bereich des römischen Privatrechts zu prüfen, in diesem Zusammenhang ergeben sich bemerkenswerte Fragen hinsichtlich der Interpretation der römischen Quellen zum Kaufrecht. Bei diesem Punkt möchte ich mit meinem Vortrag an das heutige Thema anknüpfen und die Wertbezogenheit des Rechts, die mögliche Rolle des Naturrechts durch die Suche nach der Bedeutung des Wortes *naturaliter* in Bezug auf eine Aussage Ulpians darstellen.

Zur Frage über die wahre Bedeutung des Wortes *naturaliter* bin ich durch eine Aussage aus den Digesten gelangen, die im Allgemeinen als Ausgangspunkt zum Thema des gerechten Preises dient. In der auf Ulpian zurückgeführten wohl bekannten Stelle⁸ sagt er in einem aus Pomponius stammenden Zitat folgendes:

Ulp. D. 4, 4, 16, 4 (11 ad ed.)

*In pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*⁹

⁶ Aus den von Zlinszky angeführten Kriterien des Rechtsstaates wurde in der Laudation von Waldstein nur ein Aspekt hervorgehoben. Neben den zitierten Kriterien beschäftigt sich Zlinszky mit den folgenden Gesichtspunkte: „die klare und strenge Begrenzung der Staatsgewalt durch das Recht; die Rechtsmäßigkeit der Gesetzgebung; die Gewaltenteilung; die Verantwortlichkeit der Machtträger; die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit.“ Vgl. ZLINSZKY aaO. 108.

⁷ WALDSTEIN Ms. aaO.

⁸ Neben dem zitierten Fragment dient eben eine andere Digestenstelle von Paulus als Ausgangspunkt des Themas des gerechten Preises, nämlich Paul. D. 19, 2, 22, 3, wonach „*in emendo et vendendo naturaliter consensum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere*“ Die zwei erwähnten Stellen werden im Allgemeinen parallel zitiert. Vgl. unter Anderem Max KASER: *Das römische Privatrecht*. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971. 550. Fn. 45.; Andreas WACKE: *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 94 (1977) 185.; Johannes HERMANN: *Der Gedanke der iustum pretium in der Antike. Beiträge zur Diskussion um das „pretium iustum“*. In: Gottfried SCHIEMANN (Hrsg.): *Kleine Schriften der Rechtsgeschichte*. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990. 384–394., 389.; Doris Regine Göttlicher: *Auf der Suche nach dem gerechten Preis. Vertragsgerechtigkeit und humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts*. [Osnabrücker Schriften zur Rechtsgeschichte Band 6] Göttingen, V&R Unipress, 2004.; Jusztinger, János: *A vételár az ókori római adásvételnél*. (Der Kaufpreis bei dem antiken römischen Kaufvertrag) Budapest–Pécs, Dialóg Campus, 2016. 106.

⁹ Sowohl die lateinischen, als auch die deutschen Texte der Quellen der Digesten sind im Folgenden aus der neuen deutschen Digestenübersetzung zitiert. Okko BEHRENDTS – Rolf KNÜTEL – Berthold KUPISCH – Hans H. SEILER (Hrsg.): *Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung*. Heidelberg, C. F. Müller, 1995.

Hinsichtlich des mit dem Wort *circumvenio* ausgedrückten Verhaltens habe ich mich mit diesem Satz schon früher ausführlich beschäftigt.¹⁰ Die Problematik wird im Folgenden aus dem Blickwinkel des Ausdrucks *naturaliter* untersucht. Im Zuge der Darstellung des möglichen Bedeutungsfeldes des Ausdrucks werden zunächst die zur Verfügung stehenden Übersetzungen des oben geführten Zitats kurz behandelt, danach werden diejenige weitere Digestenstellen geprüft, in denen der Ausdruck *naturaliter* verwendet wird. Von den Quellen der Digesten ausgehend wird dargestellt, was *naturaliter* im Wortgebrauch der römischen Juristen bedeutet, welche Gruppen, welche Kategorien der verschiedenen Auslegungen sich bilden lassen. Zuletzt wird eine Interpretation der oben zitierten Stelle behandelt, die von einem Humanisten aus dem sechszehnten Jahrhundert stammt, der in seiner Zeit sowohl in Bezug auf den Schwerpunkt seiner Arbeit als auch die von ihm gewählte Methode Zukunftsweisend war.

2. Naturaliter in den Digesten

2.1. Die Frage der Übersetzung

Prüft man die zur Verfügung stehenden Übersetzungen der Digesten, wird es schon auf den ersten Blick sichtbar, dass sie diese Aussage Ulpian's (*Idem Pomponius*) ganz verschieden wiedergeben, die wesentliche Abweichungen zeigen sich eben hinsichtlich der Auslegung des Adverbs *naturaliter*.

Die neue deutsche Übersetzung des *Corpus Iuris Civilis* formuliert es maßvoll und moderat, das lateinische Wort *naturaliter* wird mit „natürlicherweise“ ins Deutsche übersetzt. Anders klingen die englische Formulierungen: an der betreffenden Stelle weist die Übersetzung von Alan Watson¹¹ ausdrücklich auf die natürliche Ordnung der Sachen mit der Wendung „*in the course of nature*“¹² hin. Eine andere englische Übersetzung nämlich die von Samuel P. Scott¹³ geht noch einen Schritt weiter, in seiner Formulierung bezieht sich die Ausdruck „*in accordance with natural law*“ ausdrücklich auf das Naturrecht.¹⁴ Schließlich lohnt es sich auf eine französische

¹⁰ Vgl. Anna RADVÁNYI: *Circumvenio im römischen Kaufvertrag. Pázmány Law Review*, 4. (2016) 375–384.

¹¹ Alan WATSON (ed.): *The Digest of Justinian*. Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1985.

¹² Der ganze Text lautet folgendermaßen: ”The contracting parties are in the course of nature allowed to overreach each other”.

¹³ Samuel P. SCOTT (trans.): *The Digest or Pandects of Justinian*. Cincinnati, 1935. Diese Übersetzung wird häufig kritisiert, auf der Webseite wo die Übersetzung auf der Internet veröffentlicht wurde, steht folgendes: „Often criticized, Samuel P. Scott’s quite old translation does not always meet the standards of a scientific publication.” Vgl. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm. Trotzdem lohnt es sich einen Augenblick auch auf diesen Text zu werfen.

¹⁴ Der ganze Text lautet folgendermaßen: “Pomponius also states with reference to the price in a case of purchase and sale, that the contracting parties are permitted to take advantage of one another in accordance with natural law.”

Übersetzung des Textes,¹⁵nämlich die von Henri Hulot hinzudeuten, die von dem Bemühen einfach absehend das Adverb *naturaliter* schlicht und einfach aus dem Satz weglässt. „*Pomponius ajoute encore qu'en matiere de vente et d'achat, les contractent peuvent se tromper mutuellement sur le prix.*“ Hier wird auf die Gegenseitigkeit des Verhaltens mit dem Wort *mutuellement* hingewiesen, auf das *naturaliter* des Erlaubens aber wird nicht im Entferntesten eingegangen. Folglich ist es zu feststellen, dass die Formulierungen des Satzes verschieden sind, das Bedeutungsfeld des Wortes *naturaliter* Ausdrücke von naturgemäß, natürlicherweise bis zum Naturrecht umfassen. Welche Interpretation den Quellen am ehesten entspricht, ist im Folgenden anhand der gegebenen Beispiele der Digesten zu prüfen.

Bevor ich in die nach meiner Meinung gegebenen Kategorien der Bedeutung eingehe, lohnt es sich noch einen Blick auf die neue deutsche Übersetzung der Digesten zu werfen. In den bis heute veröffentlichten Bänden vorkommende „*naturaliter*-Fragmente“ werden folgende deutsche Wörter an der Stelle von das Adverb *naturaliter* benutzt: „natürlicherweise“¹⁶ am häufigsten, „von Natur aus“¹⁷ oder „natürlich“,¹⁸ selten „naturgemäß“,¹⁹ in einigen Stellen befindet sich aber auch „Natureinwirkung“, „wirklich“ oder „in irgendeiner Weise“, und die Bezugnahme auf das Naturrecht.²⁰

¹⁵ Corpus de droit romain en latin et en francais. Traduit par Henri Hulot, Jean-Francois Bertelot, Pascal-Alexandre Tissot et Alphonse Berenger Fils. Tome I. Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien. Traduit en francais par Henri Hulot. Scientia Verlag Aalen, 1979. Eine neuere französische bersetzung steht auch zur Verfügung.

¹⁶ Das Wort natürlicherweise (oder das Ausdruck auf natürliche Weise) kommt sieben Mal in den genannten Fragmenten vor. Dieses Wort verfügt über zwei wesentliche Bedeutungsfelder nach Duden Wörterbuch. Erstens: natürlich, von Natur aus/her, von selbst und zweitens: logischerweise, selbstverständlich. Vgl. *Duden Online Wörterbuch*, www.duden.de. Die im Betracht kommende Stellen sind abgesehen von der oben schon zitierten Ulpian-Stelle Folgenden: D. 4, 5, 2, 2 (Ulpian 12 ad ed.): auf natürlicher Weise verpflichtet; D. 5, 3, 25, 11 (Ulpian 15 ad ed.): „auf natürliche Weise [...] zu einen Geschenk verpflichtet haben“; D. 10, 2, 35 (Papinianus 12 resp.): „nur auf natürliche Weise innehatte“; D. 10, 4, 3, 15 (Ulpian 24 ad ed.): „nur in natürlicher Weise innehat“; D. 11, 7, 4 (Ulpian 25 ad ed.): „als gehöre auf natürliche Weise den Toten der Ort“; D. 19, 2, 22, 3 (Paulus 34 ad ed.): „natürlicherweise erlaubt“.

¹⁷ D. 32, 70, 12 (Ulpian 22 ad sab.): „von Natur aus Weiße“; D. 15, 1, 9, 7 (Ulpianus 29 ad ed.): „Denn es steht auch Sklaven von Natur aus frei, gegen ihren eiegenen Körper zu wüten.“

¹⁸ D. 4, 5, 7pr. (Paulus 11 ad ed.) „nach ihrer natürlichen Verwandtschaft“; D. 10, 3, 7, 11 (Ulpian 20 ad ed.) „obgleich sie in einem natürlichen Sinn besitzen“; D. 30, 26, 2 (Pomponius 5 ad sab.): „nach ihrer natürlichen Beschaffenheit“.

¹⁹ D. 1, 2, 2, 5 (Pomponius I. S. enchir): „wie es ja naturgemäß dahin zu kommen pflegt“.

²⁰ D. 12, 6, 64 (Tryphoninus 7 disp): „so ist auch bei der Kondiktion die Entscheidung über Geschuldetes oder Nichtgeschuldetes nach naturrechtlichen Grundsätzen zu treffen“.

2.2. Bedeutungsfeld des Wortes *naturaliter*

In den *Digesten* kommt der Ausdruck *naturaliter* insgesamt 46-mal vor,²¹ davon 24-mal bei *Ulpian*, 5-mal bei *Pomponius*. Die römischen Juristen verwenden das Wort in vielfältigsten Zusammenhängen, von *Naturalobligationen* angefangen, über den natürlichen Ausfluss von Regenwasser bis zur *civilis contra naturalis possessio*, die Bildung bzw. die Prüfung der mögliche Kategorien der Bedeutung des Wortes ist der Mühe wert.²²

Unter dem Artikel *naturalis* weist *Heumanns Handlexikon*²³ auf *naturaliter* in drei verschiedenen Bedeutungsfelder des Wortes ausdrücklich hin. Die genannten Bedeutungsfelder sind Folgendes. Erstens: *naturalis*: durch die Kraft der Natur hervorgebracht, auf der Ordnung der Natur beruhend, der natürliche Beschaffenheit der Sache gemäß, in der Natur der Sache liegend. Dem *Handlexikon* zufolge bedeutet in diesem Sinne *naturaliter* „auf natürliche Weise“ oder „der Natur der Sache nach“.²⁴ Zweitens: *naturalis*: auf dem *ius naturale*, der *ratio*, *aequitas naturalis* beruhend, in diesem Sinne bedeutet *naturaliter naturali iure*, oder *naturali ratione*. Dem *Lexikon* zufolge werden solche Quellen auch dieser Gruppe zugeordnet, in denen *naturaliter* in einer Wendung mit „*licere*“ oder „*concessum esse*“ zusammen vorkommt, so zum Beispiel die oben zitierte Aussage *Ulpians*, in der *naturaliter* nach dem Artikel auf „kraft der natürlichen Freiheit“ hindeutet. In der dritten ausdrücklich erwähnten Gruppe sind diejenigen *Digestenstellen* aufgezählt, in denen *naturaliter* im Sinne von *corporaliter*, oder „tatsächlich“ angegeben wird.

Obwohl die hier angeführten Bedeutungsfelder den Quellen wohl entsprechen, ist meines Erachtens nach eine andere Einteilung der Stellen möglich, die mir bei der Suche nach der wahren Bedeutung des „*Idem Pomponius*“ Zitats nützlicher erscheint. Nach meiner Einteilung sind die verschiedenen Bedeutungen von

²¹ Die einschlägigen Quellen sind mittels der Webseite *Intratext* geprüft worden. www.intratext.com/IXT/LAT0866 Als Ergebnis der Suche nach dem Schlüsselwort „*naturaliter*“ werden auf der erwähnten Webseite 49 Elemente d.h. verschiedene Stellen dargestellt. Drei Elementen verweisen versehentlich auf dieselbe Stelle, eine andere Stelle von *Pomponius*, nämlich die D. 46, 3, 107 (*Pomponius 2 enchir.*) verwendet das Wort ‚*naturaliter*‘ zweimal. Es zeigt sich also, dass es sich insgesamt um 46 Stellen handelt.

²² Es scheint mir so, dass das Wort ‚*naturaliter*‘ in insgesamt sechs verschiedenen Bedeutungsfelder in den *Digesten* vorkommt. Nach der Häufigkeit der verschiedenen Anwendungen sind sie Folgende: 1. ‚*naturaliter*‘ dem *civiliter* ausdrücklich entgegengesetzt in neun Stellen; 2. Im Zusammenhang mit *naturalis obligatio* acht Mal; 3. Im Sinne natürliche-, häufige- Weise in acht Stellen; 4. In Hinblick auf *naturalis possessio* sieben Mal; 5. Auf ein natürlicher Zustand hindeutend im Gegensatz zu dem mit menschlicher Kraft zustande gebrachten fünf Mal; 6. In einer Stelle dem *iure gentium* entgegengesetzt; 7. Diejenige *Digestenstellen* sind besonders zu bearbeiten, wo das betreffende Wort gerade auf der Ordnung der Natur hinweist, hier bezieht sich der Ausdruck direkt auf *ius naturale*.

²³ Hermann Gottlieb HEUMANN: *Heumanns Handlexikon zu den Quellen ders römischen Rechts*. Jena, Gestav-Fisher. 1928. s.h.v. „*naturalis*“.

²⁴ D. 32, 70, 12 (*Ulpianus 22 ad sab.*) color: *naturaliter*, weitere Beispiele sind ausdrücklich genannt, unter anderem *naturaliter apperire*, *naturaliter clausae*, *res naturaite indivisae*, *si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii(sc empti) potestate*. Unter die Beispiele ist die Bedeutung „im Gegensatz von *manu factu*“ hervorgehoben.

umgangssprachlichem Sinn ausgehend bis zu den direkt juristischen Ausdrücken Folgendes:

1. *naturaliter* im Sinne von „*non manu facto*“, also ein natürlicher Zustand im Gegensatz zu dem mit menschlicher Kraft zustande gebrachten
2. *naturaliter*, auf die natürliche, übliche, gewöhnliche Ordnung der Sachen hindeutend
3. *naturaliter* als Element juristische Fachbegriffe
4. *naturaliter* als eigenständige Ordnung, die als Maßstab oder Entscheidungsgrundlage juristischer Willensbildung erscheint, häufig dem *ius civile* oder *ius gentium* entgegengesetzt.

Im Folgenden möchte ich die angeführte Einteilung mit einigen Beispielen schildern.

Zur ersten Gruppe gehören diejenige Fälle, wo *naturaliter* im Sinne von „*non manu facto*“ / *non opere facto* gebraucht wird, der Begriff bezieht sich also auf einen natürlichen Zustand im Gegensatz zu einer mit menschlicher Kraft zustande gebrachte Beschaffenheit. In den juristischen Texten wird dieser Gegensatz häufig ausdrücklich hervorgehoben. Es wird betont, dass die angebotene Lösung davon abhängt, ob der betreffende Zustand als Ergebnis natürlicher oder menschlicher Einwirkungen auftritt. In Bezug auf Grunddienstbarkeiten bemerkt Pomponius zum Beispiel: *Servitus naturaliter, non manu facto laedere potest fundum servientem.*²⁵ andere Beispiele können hinsichtlich der *actio aquae pluviae arcendae*²⁶ erwähnt werden, bemerkenswert ist aber auch der Fall (Ulp. D. 32, 70, 12), wo es sich die Frage im Zusammenhang mit einem Legat erhebt. Zu beantworten ist, woran der Erblasser eigentlich denkt, wenn er im Zusammenhang mit der Farbe der als Legat hinterlassener Wolle das Attribut *versicolor* verwendet. Ist damit nur die künstlich gefärbte Wolle gemeint oder wird auch das von Natur aus Weiße oder das Schwarze erfasst. Ulpian ist der Meinung, dass von der Bezeichnung „Wolle“ (*lana*) Buntwolle nicht erfasst wird, das heißt, dass schwarze und weiße Wolle, die aus natürlichen Farben (*naturaliter*) entsteht, nicht zur *versicoloria* gezählt werden soll, deswegen sind in diesem Fall als Legat nur diejenige Wolle herauszugeben, die mit menschlicher Arbeit gefärbt wurde, wie zum Beispiel purpurgefärbte, oder scharlachrote Materien.²⁷

Der zweiten Gruppe sind diejenige Fälle zuzuordnen, wo es sich die Frage in Bezug auf die natürliche Ordnung, den üblichen, gewöhnlichen Vorgang der Sachen erhebt. Bei diesen Fällen wird mit dem Wort *naturaliter* auf Eigenschaften von Sachen oder des Verhaltens hingewiesen, die aus ihren innerlichen Eigenschaften oder Gegebenheiten stammen. Um festzustellen ob ein Testament dolose geöffnet war, oder nicht, muss man wissen, wie im Allgemeinen ein Testament geöffnet wird, bzw. wie der Inhalt des Testament für gewöhnlich festgestellt werden kann.

²⁵ D. 8, 3, 20, 1 (Pomponius 33 ad sab.).

²⁶ D. 39, 3, 1, 10 (Ulpianus 53 ad ed.) In ähnlichen Sinne vgl. noch Ulp. D. eod. 15; Ulp. D. eod. 22.

²⁷ D. 32, 70, 12 (Ulpianus 22 ad sab.). et ideo neque album neque naturaliter nigrum contineri nec alterius coloris naturalis.

*Aperire autem hic ille videtur qui naturaliter aperit, sive sint signatae sive non sint legatae, sed tantum naturaliter clausae.*²⁸ Auch in diesem Sinne wird *naturaliter* in einem Fragment verwendet, wo ein Bruchteil des Vermögens vermacht wurde - *cum bonorum parte legata*,²⁹ es stellt sich die Frage in Zusammenhang mit der Teilbarkeit der Sachen. Es ist nicht eindeutig, was geschuldet wird: die Miteigentumsanteile an den einzelnen Gegenständen, oder ihr Schätzwert. Die zwischen den zwei Rechtsschulen bestehende Meinungsverschiedenheit wurde von Pomponius so entschieden, dass er feststellt: der Erben hat die Wahl, ob er lieber die Anteile an den Gegenständen oder den Schätzwert leistet. Er betont aber, dass die Leistung von Anteilen nur bei solchen Sachen erlaubt ist, die ohne Schaden geteilt werden können. Pomponius stellt fest, dass es Sachen gibt, die ihrer natürlichen Beschaffenheit nach – *naturaliter* – unteilbar sind, bei anderen Sachen kann aber die Teilung nicht ohne Schaden vorgenommen werden. Zu dieser Gruppe gehören noch weitere Fälle in Bezug auf die gewöhnliche Art der Leistung der Geldschuld,³⁰ oder eine Stelle wo es um Servituten geht und festgestellt wird: *hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore compenareque debere cum alio commodo.*³¹

In der dritten Gruppe werden solche Stellen erfasst, wo *naturaliter* als Teil eigenständiger juristischen Wendungen oder Begriff vorkommt, wie *possessio naturalis* und *obligatio naturalis*.³² Hier wird häufig *naturaliter* explizit oder implizit als Gegensatz von *civiliter* verwendet. Diese Stellen werden hier nicht weiter geprüft.³³

Meines Erachtens existiert noch ein Kreis, die vierte Gruppe der Fälle wo der Sinn des Wortes *naturaliter* tiefgehender zu suchen ist: in diesen Stellen deutet *naturaliter* auf eine natürliche Ordnung hin, die bei der Meinungsbildung der juristischen Entscheidung einen maßgebenden Aspekt darstellt. Hier weist das Adverb auf eine

²⁸ D. 29, 5, 3, 19 (Ulpianus 50 ad ed.).

²⁹ D. 30, 26, 2 (Pomponius 5 ad sab.) [...] sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest [...].

³⁰ D. 46, 3, 49 (Marcianus I.S. ad hypoth. form.) Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter [...].

³¹ D. 39, 3, 1, 23 (Ulpianus 53 ad ed.) [...] hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore compenareque debere [...].

³² Vgl. Wolfgang Waldstein: *Natura debere, ius gentium und natura aequum* im klassischen römischen Recht. Zu prüfen ist, ob und wieweit in Hinblick auf diese Begriffe auf das *ius naturale*, als normative Ordnung hingewiesen wird. Es ist insbesondere bezüglich der *naturalis obligatio* möglich, dass die *aequitas naturalis* als Bezugnahme im Betracht kommt. Hier geht es wahrscheinlich mehr als rein technische juristische Begriffsbildung.

³³ Im Rahmen dieses Aufsatzes ist es nicht möglich, auch dieses Bedeutungsfeld des Wortes näherer zu untersuchen, obwohl es sicher eine bemerkenswerte Aufgabe wäre. Waldstein stellt es im Zusammenhang mit „*natura servituten*“ fest, dass „*natura* im Sinne der Natur rechtlicher Gebilde bei weitem nicht so häufig vorkommt wie im Sinne der *natura rerum*“ Trotzdem sind 24 Beispiele genannt, wo „*natura*“ direkt auf der Natur juristischen Gebilde hinweist. Vgl. Wolfgang WALDSTEIN: *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*. In: Hildegard TEMPORINI – Wolfgang HAASE: *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt, Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der Neueren Forschung II, Principat, Fünftehnter. Band*. Berlin – New York, Verlag Walter de Gruyter, 1976. 3–100., das betreffende Zitat 55.

eigenständige Ordnung hin, nämlich die Existenz des *ius naturale*. Zwei Beispiele sollen kurz erwähnt werden.³⁴

Der Gegensatz zwischen *ius gentium* und *naturaliter* wird in einem bekannten Fall bei Tryphoninus³⁵ dargestellt, wo das Wesen der Freiheit als von Natur aus gegebene Existenz formuliert wird:³⁶ *ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intellegenda est.*

Ob Schuld vorliegt oder nicht ist im Sinne des Naturrechts zu entscheiden, weil die Freiheit ihrem Wesen nach eine auf Naturrecht beruhende Gegebenheit ist und nicht wie das Eigentumsrecht an Sklaven auf *ius gentium* beruht.

Mit dem zweiten Fall beschäftigt sich Honoré auch bezüglich der Würde des Menschen. Ulpian bemerkt: [...] *licet enim etiam servis naturaliter in suum corpus saevire [...]*.³⁷ Es steht auch Sklaven von Natur aus frei, gegen ihrer eigenen Körper zu wüten.

Weitere Beispiele könnten angeführt werden, aber es zeigt sich schon, dass in Bezug auf das geprüfte Zitat im Wesentlichen zwei Bedeutungsfelder in Betracht kommen: entweder *naturaliter* auf die natürliche, gewöhnliche Ordnung der Sachen hindeutend, oder *naturaliter* als *iure naturali*.

3. Ausblick: eine mögliche Interpretation

Ein Beispiel möchte ich schließlich hervorheben, dem ich in der Doktorarbeit von Wim Decock begegnet bin.³⁸ Es handelt sich um die Werke eines portugiesischen Humanisten, Arias Pinel (1515–1563), der ein erfolgreicher Professor der Rechtswissenschaften in Coimbra, und später in Salamanca war, und dessen Tätigkeit sich um eine kritische Exegese der Quellen des römischen Rechts bemüht. Theorie und Praxis ging in seiner juristischen Laufbahn Hand in Hand, weil er nicht nur als Professor der Rechtswissenschaften, sondern auch als Rechtsanwalt an der

³⁴ Bemerkenswert ist die Stelle Marci. D. 46, 3, 49 (1 ad hypothec. form.), wo es nach Erdődy mit der Wendung *intelleguntur utique naturaliter* eben um den Einklang mit den Regelungen des *ius naturale* hingewiesen wird. Vgl. ERDŐDY, János: *Radix omnium bonorum? A pénzfelősszefűggő egyes római dologi jogi kérdésekről.* (Sachenrechtliche Fragenstellungen im Zusammenhang mit dem Geld) Dissertation. Budapest, PPKE JÁK, 2012. 152. f.

³⁵ D. 12, 6, 64. (Tryphoninus 7 disp.).

³⁶ „Wenn ein Eigentümer, dass was er seinem Sklaven schuldet, diesem nach der Freilassung leistet, kann er es, obwohl er in der irrigen Annahme leistete, ihm mit irgendeiner Klage zu haften, dennoch nicht zurückverlangen, weil er [mit der Leistung] eine naturrechtliche Schuld anerkannt hat. So wie nämlich die Freiheit auf dem Naturrecht beruht, das Eigentumsrecht an Sklaven durch das Völkergemeinrecht eingeführt worden ist, so ist auch bei der Kondiktion die Entscheidung über Geschuldetes oder Nichtgeschuldetes nach naturrechtlichen Grundsätzen zu treffen“.

³⁷ D. 15, 1, 9, 7 (Ulpianus 29 ad ed.).

³⁸ Wim DECOCK: *Theologians and contract law. The moral transformation of the ius commune.* Leuven, 2011. Dissertation. 455. ff., Insbesondere 464. ff. Vgl. noch einem von Paul J. Du Plessis herausgegebenen Sammlungsband veröffentlichten Arbeit in. *Reassessing Legal Humanism and its Claims-Petere fontes?*

Casa de Suplicacion in Lissabon³⁹ tätig war. Ich bin nicht unbedingt mit all seinen Behauptungen einverstanden, aber im Hinblick auf die von Pinel gestellten Fragen und die Methode ihrer Beantwortung lohnt sich die Beschäftigung mit seiner Arbeit. Wie es Decock in seiner ausführlichen Untersuchung hervorhebt, waren für Pinel zwei wesentliche Aspekte während seiner Arbeit von besonderer Bedeutung. Einerseits hielt er es für äußerst wichtig, das Material des *ius commune* von dem justinianischen römischen Recht zu trennen. Als Folge daraus bemüht er sich andererseits sehr stark darum, die Quellen des justinianischen Rechts originalgetreu, das heißt, dem Kontext getreu zu interpretieren und den *verum sensum* der Quellen in ihrem ursprünglichen Kontext darzustellen.⁴⁰ In seiner Arbeit *Commentarii ad rubricam et legem 2, c. de rescindenda venditione* beschäftigt er sich mit der Problematik des gerechten Preises, bzw. der *laesio enormis*, in diesem Zusammenhang versucht er die genaue Bedeutung der oben zitierte Aussage Ulpianus zu schildern, und damit eine neue Interpretation, also eine von der damaligen *communis opinio*⁴¹ abweichende Auslegung des Textes zu geben. Leider ist es hier nicht möglich, alle seiner Auslegungen bezüglich des Zitats darzustellen, aber auf einige Gedanken deute ich kurz hin. Nach seiner Auslegung ist dieser Satz im Kontext des betreffenden Titels der Digesten zu lesen, der Kontext darf in keinem der Fälle außer Acht gelassen werden. Die Stelle findet sich unter dem Titel über die Mündigen, die jünger als fünfundzwanzig Jahre sind. Unmittelbar vor der Formulierung der Aussage werden Rechtsfälle behandelt, in denen es um die Frage geht, mit welchem Rechtsmittel der Minor die Wiedergutmachung seines Nachteiles verlangen kann. Ulpian macht darauf aufmerksam, dass vor der Zulassung der *in integrum restitutio* zu prüfen ist, ob ihm eine zivilrechtliche Klage zur Verfügung steht.⁴² Die Frage ist dann, ob der Vertrag – hier also die *emptio venditio* – trotz der *circumvenio* gültig zustande gekommen ist. Daraus folgt, dass Ulpian mit dieser Aussage kein zu befolgendes Verhaltensmuster zeigen und kein Rechtsprinzip formulieren, sondern bloß seine Erfahrungen zum Ausdruck bringen wollte, die hinsichtlich der Mündigen unter fünfundzwanzig Jahren beachtet werden muss. Pinels Meinung zufolge bedeutet hier *licere* eher *permittitur* oder *humano iure non punitur*. In diesem Zusammenhang beschäftigt er sich auch mit der Interpretation des Wortes *naturaliter*. Er stellt fest, dass es gefährlich wäre, in diesem Kontext den philosophischen Sinn des *ius*

³⁹ Ibid. 139. This contribution draws on material previously published in Wim DECOCK: *Theologians and contract law, The moral transformation of the ius commune (c. 1500–1650)*. Leiden, Brill–Nijhoff, 2013. 566–589.

⁴⁰ “Pinel looks for nothing but the true meaning (*verus sensus*) of the Roman texts. He wants to understand them in their original context. He wants to highlight the fundamental difference between the pagan worldview of the classical jurists and the Christian *ius commune* as it developed in the later Middle Ages.” DECOCK aaO. 460.

⁴¹ Decock weist darauf hin, dass dem damals allgemein akzeptierten Standpunkt nach war einander übervorteilen im Bereich des Kaufvertrages solange erlaubt, wieweit dessen Ausmaß nicht auffallend groß wird („as long as the quantity of the harm was moderate”). Vgl. DECOCK aaO. 464.

⁴² D. 4, 4, 16 pr. (Ulpianus 11 ad ed.): [...] *num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem* [...].

naturale mit seiner juristischen Bedeutung zu verwechseln.⁴³ Es wird betont, dass laut *aequitas naturalis* kein Übervorteilen erlaubt ist, *naturaliter* deutet also hier auf die juristische Auslegung, das heißt auf *naturae norma* hin, die seit Pinel hier als *iure gentium* zu interpretieren ist.⁴⁴

4. Zusammenfassung

Dass die Suche nach dem *iustum pretium* „ein juristisches Ewigkeitsproblem“ ist, wie Finkenaue⁴⁵ bereits feststelle, ist unbestritten. Nach diesem kurzen Überblick ist es aber vielleicht sichtbar, dass schon ein kleines Segment der Problematik viele zu beantwortende Fragen aufwirft. Die Interpretation des Adverbs *naturaliter* in Bezug auf den *verum sensum* des Textes führt dazu, dass diese Aussage nicht als Grundsatz zu betrachten ist, vielmehr geht es hier um die Schilderung einer spontanen menschlichen Reaktion, die unter den damals – und auch heute – herrschenden Marktverhältnissen in Erscheinung tritt, wobei die wehrlose Position der Mündigen unter fünfundzwanzig Jahren unter besonderen Schutz gestellt wird.

⁴³ Vgl. DECOCK aaO. 466. “Exponit enim gl. *naturaliter*, id est *iure gentium*. Intelligo autem, ut secundum exactissimam illam priorem aequitatem naturalem non dicatur licere contrahentibus invicem se in precio nec in alia re circumvenire. Nam secundum eam naturae normam omnes homines cognati et mutua dilectionis lege continere dicuntur”.

⁴⁴ Vgl. *ibid.* 466. “Exponitur ergo, *naturaliter*, id est *iure gentium*, quia humana ratione gentiumque et populorum iudicio compertum est, permittendam fuisse eam laesionem in pretio, ne ex nimia aequalitatis observatione commercia turbarentur. Nulla enim conventio securitatem praestaret, nunquam litium finis esset, si ob laesionem in pretio conventa revocarentur”.

⁴⁵ Thomas FINKENAUER: Iustitia und iustus bei den römischen Juristen. *Fundamina (Pretoria)*, vol. 20., no 1.(2014) 287–300.

DIE SOZIALE SICHTWEISE VON JÁNOS ZLINSZKY ALS VERFASSUNGSRICHTER

Kinga ZAKARIÁS

Assistant Professor, Katholische Universität Pázmány Péter

Ich möchte meinen Vortrag mit denjenigen Sätzen eröffnen, mit denen ich von Herrn Professor Zlinszky Abschied genommen habe:

„Der menschliche Leib ist zu Staub geworden, aber das Beispiel und die Gemeinschaft erhaltende Kraft der Erinnerung haben sich gehalten. Unsere Aufgabe ist es, sein Andenken und sein Schaffen zu bewahren.“¹

Aus dem reichen und weitverzweigten Lebenswerk von János Zlinszky hebe ich jenen Teil hervor, in dem er als Verfassungsrichter die soziale Sichtweise des christlichen Menschen zur Geltung gebracht hat.

2008 ergänzte Zlinszky auf der Konferenz zum 800-jährigen Jubiläum der Geburt der Heiligen Elisabeth an der Ungarischen Akademie der Wissenschaften die Lehre der Bergpredigt, das soziale Programm Jesu („*Was ihr einem meiner geringsten Brüder getan habt, das habt ihr mir getan*“, Matthäus: 25, 40) mit einer drohenden Mahnung („Was wir einem der Bedürftigen nicht tun, versäumen wir Ihm gegenüber!“) und machte uns darauf aufmerksam, dass auch das Verfassungsgericht etwas versäumt hatte; War es doch zurückgeschrocken, als es die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsnormen im Licht der sozialen Sicherheit und des gemäß dem Grundgesetz allen zukommenden Existenzminimums bewerten musste.²

Zlinszky hatte schon damals seine in dieser Sache von der Mehrheit abweichende Meinung kundgetan, was von einer Reihe von Sondervoten und parallelen Meinungen bezeugt wird.

¹ ZAKARIÁS, Kinga: Prof. Dr. Zlinszky János emlékére. (Zum Gedenken an János Zlinszky) *Iustum Aequum Salutare*, 2015/2. 60.

² ZLINSZKY, János: „Szent Erzsébetből hős szeretet árada!” (Heilige Elisabeth strahlt heroische Liebe aus (unarisches Kirchenlied) *Vigilia*, 2008/3. 166–167.

Laut der Mehrheit des Verfassungsgerichts definiert das in § 70/E. Absatz (1) beinhaltete Recht auf soziale Sicherheit beziehungsweise die zur Existenzsicherung erforderliche Fürsorge im Alter, bei Krankheit und Invalidität, im Witwen- und Waisenstand sowie bei Arbeitslosigkeit ohne eigenes Verschulden nur eine staatliche Aufgabe, die keinen verfassungsmäßigen Maßstab hat.³

Den Hauptgedanken der Mehrheitsmeinung formulierte als erster László Sólyom in seiner der Entscheidung 31/1990. VerfG beigefügten parallelen Meinung:

„Die Anordnung des § 70/E., demnach die Staatsbürger Recht auf soziale Sicherheit haben, gibt niemandem subjektives Recht „auf Sicherheit“, da die rechtlichen Ansprüche in solcher Allgemeinheit nicht definierbar sind. Die bezüglichen subjektiven Rechte müssen von der Gesetzgebung (und von der gerichtlichen Praxis) definiert werden [...] In Bezug auf die sozialen Rechte geht es nicht um subjektives Recht, sondern um staatliche Aufgabe. [...] (Die Verfassung garantiert auch nicht das Existenzminimum [...])“⁴

Die der Entscheidung 24/1991. (V. 18.) des Verfassungsgerichts beigelegten Sondervoten formulierten zum ersten Mal einen dem entgegengesetzten Standpunkt: „Das in der Verfassung festgelegte Recht auf soziale Sicherheit ist nicht bloß ein Programm.“⁵ János Zlinszky hatte sich den Vertretern einer abweichenden Meinung angeschlossen, ungeachtet dessen, dass er als Berichterstatter den Beschluss selbst vorbereitet hatte, der die Überprüfung der mit der Sozialversicherung und der Rente zusammenhängenden Rechtsnormen aufhob; mit der Begründung, dass die umfassende Reform des Rentensystems im Gange sei.

Die mehrheitliche Begründung der Entscheidung 31/1993. (V. 21.) des Verfassungsgerichts, die die Bedingungen des Arbeitslosengeldes untersuchte, verneinte ausdrücklich den subjektiv-rechtlichen Charakter des Rechts auf Unterhalt.⁶

„Aus den zitierten Anordnungen der Verfassung ergibt sich nicht, dass jeder (ohne eigenes Verschulden) arbeitsloser Staatsbürger nur infolge dieser Tatsache subjektives Recht auf Arbeitslosengeld hat. Das Arbeitslosengeld ist nur eines und nicht ausschließliches Mittel der Durchsetzung des Rechts auf Unterhalt.“⁷

³ Entscheidung 2093/B/1991., VerfGE 1992, 546., 547.; Entscheidung 600/B/1993., VerfGE 1993, 671., 672.

⁴ VerfGE 1990, 136., 142.

⁵ Abweichende Meinung der Verfassungsrichtern Géza Kilényi, András Szabó, Imre Vörös und János Zlinszky, VerfGE 1991, 363., 366.

⁶ SÓLYOM, László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon.* (Die Anfänge der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn) Budapest, Osiris, 2001. 661.

⁷ VerfGE 1993, 242., 243.

In seiner parallelen Begründung hatte Zlinszky zwar angenommen, dass niemand das in der Verfassung festgesetzte subjektive Recht auf Arbeitslosengeld hat (darum hatte er die Ablehnung des Antrags unterstützt), aber er hielt es für wichtig zu betonen:

„Die zweite Wendung d. 70/E. § (1) Abs. der Verfassung etabliert hingegen ein klar ausgedrücktes subjektives Recht für alle ungarischen Staatsbürger: Sie setzt das staatsbürgerliche Recht auf die zur Existenzsicherung erforderliche Fürsorge fest, unter anderem auch für den Fall der Arbeitslosigkeit ohne eigenes Verschulden.“⁸

Nach Zlinszky gewährleistet die zweite Wendung d. 70/E. § (1) Abs. also – neben dem in der ersten Wendung gewährleisteten Recht auf soziale Sicherheit – als separates Recht das Recht auf die zur Existenzsicherung erforderliche Fürsorge. Die Definition der Form der Fürsorge ist die Aufgabe des Gesetzgebers, ihre Beurteilung jedoch die Aufgabe des Rechtsanwenders.

„Wenn ein arbeitslos gewordener ungarischer Staatsbürger Arbeitslosenunterstützung beantragt und das verführende Organ – eventuell Gericht – die Lage so beurteilt, dass der/die Arbeitslose den zur Arbeitslosenunterstützung berechtigenden Bedingungen nicht entspricht, ist das Verfahrensorgan (das Gericht) zugleich verpflichtet, den Staatsbürger auch darüber zu informieren, im Rahmen welcher sozialen Fürsorge seine Versorgung bis zu einem für die Existenzsicherung erforderlichen Maß gelöst wird, sowie darüber, wohin er sich wenden kann.“⁹

In der Leitentscheidung des Verfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit gewisser sozialer Anordnungen des Bokros-Pakets aus dem Jahre 1995 über einige der wirtschaftlichen Stabilisierung dienende Gesetzänderungen änderte sich der Standpunkt der Mehrheit einigermaßen, was die Beurteilung des Rechts auf soziale Sicherheit anbelangt. Obwohl die Entscheidung nicht unmittelbar das Recht auf soziale Sicherheit als Maßstab betrachtete, sondern den verfassungsmäßigen Schutz des Eigentums bei den das Versicherungselement beinhaltenden Sozialleistungen und den aus der Rechtstaatlichkeit und der Rechtsicherheit abgeleiteten geringeren Vertrauensschutz bei den Beihilfeleistungen, fasste das Verfassungsgericht seine Praxis zusammen und gab den Maßstab mit dem Schutz des minimalen Niveaus an.

„Das Verfassungsgericht hat darauf hingewiesen, dass die verfassungsmäßigen Maßstäbe der gesetzlichen Änderungen der sozialen Versorgungen teils unabhängig sind von der Frage, welche

⁸ VerfGE 1993, 242., 245.

⁹ VerfGE 1993, 242., 245–246.

Sozialleistungen den Berechtigten aufgrund von §70/E. der Verfassung zukommen. Bei der Beurteilung dessen, was und wie man genossene Sozialleistungen verfassungsmäßig entziehen kann, spielen die sozialen Rechte insofern eine Rolle, dass sich das Maß der sozialen Versorgung in seiner Gesamtheit im Laufe des Entzugs nicht unter das laut §70/E. erforderliche minimale Niveau vermindern kann.“¹⁰

Das Verfassungsgericht hatte also zwar das soziale Rücktrittsverbot formuliert, jedoch nicht den Gehalt des minimalen Niveaus bestimmt.

In seiner parallelen Meinung hatte Zlinszky die mehrheitliche Entscheidung damit ergänzt, dass – seinem Standpunkt zufolge – die im Laufe des Übergangs zur Marktwirtschaft Benachteiligten – infolge der freien Durchsetzung der Marktverhältnisse – in der vorherigen sozialen Ordnung staatliche Versprechen bezüglich ihrer sozialen Sicherheit erworben hatten, die ihnen von der ersten Wendung des Absatzes 70/E. der Verfassung (das Recht auf soziale Sicherheit) in Übereinstimmung mit den verfassungsmäßigen Anforderungen des Eigentumsschutzes geleistet werden. Aber im Falle derjenigen, die, zwar ohne solche Garantie, jedoch dennoch ihre Existenzgrundlage ohne Eigenverschulden als Folge der Umstellung verlieren, verpflichtet die zweite Wendung des §70/E. der Verfassung (das Recht auf Unterhalt) – aufgrund eines im §17 formulierten Prinzips – den Staat zur Gewährleistung der zur Existenzsicherung erforderlichen Fürsorge (Ergänzung).¹¹

Das Verfassungsgericht (das heißt die Mehrheit) hatte zwar anerkannt, dass der unter den allgemeinen Anordnungen der früheren Verfassung formulierte §17, demnach die Republik Ungarn [...] durch umfassende Sozialmaßnahmen für die Bedürftigen sorgt, eng an §70/E geknüpft ist: §17 schreibt nämlich für den Gesetzgeber die Erreichung der bestimmten Ziele mit verpflichtendem Charakter vor, was die unter den Grundrechten geregelten sozialen Anordnungen »gewissermaßen« konkretisieren.¹² Die »Gewissermaßen-Klausel« weist darauf hin, dass die gleichzeitige Untersuchung der zwei Absätze in der Auslegung der Mehrheit denjenigen Standpunkt verstärkt, demzufolge es „in Bezug auf die sozialen Rechte nicht um subjektives Recht, sondern um einen Verfassungsauftrag geht.“¹³

Zlinszky begründete in seiner der das Bokros-Paket untersuchenden Grundentscheidung beigefügten parallelen Meinung die Übernahme der im Laufe des Übergangs zur Marktwirtschaft auftauchenden Nachteile mit dem Interesse des Einzelnen und der Gemeinschaften, konkret mit dem Schutz des Lebensstandards und der Menschenwürde.¹⁴ Nach Zlinszky muss der Rechtsstaat all denjenigen ein soziales Schutznetz gewährleisten, die sich auf die neue Ordnung nicht rechtzeitig

¹⁰ VerfGE 1995, 188, 192.

¹¹ VerfGE 1995, 188., 200.

¹² Entscheidung 652/G/1994., VerfGE 574., 578.

¹³ Entscheidung 31/1990. (XII.18.), VerfGE 1990, 136., 142.

¹⁴ VerfGE 1995, 188., 200.

vorbereiten konnten, die von der freien Durchsetzung der Marktverhältnisse ungleich benachteiligt werden oder denjenigen, die wegen ihres Alters, ihres Gesundheitszustands oder aus anderen Gründen unfähig sind, sich auf die neuen Verhältnisse einzustellen.

Die Personenwürde sei in der Deutung von Zlinszky die 'wertverwirklichende' Fähigkeit des Menschen, deren Grundlage ist, dass der Mensch der Gefährte des Schöpfers sei, eine ihm gleiche Persönlichkeit (nicht gleichwertige Persönlichkeit, aber gleich gesetzte Persönlichkeit), dessen geschöpfte Selbständigkeit sein größter Wert sei, den das Recht schützen müsse.¹⁵

Der Bezug auf die „Personenwürde“ ist darum beachtenswert, weil das Verfassungsgericht drei Jahre später (drei Monate nach dem Ablauf von Zlinszkys Mandat) im Recht auf Menschenwürde festen Griff zur positiven Definierung des verfassungsmäßigen Gehalts des Rechts auf soziale Sicherheit fand.

Die Entscheidung 32/1998. (VI. 25.) des Verfassungsgerichts stellte im Tenor als verfassungskonforme Auslegung fest: Das im §70/E. definierte Recht auf soziale Sicherheit bedeutet die staatliche Gewährleistung eines (von der Gesamtheit der sozialen Dienstleistungen darzubietenden) Existenzminimums, das für die Durchsetzung des Rechts auf Menschenwürde unerlässlich ist.¹⁶

Laut der die Auslegungen der sozialen Anordnungen zusammenfassenden Entscheidung 42/2000. (XI. 8.) des Verfassungsgerichts „ist der verfassungsmäßige Maßstab hiermit – infolge der Einbeziehung des Rechts auf Menschenwürde – von der Abstraktheit des §70/E. Absatz (1) her (die Aufrechterhaltung des sozialen Versorgungssystems zur Gewährleistung der zur Existenzsicherung erforderlichen Fürsorge) auch im Hinblick auf die Qualität konkreter geworden.“¹⁷ In dieser Entscheidung verknüpfte das Verfassungsgericht – mit Bezugnahme auf die unzertrennliche Einheit des Rechts auf Leben und des Rechts auf Menschenwürde – das Recht auf soziale Sicherheit mit dem Recht auf Leben und definiert als grundlegende verfassungsmäßige Anforderung den Schutz des Menschenlebens und der Menschenwürde. Das Verfassungsgericht hat zwar aus der Garantie des Existenzminimums die Ableitung des Rechts auf angemessene Wohnung als verfassungsmäßiges Recht nicht anerkannt, hat aber zugleich erklärt, dass der Staat verpflichtet ist, für die grundlegenden Bedingungen des menschlichen Daseins – so im Falle der Obdachlosigkeit zur Beseitigung der das Menschenleben drohenden Gefahrensituation, also für Unterkunft – zu sorgen.¹⁸

Die Entscheidung wurde von János Zlinszky in seinem Antrittsvortrag an der Akademie so bewertet, dass aufgrund dieser „bei unserem Klima im Winter zum Existenzminimum auch die Möglichkeit des Aufenthalts an einem überdachten, geheizten Ort gehört“.

¹⁵ ZLINSZKY, János: *Keresztény erkölcs és jogászai etika.* (Christliche Moral und juristische Ethik) Budapest, Szent István Társulat, 1998. 30.

¹⁶ VerfGE 1998, 251.

¹⁷ VerfGE 2000, 329., 334.

¹⁸ VerfGE 2000, 329.

Das Verfassungsgericht erklärte bereits in einer späteren Entscheidung, dass der Schutz der Menschenwürde auch erfordert, dass sich der Staat von der gesetzlichen Festlegung der Maßnahmen fernhalten soll, deren Anwendung – erkennbar aus dem Umfeld der Rechtsnormen – die Existenz der Privatperson und der mit ihr zusammenlebenden Angehörigen schwer gefährden kann.¹⁹

Das Verfassungsgericht hatte im Laufe der Untersuchung zur 98%-igen Sondersteuer für Abfindungen ausdrücklich festgesetzt, dass der Staat eingreifen muss, wenn der Einzelne nicht fähig ist, für sich selbst ein im materiellen Sinne würdiges Leben zu sichern und unterhalb des materiellen Existenzminimums lebt, das heißt, dass die Menschenwürde auch eine den Leistungsanspruch begründende Funktion hat.²⁰

Nach meinem Standpunkt sind die Wurzeln der neuartigen Annäherung, die Verknüpfung der positiven Definition des Existenzminimums mit dem Menschenleben und der Menschenwürde schon in der zitierten parallelen Meinung von Zlinszky zu erkennen und sie erscheinen eindeutig auch in seiner die Eintragung des Rechts auf angemessene Wohnung fordernden Schrift aus dem Jahre 2010. Nach Zlinszky „kann nur der über ein Heim, über eine Wohnung verfügende Bürger als Mensch in der Gesellschaft leben, menschliches Leben führen. Das Heim ist in diesem Zusammenhang die Voraussetzung der Personenwürde, der Menschenwürde“ und „[d]ie Sicherung der Wohnung, des Heimes für den Einzelnen, für sich selbst beziehungsweise für seine Familie ist also ein an seinem menschlichen Dasein fest haftendes und davon untrennbares Grundrecht“.²¹

Zlinszky hatte den obigen Artikel im Jahre 2011 (in seiner Studie mit dem Titel „A készülő Alaptörvényhez“ ohne jeden Kommentar) mit unverändertem Inhalt erneut veröffentlicht. Als Schlusswort rief er die Nation zur Verwirklichung des als Ostergeschenk erhaltenen Grundgesetzes auf.²²

Der XIX. Artikel des Grundgesetzes über die soziale Sicherheit ordnet aber keine Rechte an, sondern kennzeichnet Staatsverpflichtungen und Staatsziele. Anhand von Absatz (1) des XIX. Artikels ist Ungarn bestrebt, allen seinen Staatsangehörigen soziale Sicherheit zu gewähren und unterstützt die Gewährleistung des Lebensunterhalts im Alter. Darum kam erneut die Debatte innerhalb des Verfassungsgerichts über die rechtliche Natur des Rechts auf soziale Sicherheit auf.

Die Mehrheit des Verfassungsgerichts nahm aber diesmal Stellung zum subjektiv-rechtlichen Charakter des Rechts auf soziale Sicherheit. Die Entscheidung 28/2015. (IX. 24.) des Verfassungsgerichts – angelehnt an die frühere Praxis – erklärte:

¹⁹ Entscheidung 73/2009. (VII. 10.), VerfGE 2009, 735., 741.

²⁰ Entscheidung 37/2011. (V. 10.), VerfGE 2011, 225, 235.

²¹ ZLINSZKY, János: Iktassák Alkotmányba a lakhatáshoz való jogot?! (Soll man das Recht auf angemessene Wohnung in die Verfassung eintragen?/ Man soll das Recht auf angemessene Wohnung / auf Bewohnbarkeit in die Verfassung eintragen!) *Magyar jog*, 2010/11. 669.

²² ZLINSZKY, János: A készülő Alaptörvényhez. (Das entstehende Grundgesetz) In: DRINÓCZI, Tímea – JAKAB, András: *Alkotmányozás Magyarországon 2010–2011*. (Vergassungsgesetzgebung in Ungarn 2010–2011) II. Budapest, HVG-Orac, 2015. 3–501., 504.

„[...] obwohl der XIX. Artikel kennzeichnend Staatsziele und nicht Grundrechte behandelt, enthält dieser Artikel des Grundgesetzes »ein im Grundgesetz gewährleistetes Recht« in dem Sinne, dass er den rechtlichen Befugnissen (an bestimmten Lebenssituationen gebunden) grundgesetzlichen Hintergrund gewährt. Obwohl die Einzelheiten der gesetzlichen Bedingungen oder die Bedingungen der Rentenberechtigung als konkrete Teilregeln nicht aus dem Grundgesetz folgen, bedeutet der grundgesetzliche Hintergrund, dass die abstrakte Berechtigung sowohl die Staatsrente als auch den Schutz der Frauen betreffend dem Grundgesetz entstammt.“²³

Der die soziale Sicherheit ausschließlich als Staatsziel betrachtende Standpunkt erscheint in der [der Entscheidung 25/2016. (X. 30.) des Verfassungsgerichts beigefügten] abweichenden Meinung des Verfassungsrichters Egon Dienes Oehm, der sich die Verfassungsrichter István Balsai und István Strumpf, beziehungsweise die Verfassungsrichterin Mária Szívós angeschlossen hatten.²⁴

Zum Abschluss würde ich erneut auf die oben genannte Konferenz verweisen, auf der János Zlinszky die Heilige Elisabeth, das Vorbild des sozialen Verhaltens, vor uns stellte in der Hoffnung, dass ihr Beispiel das Land aufrütteln und uns dazu auffordern würde, unsere eigenen verfassungsmäßigen Verpflichtungen ernst zu nehmen und die in unserem Land auf uns wartenden sozialen Aufgaben verantwortungsvoll zu übernehmen. Meiner Meinung nach können wir János Zlinszky als Vorbild für die künftigen Juristengenerationen ansehen.

²³ Rn. [34].

²⁴ Rn. [54]–[55].

DISSENTING AND CONCURRING OPINIONS BY JÁNOS ZLINSZKY

The constitutional protection of private property

Lilla SZÁDVÁRI

graduating law student, Pázmány Péter Catholic University

1. Introduction

As member of the newly established Constitutional Court, between 1990–1998, János Zlinszky formulated almost fifty dissenting and concurring opinions. That number is deemed very high, and testifies about a unique legal thinking.

The purpose of this paper is to reveal this unique standpoint by Zlinszky as compared to the majority opinion of the Constitutional Court (hereinafter ‘Court’). This is focused in particular to the issue of constitutional protection of private property. I also intend to show Zlinszky’s defining role in Hungary’s transition of law and the establishment of the rule of law.

As a first step, an overall, thematic statistics was set up cumulating the dissenting and concurring opinions by Zlinszky. Hence it was possible to outline the guidelines of Zlinszky’s legal thinking. It also served as a tool to narrow down the topic of the present research.¹

From the results of the statistics the following conclusion could be drawn regarding Zlinszky’s legal thinking.

Zlinszky believed that the constitution has an *inherent set of values* that should be implied in all cases in order to validate the real content of the rule of law. As opposed to the majority opinion of the Court insisting on the application of the so-called *narrower sense of the law*, as a necessary element for the legal transition, Zlinszky examined the legal cases from a higher perspective, placing those in the actual historical and social context. He always posed the human being in the center of his considerations in order to find a solution that serves not only the narrower, formal

¹ Lilla SZÁDVÁRI: *Thematic statistics on the dissenting and concurring opinions by János Zlinszky*. Budapest, Zlinszky János Műhely, 2018.

sense of rule of law but also the real, material sense, able to meet the real needs of society.

The four major territories to which Zlinszky formulated dissenting or concurring opinions are the followings: protection of property, rule of law, discrimination and social security (including the pensions). The present paper analyses the issue of private property and those parts of social security that have relevance to the constitutional protection of private property; namely, the matter of pensions and the issue of fundamental right to social care (as the specific, one and only fundamental right of social security).²

Zlinszky paid outstanding attention to the issue of private property, one of the most important issues of the Court itself. In the transition period, according to Zlinszky, settling property relationship was the ‘pre-requisite of the transition from socialism to market economy’.³

Concerning the sources of argumentation, Zlinszky frequently turned to Roman law, transiting its legal solutions and principles to modern law. In respect of private property, this statement is even more accentuated.

2. The concept of rem and the property relationship covered by constitutional protection according to Zlinszky

It is important to clarify certain definitions used by Zlinszky for the constitutional protection of private property. Zlinszky used a unique, special concept for the rem and the property relationship which is covered by constitutional protection. He originated the concepts from Roman law. The following section of this paper deals with the concept of rem and the concept of property relationship falling under constitutional protection as seen by Zlinszky.

2.1. The concept of rem covered by constitutional protection according to Zlinszky

The object of constitutional protection of private property is a cumulative term covering the objects of civil law property (movable and immovable properties), also the property rights and rights acquired by work. Zlinszky used a special concept for the civil law definition of rem covered by constitutional protection. He stated that rems can be classified into three categories. Under the first category fall the rems for consumption, under the second money as a rem; whereas, under the third category those rems fall which step into personal relationship with their owners, at the same time, are long-lasting by nature. He stated that it is only to the rems covered

² The Hungarian Republic recognises the right to social care as a fundamental right that shall be provided for all by social security and the system of the social institutions. Art. 70/E. § (2) of The Constitution of the Hungarian Republic (1989) (hereinafter ‘Constitution’).

³ ZLINSZKY, János: Észrevételek a magánjog új törvénykönyvéhez. [Observations to the new Hungarian Civil Code (2013)] In: KOLTAY, András (ed.): *A tizenkét táblától tizenkét ponton át a magánjog új törvénykönyvéig. [From Lex Duodecim Tabularum through the Twelve Points (1848) to the new Hungarian Civil Code (2013)]* Budapest, Szent István Társulat, 2013. 669.

by the third category, to the so called *rems in a narrower sense* that constitutional protection should be provided. He originated this idea from Roman law, the division of *meum est* and *meum est ex iure quiritium*.⁴

2.2. The concept of property relationship covered by constitutional protection according to Zlinszky

Concerning the property relationship falling under the constitutional protection of private property, Zlinszky suggested going back again to the example of Roman law. Roman law regulates between the rem and the owner of the rem in contrast to modern laws that regulate between legal entities. He initiated introducing this concept in the Act V of 2013 on the Civil Code (hereinafter ‘Hungarian Civil Code’).⁵

After clarifying the basic concepts used by Zlinszky, let us unfold his standpoint on the issue of constitutional protection of private property based on the dissenting and concurring opinions attached to the Court’s decisions. The first part of this paper will deal with the matter of establishment and the termination of property, and the right to disposal of property. The second part of the paper will deal with the topic of pensions, namely, the stabilization of pensions and the common acquisition of the pension system. Finally, it comes to the insufficient, unconstitutional civil law regulations on the protection of private property based on Zlinszky’s argumentation.

3. Establishment and termination of property

Zlinszky in his dissenting and concurring opinions emphasized that property can be established and terminated only upon a legal title and by the will of the owner.⁶ There may be cases when the termination of property is independent from the will

⁴ The importance of the division of *meum est* and *meum est ex iure quiritium* in Roman law means that if a rem is *meum est*, that is *is mine*, it does not mean that the rem should be *meum est ex iure quiritium* that is *mine by the law*. The civil law protection (a much stronger protection than the protection by custom) was provided only to those rems that fell under the law of quirities. The category of rems falling under the law of quirites was very narrow at the initial period of the Roman society, it included only the 2–2 iugerum lands distributed to the pater familias and the house of the family. As the state became stronger, the category of rems covered by the law of quirites was extended. ZLINSZKY, János: *Állam és jog az ősi Rómában. (State and law in the ancient Rome.)* Budapest, Akadémiai Kiadó, 1997. 187–188.

⁵ ZLINSZKY, János: Alkotmányos tulajdonvédelem – biztonság a jogállamban – és a Ptk. 118. §. [Constitutional protection of private property, security in the constitutional state, in relation to 118. § of the Hungarian Civil Code (1959).] *Polgári jogi kodifikáció*, 2005/1. 18–20.

⁶ Zlinszky János 15/1993. (III.12.) AB határozathoz fűzött különvéleménye, ABH 1993. 135–136. (Dissenting opinion by János Zlinszky to decision 15 of 1993 of the Hungarian Constitutional Court: 12 March 1993 on the compensation for expropriations; hereinafter ‘Dissenting opinion by Zlinszky to decision 15 of 1993’)

of the owner, though in these cases Art. 13. § (1)–(2) of the Constitution, that is the constitutional criteria for expropriation shall be applied.⁷

Zlinszky pointed out the urgency and importance of the adequate settlement of property relationship several times, namely, to the sensitive problem of re-privatization after the transition period as an essential criterion for the establishment of rule of law and the transition to market economy. The following dissenting opinion shows clearly the inadequate settlement of this issue, and the standpoint of Zlinszky's.

3.1. Dissenting opinion of Zlinszky to the decision no.15/1993 of the Court; the matter of expropriation

The complainants attacked the regulation of the Act on Compensation, not differentiating between the aggrieved groups of persons based on the principle of legality.⁸

The Court ruled that the case falls out of the competence of the Court due to the fact that there was no existing living practice in the case concerned. The Court also stated that the Act on Compensation is not unconstitutional since it ensures the right to turn to court for the aggrieved persons in case of breaching the principle of legality.

Zlinszky put forth a different position compared to the majority opinion by declaring that the continuous and consequent refusal of the ordinary courts and the Supreme Court to decide and supervise these cases constitute a living practice. Accordingly, the Court had competence and should have decided in the merits of the case. Moreover, he added that the Act on Compensation should have differentiated between the aggrieved groups of persons just *based on the principle of legality*.⁹ He also stated that the fundamental right of the aggrieved to court has been breached due to the fact that the ordinary courts rejected to rule on these cases. The mere possibility to turn to court does not ensure the basic, fundamental right of aggrieved persons to the court.

Zlinszky suggested categorizing the aggrieved persons into three groups based on legality. The three groups are the followings.

First group: lack of formal legal basis, the decisions are not in harmony with legality.

⁷ The Hungarian Republic ensures the right to property. Property shall be expropriated exceptionally, upon public interest, in cases and in a manner regulated by an act and with a full, unconditional, immediate compensation. 13. § (1)–(2) of the Constitution, translated by Lilla SZÁDVÁRI.

⁸ The Constitutional Court decided to realize the legal transition on the basis of the constitutional principle of legality. Based on legality, all the legal relationships established legally in the former system should be recognized as valid in the new system too. Decision 11 of 1992 of the Hungarian Constitutional Court: 5 March 1992 on the retroactive prosecution of serious criminal offences, part III, point 3 of the reasoning. See [http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/3aca039c89527bc1258382003c4639/\\$FILE/en_0011_1992.pdf](http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/3aca039c89527bc1258382003c4639/$FILE/en_0011_1992.pdf)

⁹ Dissenting opinion by Zlinszky to decision 15 of 1993 opt. cit. 134.

To the first category belong aggrieved persons whose property was expropriated based on an unlawful administrative act and no remedy was provided against the decision at the time of the expropriation. Zlinszky stated that the mere fact of not providing the legal, basic right to court to the aggrieved against these decisions does not result constitutive effect of the unlawful decisions. Thus, in these cases, the property right was not transferred to the state, the original owners are still legal owners of their own property, and hence the fundamental right to court should be ensured to them without failure.

Second group: lack of formal and substantive legal basis; the decisions are not in harmony with legality. To the second category belong those aggrieved persons whose property was expropriated in a manner without referring to any legal instrument. These acts constitute declarations without legal effect, so in these cases providing the right to court to the aggrieved is even more accentual.

Third group: here belong those aggrieved persons whose property was expropriated with full or partial indemnification in return. The demands for indemnification were suspended by later state instruments, but were not terminated by law. Since right to property is a right falling under the law of things and not limited by time, the demands for indemnification replace the former rights in rem. Moreover, due to the fact that later legal regulations did not terminate these demands, the suspension by state acts did not terminate them, only suspended the time for elapse. Therefore the right to court in these cases should be ensured as well to the aggrieved, with the difference that the ordinary courts should examine whether the limitation period for the enforcement of these demands were already passed or not.¹⁰

3.2. Inadequate settlement of property relationships; the rule of law and the principle of legal certainty have been injured

As stated before, Zlinszky considered this problem to be a highlighted issue that should have been handled with urgency and in a precise, adequate manner. Though, the issue became a victim of political constraints, and the Court did not raise its voice in order to ensure the legal transition in harmony with the constitutional criterion of legality, that is with the rule of law. As a consequence, theoretical unity of the fundamental principle of legality was broken; the basic concepts, such as legality, justice, people's power (legitimacy), have been relativized. This became a source of confusion in the use of terms and weakened the institutions of rule of law and legal certainty at the same time. As the beforementioned decision of the Court shows, the concept of property has become devoid of content.

The settlement of property relationship was guided by privatization instead of re-privatization. The legal status of aggrieved persons as owners was not restored; not even any kind of recognition of their demands was provided, despite the fact that property as a legal category cannot be terminated. In turn, a rich layer of the society developed, to whom privatization brought huge benefits. As a consequence, the

¹⁰ Ibid. 134–142.

private law foundation of property with legal title was lost; the concept of possession was superseded in contrast to the priority of commercial property based on the priority of market economy and competition over any other legal values, even though the Court questioned the value and fundamental right quality of market economy and competition several times.¹¹

The following section will introduce the opinion by Zlinszky on the right to dispose over property and its limits, based on a dissenting opinion related to right to pre-emption.

4. Disposing property and its limits

In theory, the owner can do with his property whatever he wants to. Though, modern laws, such as Hungarian Fundamental Law, already regulate this matter in a limited way. It means that the right to dispose over property is not absolute.¹² It has some barriers, e.g. fundamental right to social care, that is a specific element of social security and a subjective right of all citizens. (See in section V.) Let us deal with the state obligation to ensure protection of the right to disposal over property, based on a dissenting opinion of Zlinszky to decision no. 39/1992 of the Court.

4.1. Dissenting opinion by Zlinszky to decision no. 39/1992 of the Constitutional Court; the right to pre-emption

The complainants attacked the act on right to pre-emption. The act concerned ensured first and foremost right to pre-emption to the state owner and the lessees of the state owned share of the joint ownership and their relatives in case of selling the non-state shares by the non- state co-owners, but it did not ensure the same first and foremost right to pre-emption to the non-state owners and to the lessees and their family members of the non-state owned property share in return in case of selling the state shares. The complainants referred to Art. 70/A. § of the Constitution, that is the provision on prohibition of discrimination.¹³

The Court ruled that determining the order of the entitled persons by an act is not unconstitutional, and does not violate Art. 70/A. § of the Constitution as the right to pre-emption is only a benefit. The Court added that the right to pre-emption is not a right falling under the law of things, but a right covered by the law of obligations, so it has a nature of obligations. That is why the act concerned does not have to provide first and foremost right to pre-emption to the co-owners.

¹¹ ZLINSZKY, János: Az Alkotmánybíróság felelős az elmaradt rendszerváltásért? (Is the Constitutional Court responsible for the regime change that still has not been occurred yet?) In: KOLTAY op. cit. 584.

¹² 'Everyone shall have the right to property and succession. Property shall entail social responsibility.' Art. XIII. (1) of the Fundamental Law of Hungary (hereinafter 'Fundamental Law').

¹³ 'The Hungarian Republic ensures the human and civil rights for all the persons staying in its territory without any discrimination, namely based on race, color, sex, language, religion, political or any other opinion, national or social origin, wages, birth or any other status.' Constitution, Art. 70/A.§ (1), translated by Lilla SZÁDVÁRI.

Zlinszky took an absolutely different position in contrast to the majority opinion by declaring the right to pre-emption as a *right covered by the law of things, a power attached to property*. It is, thus, a right having a nature of rem and, as such, falling under the protection of 13. § (1)–(2) of the Constitution. Since the right to property is an absolute right, that is a right encompassing all parts of the property, the powers attached to the property also encompass all the parts of the property. It means that the co-owners shall have first and foremost right to pre-emption in case of selling property shares of the joint ownership by any of the co-owners.

In this case, Zlinszky emphasized the importance of the *in rem nature* of the right to pre-emption and fought to found the protection of the powers attached to property, namely, the right to pre-emption, in order to ensure the adequate level of constitutional protection to the owner. The progressive legal thinking and the merits of Zlinszky in this process are undeniable as the Hungarian Civil Code in force and many other contemporary foreign civil codes regulate the issue in a very similar way.¹⁴

4.2. The fundamental right to social care as a limit to right of disposal

Zlinszky was a spokesman of validating the fundamental right to social care that is a specific right being part of social security. The fundamental right to social care is the only element of social security that has a nature of constitutional fundamental right, which means that it ensures substantive right for the citizens. Social security emerged first in the social constitutions. It was the time when solidarity became a constitutional limit of the inviolability of property. The current, modern constitutions, such as the Hungarian Fundamental Law regulates this question. “Property shall entail social responsibility”.¹⁵

Zlinszky provided the interpretation of social security in the abovementioned manner and the enforcement of its content. Although, the Court finally recognized the right to social care as a fundamental constitutional right, the current legal regulation still imposes taxes on this right and does not ensure the sufficient, basic minimum living standard for all the citizens.¹⁶

The second part of this paper is going to introduce the problem of the pension system and its relevance to the protection of private property by the Constitution. After a short introduction in general, let us disclose the matter of state obligation to the stabilization of the pensions. Finally, let us introduce the unique standpoint represented by Zlinszky on the question of common acquisition related to the pension system.

¹⁴ Zlinszky János 39/1992. (VII. 16.) AB határozathoz fűzött különvéleménye, ABH 1992. 235. (Dissenting opinion by Zlinszky to decision 39 of 1992 of the Hungarian Constitutional Court: 16 July 1992.)

¹⁵ Art. 13.§ (1) of the Fundamental Law.

¹⁶ ZLINSZKY, János: Az Alkotmány értéktartalma és a mai politika. (Values in the Constitution and politics of today) In: KOLTAY op. cit. 570.

5. Regulation of the pension system and its relevance to constitutional protection of private property

The pension system as part of social security in Hungary has been operated on a mixed system. It means that it has two main elements: one is based on solidarity and the other one is based on insurance. The Court has criticized it several times highlighting the injustices of the system.¹⁷

Nowadays, in modern laws it is evident that the insurance element of the pensions should enjoy constitutional protection as it is strongly attached to the fundamental constitutional right to property by being an acquired right for consideration. Concerning the solidarity element of the pensions, this element evidently belongs to the right to social security as provided by the Constitution.

Although in the initial period of the Court the classification of the pension system and its two elements was not clear. For example, the definition of social security and the basic classification of the pension as a right in rem or a right falling under the law of obligations divided the members of the Court sharply.

Zlinszky propagated the importance of the constitutional protection of the pensions in many of his dissenting and concurring opinions. He declared his opinion on the state obligation for stabilizing pensions and the concept of social security in the concurring opinion to decision no. 24/1991 of the Court, then in the dissenting opinion to decision no. 26/1993 of the Court, also in the dissenting opinion to decision no. 1067/B/1993 and finally in the dissenting opinion to decision no. 277/B/1997. Firstly, let us reveal the standpoint of Zlinszky's on the stabilization of pensions based mainly on decision no. 26/1993 supplemented by the provisions of the aforementioned decisions.

5.1. Dissenting opinion to decision no. 26/1993 of the Court; state obligation for the stabilization of pensions

The complainants attacked the planned Act on Social Security regulating in a manner that determines the maximum increase of the pensions in percentage and also in nominal value. The complainants referred to 70/A. § of the Constitution, namely, the provision on prohibition of discrimination stating that the planned nominal increase of the pensions is less than the compensation of wages of the actively employed persons, and is not in harmony with the increase of inflation either. Moreover, the complainants referred to discrimination based on not only the altered ratio in amount between the pensioners and the actively employed persons, but also between the different groups of pensioners caused by the maximizing the pensions in percentage.

The Court refused the complaints and based its argumentation on the fact that pension is basically a social right, so there is no relation between pensions and Art.

¹⁷ SCHANDA, Balázs – BALOGH, Zsolt: *Alkotmányjog – Alapjogok. (Constitutional Law- Fundamental Rights)* Budapest, Pázmány Press, 2015. 335.

13. § (1)–(2) of the Constitution, namely the provision of right to property and its protection.

As opposed to the majority opinion, Zlinszky took an opposite opinion by declaring pensions primarily as acquired rights based on insurance and, as such, falling under the constitutional protection of property ensured by Art. 13. § (1)–(2) of the Constitution. Zlinszky emphasized that the state can apply the element of solidarity in the process of determining the amount of pensions, but the amount of pensions already determined fall under constitutional protection.

The Court ruled that maximizing the pensions in nominal value is not against the Constitution since the state has no obligation for stabilizing the pensions to be in harmony with the inflation or to compensate the wages of the actively employed persons. The Court added that there is no ground for comparison of these two categories as the pension system and the fluctuation of the wages of the actively employed persons operate on an absolute different basis. While the wages of the actively employed persons are compensated by the market, the pension system is based fundamentally on solidarity. Moreover, the maximizing in percentage does not result in discrimination between the different groups of pensioners due to the fact that it is only the solidarity element of the system for the benefit of the pensioners with lower incomes.¹⁸

In contrast to the argumentation of the Court, Zlinszky based his starting point of his argumentation on the fact that pension is a right in rem, an acquired right for consideration. That is why the state has an obligation to ensure stabilizing pensions for the whole life of the pensioner, especially due to the fact that the state obligated the pensioners to pay pension contributions. Thus, they were practically deprived of their right to making savings. Stabilization means that the ratio cannot be changed as compared to the real value of the pensions acquired at the beginning of the pension period, and also compared to the wages of the actively employed persons or different groups of pensioners.¹⁹ Though, Zlinszky added that the object of constitutional protection in the terms of pensions is only the amount already determined by law, so the solidarity element of the pension system can be applied in the process of determining the amount of the pensions.²⁰ Zlinszky gave voice to his opinion very sharply when stating this: if the state does not ensure stabilization of the pensions and cannot justify the decrease of the real value of the pensions, by another constitutional purpose (based on the test for expropriation according to Art

¹⁸ The Court stated the same about the maximizing pensions in its decision no. 277/B/1997.

¹⁹ Zlinszky János 277/B/1997. AB határozathoz fűzött különvéleménye, ABH 1997. 744–747. (Dissenting opinion by Zlinszky to decision 277/B of 1997 of the Hungarian Constitutional Court.)

²⁰ Zlinszky formulated his opinion on the issue first in his concurring opinion to injunction no. 24/1991 of the Hungarian Constitutional Court. In this case the Court rejected making a decision in the merits referring to the comprehensive reformation of the pension system. The Court revealed its opinion first in decision no. 26/1993. Zlinszky János 24/1991. (V. 18.) AB határozathoz fűzött különvéleménye, ABH 1991. 364–367. (Dissenting opinion by Zlinszky to decision 24 of 1991 of the Hungarian Constitutional Court: 18 May 1991.)

13.§ (2) of the Constitution, that is the criteria of necessity and proportionality) then it deprives its citizens from their own property.²¹

In its decision, the Court revealed its position on the debated concept of social security. As the Court stated, pension is primarily a social right, it declared that only two state obligations exist in terms of stabilizing pensions. One of them is preserving the level needed to provide the fundamental right to care as the only element of social security constituting constitutional fundamental right.²² The other obligation of the state is no changes in the ratio between the two elements of the pensions discretely, i.e. the element of solidarity and the element of insurance.²³

After introducing the topic of stabilization, let us introduce the characteristics of the common acquisition in the pension system proposed by Zlinszky, based on the dissenting opinion to decision no. 874/B/1994 and the concurring opinion to decision no. 5/1998 of the Court.

5.2. Dissenting opinion to decision no. 874/B/1991 of the Court; A reform of the pension system is needed, based on common acquisition, Zlinszky held

The complainants attacked the regulation of the Act on Social Security on the matter of permanent widow's pension. The Act on Social Security differentiated between those windows who had pensions on their own rights and those who were entitled to pension only on the right of their spouse. For the former category, the act ensured only a one-year temporary right to widow's pension. The claimants referred to Art. 70/A. § of the Constitution, that is the provision on prohibition of discrimination.

The Court rejected the complaints stating that the right to widow's pension is a social right; hence is based on need. So the regulation is not unconstitutional.

Opposing the majority opinion of the Court, Zlinszky criticized the pension system and the Act on Social Security, stating that it is not in harmony with the essential requisition of the constitutional protection of family and the equality of the spouses. He based his opinion on the argumentation that spouses basically live in common acquisition, because, if they do not regulate otherwise, then all their properties acquiesced during marriage constitute common acquisition, based on the law. That is why none of the spouses can be deemed as a dependent, but both of them should

²¹ Ibid. 366.

²² In separating constitutional rights, there are three main categories. In the first category fall the so called constitutional fundamental rights. These rights may enjoy the strongest protection by the constitution; all citizens have substantive right to them. Under the second category fall those constitutional rights that do not constitute fundamental rights, so no substantive rights come from them, but the state still has some obligations to ensure their being based on the Constitution. Finally, in the third category fall those rights which are only state aims, so lower legal instruments are needed to implement them. SCHANDA–BALOGH op. cit. 318–320.

²³ Zlinszky János 26/1993. (IV. 28.) AB határozathoz fűzött különvéleménye, ABH 1993. 212–213. (Dissenting opinion by Zlinszky to decision 26 of 1993 (IV. 28.) of the Hungarian Constitutional Court on the amount of old-age pensions and other allowances.) See <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/FDF68FBBB0C1FB42C1257ADA0052761E?OpenDocument&english>

be entitled to pension by virtue of their own rights and in a fifty–fifty percent ratio of the total amount of the pensions, acquired by the two spouses. If the law regulated otherwise, that would constitute as a benefit or discrimination. Therefore, Zlinszky suggested reforming the entire pension system: harmony with the requisition of protecting the family; the equality of spouses and common acquisition system and, ultimately, constitutional protection.

The idea by Zlinszky about the common acquisition pension system can be deemed unique and may make the legislators think since even today a high number of spouses live in the system of common acquisition.

The last part of this paper deals with the civil law regulation related to the constitutional protection of private property in Zlinszky's activity. This section of the paper is not based on the dissenting and concurring opinions by Zlinszky. Though, since the issue is strongly related with the topic of the paper, is worth an introduction in a nutshell.

6. The inadequate civil law regulation; termination and restriction of private property

6.1. Breaking the ancient principle of *nemo plus iuris* and the inadequate protection in case of tort

It is conspicuous that in his argumentation Zlinszky goes back again to the problem of protection of the market opposed to the protection of private property. He already raised the importance of this issue in the transition period when settling the property relationship.

By the approval of the Hungarian Civil Code in 2013, the ancient principle of Roman law – the principle of *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* – has been broken.²⁴ The Hungarian Civil Code stipulates that if a person who acquires the movable thing in a commercial transaction in good faith and for consideration shall acquire ownership by transfer, even if the transferor was not the owner.²⁵ In this manner, the seller is exempt from common assurances and from the compulsory *bona fidei* as required by civil law. This regulation has been extended to persons acquiring property right in good faith for consideration from persons indicated in the land registry.²⁶

Zlinszky criticized the current legal regulation ensuring enforcement of criminal claim first and foremost to the state. The original owner may enforce his civil law

²⁴ In Roman law, when selling a product unlawfully (e.g. if the seller was not owner of the product), the vendor has not acquired property right, the property right was not transferred to the vendor. If the owner has found his property in the possession of another person, then the owner could claim back his property by the institution of *evictio*. There was only one exception from the principle of *nemo plus iuris*, namely the case of debtor fraud. For these cases Roman law established *Lex Aquila* as a solution. ZLINSZKY (2005) op. cit. 18–20.

²⁵ Act V of 2013 on the Civil Code, 5:39. §.

²⁶ ZLINSZKY (2005) op. cit. 18–20.

claim only after the state's criminal claim and only upon bad faith of the seller. Bad faith has to be proven by the owner, which in most of the cases is hardly possible. Thus, Zlinszky stated, the civil claim of the owner, i.e. civil law protection, ultimately, constitutional protection of private property in case of unlawful termination of property is not provided at any level.

Zlinszky declared that the regulation for unlawful restriction or damage of private property by tort is inadequate as well because instead of strict liability, it requires only liability upon imputability from the perpetrator. Zlinszky notes that even though in case of tort the regulation is insufficient, by requiring liability upon imputability, the legislator still provides a *certain* level of protection at least. This is opposed to the case of termination of property by breaking the principle of *nemo plus iuris* when the legislator does not provide *any* solution for the broken protection of private property.

6.2. Proposal for civil law regulation, adequate and in harmony with the constitutional protection of private property

For both cases, i.e. when breaking the principle of *nemo plus iuris* and in case of tort, Zlinszky proposed the same legal solution to resolve infringement by a solution originating in Roman law. He suggested creating a new, *private delict* to the owner against the person placing the property of the owner on the market. Furthermore, *strict liability* should be applied in these cases to found the liability of the perpetrator and convert the damages on him.²⁷

7. Conclusions

By analyzing all the dissenting and concurring opinions by Zlinszky his special legal thinking could be mapped. Zlinszky examined the cases in tiny little details, never stopped himself to give voice to his conscience, and this attitude resulted a wide-ranging and rich legal material of which a small portion was unfold in this paper.

It is undeniable that Zlinszky had a crucial role in establishing and strengthening the rule of law in Hungary. He believed in real values, and by the means of law, he put them into practice.

Concerning his merits in the issue of constitutional protection of private property, he clarified and outlined the criteria for the establishment and termination of property relationship based on legality, an essential basis for the legal transition and the establishment of the rule of law. Furthermore, he determined the scope and barriers of one of the powers attached to property, namely the right to pre-emption based on constitutional criteria. Related to the settlement of property relationship, privatization and re-privatization and also – by his suggestions and notifications – the current civil law regulation, Zlinszky raised the attention to the ruling position of global market economy as a negative effect on the before inviolable constitutional fundamental right of private property. Furthermore, he has raised his voice for supporting the

²⁷ ZLINSZKY (2005) op. cit. 18–20.

poor by emphasizing the insufficiency of the legal regulation on the fundamental constitutional right for social care as a limit to disposing private property and a call for social responsibility. His ideas on the constitutional protection of property and the pension system are outstanding; perhaps the current legislating power might not neglect, albeit take into consideration these guidelines.

ARTICLES

PRESUMPTION AND FICTION *Or the Gist of Legal Technicalities*

Csaba VARGA

Professor Emeritus, Pázmány Péter Catholic University

1. Introduction

Legal technique is a complex phenomenon, consisting of a set of various skills, methods, ways and procedures, organized into a functioning unity. It is an instrumental phenomenon, established in order to make the law's functioning possible in a way it is considered socially desirable, by properly shaping its norms, their judicial interpretation and practical implementation. It is the medium to filter – by transforming considerations outside the law into components inside the law as in-built elements of that law – all impetuses, theoretical or practical, cognitive, evaluational or volitional, which may exert an influence on its jurisprudential development.¹ Or, legal technique is the carrier of the distinctively juristic genius. It features all the characteristics that make legal system a socially useful artificial system, conventionalized through formalized human practice.² It is the reason why presumption and fiction are usually described as *par excellence* means of legal technique, representative of its inventiveness. Their artificial instrumentality gets emphasized to such a degree that even their distinction is most often minimized. Therefore, their common characterization from the point of view of their artificiality sometimes risks achieving their misrepresentation. However, as it will be argued

¹ Csaba VARGA – József SZÁJER: Legal Technique. In: Erhard MOCK – Csaba VARGA (eds.): *Rechtskultur – Denkkultur. Ergebnisse des ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1987*. [ARSP Beiheft 35]. Wiesbaden–Stuttgart, Franz Steiner, 1989. 136–147. {in reprint: <http://mek.oszk.hu/14600/14657/368-383>.}

² Csaba VARGA: Theory and Practice in Law. On the Magical Role of Legal Technique. *Acta Juridica Hungarica*, vol. 47., no. 4. (2006) 351–372., http://real-j.mtak.hu/761/1/ACTAJURIDICA_47.pdf; Csaba VARGA: Doctrine and Technique in Law. *Iustum Aequum Salutare*, vol. 4., no. 1. (2008) <http://ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20081sz/02.pdf> 23–37.

upon later on, presumption and fiction are heterogeneous phenomena between each other.

Technical aspects of human practice, its notional constructions and ideological expressions may be bound to a common name even in the case they are only genetically somehow related to, but both structurally and functionally differing from, each other. The want of commonness may be concealed by their theoretical characterization with one feature, characteristic of only one of their particular historical manifestations, notwithstanding, generalized as the feature characteristic of the phenomenon itself. As it will also be argued for later on, both as to their differing historical manifestations and fields of realization, too, presumption and fiction³ are by and large heterogeneous phenomena in themselves as well.

2. Presumption

In its original meaning, “»assumption from the outset« on the truth of the facts of a case”⁴ or, with a logical reconstruction, “probability consequence”,⁵ „l’argumentatio probabilis »posita in communi omnium intellectu«”⁶ or, in most general terms, “presupposition without full evidence”⁷ that “substitutes to the constation of a fact something deduced from elements only indirectly connected to this fact”,⁸ by “anticipating what has not been proved”.⁹ Speaking in the language of pure logic, the structure is simple, moreover, partly it covers fiction, too. For there is a sequence of assertions hidden in them: “Given the existence of A, the existence of B must be assumed. A is the basic fact, B is the assumed fact.”¹⁰ In its specially legal meaning, it is a technique of constructing the facts that constitute a legal case in a way that the

³ For a first approach by the author, with József Szájer having co-authored, cf. http://mek.oszk.hu/15300/15333/#_168-185.

⁴ „Die ‘Annahme im voraus’, die Annahme der Wahrheit einer Tatsache, Vermutung“. Hermann Gottlieb HEUMANN: *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. Hrsg: Emil SECKEL [1851.]. Jena, Fischer, ⁹1907. 454.

⁵ „Wahrscheinlichkeitsfolgerung“ Joseph UNGER: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Bd. II. [1863.] Leipzig, Breitkopf und Härtel, ³1868. 579.

⁶ Quint. *Inst. Or.* 5, 10, 18, cf. Virgilio ANDRIOLI: Presunzioni. In: Antonio AZARA – Ernesto EULA (dir.): *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. 13. Torino, Editrice Torinese, 1968. 765–772., 765.

⁷ „Voraussetzen – ohne vollkommenen Beweis“. Ernst Rudolf BIERLING: Rechtsvermutungen. In: Franz HOLTZENDORFF (Hrsg.): *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*. Bd. III. [1870.]. Leipzig, Duncker & Humblot, ³1881. 301–307., 301.

⁸ „Substituer à la constation d’un fait une donnée déduite d’éléments qui ne touchent qu’indirectement ce fait“. François RUSSO: *Réalité juridique et réalité sociale: Étude sur les rapports entre le droit et la sociologie et sur le rôle du droit dans la vie sociale*. Paris, Sirey, 1942. xvi+211., 103.

⁹ „Une anticipation sur ce qui n’est pas prouvé“. André LALANDE: *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. [1926.]. Paris, Presses Universitaires de France, ⁵1947. 802.

¹⁰ Edmund M. MORGAN: Presumptions. *Washington Law Review and State Bar Journal*, vol. 12., no. 4. (1937) 255. et seq. 257., quoted by Ernest F. ROBERTS: Introduction to the Study of Presumptions. *Villanova Law Review*, vol. 4., no. 1. (1958). <http://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1461&context=vlr> 1.

proof of normatively selected and defined facts shall be sufficient for a qualification otherwise not justified.

As a construction of law and a specific way of expressing its norms, it is widespread from the age of classical Roman law. It may also be normatively defined. According to the French *Code civil* Art. 1349, e.g., “Presumptions are consequences that the law or the court draws from a known fact to an unknown fact.”¹¹ or, as defined by canon law, “a probable conjecture about an uncertain matter; a presumption of law is one which the law itself establishes; a human presumption is one which a judge formulates.”¹² or, in an American formulation, “A presumption is an assumption of fact resulting from a rule of law which requires such fact to be assumed from another fact or group of facts found or otherwise established in the action.”¹³

A distinction between the cognitive and the normative usages of presumption – “preferred by humans” and “ordered by the legal order”¹⁴ – was made by the Digest, early interpolated in the Middle Ages. A further distinction within its normative usage was made by early specialists of civil and canon law in the following manner: „Dispositio legis, aliquid praesumentis et super praesumptio tamquam sibi comparto statutis. Juris, quia a lege introducta est, et de jure, quia super tali praesumptione lex inducit firmum ius et habet eam pro veritate.”¹⁵

2.1. In the judicial process of establishing the facts: *praesumptio homini vel facti*

It is termed mostly without determiner: ‘presumption’; or, with expressedly disqualifying determiner: ‘general’¹⁶ or ‘simple presumption’¹⁷, sometimes with determiner: ‘simply judicial or factual presumption’.¹⁸ It is „[r]easoning by which an uncertain but probable conclusion on issue of facts is reached”.¹⁹ It has

¹¹ „Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d’un fait connu à un fait inconnu”.

¹² *Codex Iuris Canonici / Code of Canon Law. Latin–English edition.* Translation prepared under the auspices of the Canon Law Society of America. Washington, Canon Law Society of America, 1983. c. 1584.

¹³ *The Uniform Rules of Evidence* adopted by the National Conference of Commissioners of Uniform State Laws at its annual meeting in Boston in 1953. Published: Judson F. FALKNER: *Evidence. Annual Survey of American Law*, (1953) 755. et seq. 787., Rule 13. Or, according to an almost contemporary authorial definition, “A presumption is an assumption of fact resulting from a rule of law which requires such fact to be assumed from another fact or group of facts found or otherwise.” ROBERTS op. cit. 35.

¹⁴ „Die von gewissen Personen gehegte Vermutung / die von der Rechtsordnung befohlene Vermutung“. HEUMANN op. cit. 454.

¹⁵ ALCIATUS: *De Praesumptionibus*. Cf. Aleksander KUNICKI: *Domniemania w prawie przeczowym*. [Presumption in law]. Warszawa, Wyd. Prawnicze, 1969. 187., 18.

¹⁶ „Gemeine Vermutung“. UNGER (1868) op. cit. 580.

¹⁷ „Présomption simple”. LALANDE op. cit. 802.

¹⁸ „Einfache richterliche oder faktische Vermutung“. BIERLING op. cit. 301.

¹⁹ „Raisonnement par lequel on pose, en matière de fait, une conclusion probable, quoique incertaine”. LALANDE op. cit. 802.

cognitive character, substituting a definite degree of circumstantial evidence for positive proof. “Presuming [...] is accepting the truth of what can generally be true but in the case is only probable or simply possible”,²⁰ or, more precisely, “one recognizes as demonstrated a fact, which according to the rules of the experience has existed, because another fact has had existed, according to conclusive proofs”.²¹ Consequently, though it may be established and disposed of normatively – e.g., the *Code civil* Art. 1353 provides that “Presumptions not established by statute are left to the learning and wisdom of the judge, who shall only admit serious, precise, and consistent presumptions [...]”²² – still it preconditions a kind of cognitive process through inductive reasoning. Or, the specificity of this cognitive process is defined by »intimate conviction« substituting for proof, as stated by the *Cour de cassation*: “being indirect and acquired by induction, it is sufficient that it be of a nature to reassure the judge’s conscience and to dictate his decision”.²³

2.2. In the normative definition of the facts to be established in order that, in the absence of proof to the contrary, a case is constituted: *praesumptio juris tantum*

“Inconclusive or rebuttable to be drawn from given facts, and which are conclusive until disproved by evidence to the contrary.”²⁴ According to the *Code civil* Art. 1350 and 1352, “A legal presumption is one that a special statute attaches to certain acts or to certain facts [...] A legal presumption dispenses him in whose favor it exists from any proof.”²⁵ Or, it is in respect of what is called ‘statutory’²⁶ or ‘legal presumption’²⁷ that it is emphasized: “presumption is a legal imperative”²⁸ and “a legal norm

²⁰ Jean DABIN: *La technique de l’élaboration du droit positif. Spécialement du droit privé*. Bruxelles–Paris, Bruylant–Sirey, 1935. xii+367., 235.: „Présumer [...] c’est poser d’avance comme vrai dans tous les cas ce qui est peut-être vrai d’une manière générale, mais qui, en chaque cas particulier, n’est que probable ou même, parfois simplement possible”.

²¹ „On reconnaît comme démontré un fait, qui selon les règles de l’expérience a existé, car un autre fait avait existé, d’après des preuves conclusives.» Jerzy WRÓBLEWSKI: Structure et fonctions des présomptions juridiques. In: Chaïm PERELMAN – Paul FORIERS (publ.): *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles, Bruylant, 1974. 43–71., 66.

²² „Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes”.

²³ „Cette preuve étant indirecte et acquise par voie d’induction, il suffit qu’elle soit de nature à rassurer la conscience du juge et à lui dicter sa décision.” In: Cass., 23 avril 1914, 192., 1^{ère} colonne; cf. Paul FORIERS: *Présomptions et Fictions*. In: PERELMAN–FORIERS op. cit. 7–43., 10.

²⁴ Earl JOWITT: *A Dictionary of English Law*. Ed.: Clifford WALSH. Vol. 2. London, Sweet and Maxwell, 1959. 1398.

²⁵ „La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains faits. [...] La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe”.

²⁶ „Gesetzliche Vermutung“. UNGER (1868) op. cit. 580.

²⁷ „Rechtsvermutung“. BIERLING op. cit. 304.

²⁸ „La présomption est un impératif légal”. KUNICKI op. cit. 187.

itself”;²⁹ or, in other words: “Each presumption is a construction of the legal language and the result of a legislative decision that links the premises and conclusions of the presumptions”.³⁰ At the same time, the historical analysis of the development of judicial practice can show that “presumption of jurisprudential origin” has been the prime factor of presumptive jurisprudence, constructing and making use of both *praesumptiones juris tantum* and *praesumptiones juris et de jure*.³¹

2.3. In the normative definition of the facts to be established in order that, by the wording and force of the law, a case is constituted: *praesumptio juris et de jure*

Rarely also termed as ‘violent’³²; these “irrebuttable or conclusive presumptions are absolute inferences established by law”.³³ They are quite artificial a legal construction, conceivable and interpretable within—as permitted by—a normative context only. “The structure of this *praesumptio* is simple: it specifies the conditions under which certain legal consequences must be recognized. It corresponds to the basic form of the legal norm”.³⁴

Or, according to theoretical reconstruction, although it may have been developed through extrapolation from genuine presumptions but, however, it stands in and for itself, even if a misleading name is then given to it. For “[i]t is a part of the very definition of a presumption that it is rebuttable. An irrebuttable or conclusive presumption would be a contradiction in terms. The conclusive presumption – the old *praesumptio juris et de jure* – is therefore in no true sense a presumption at all”,³⁵ “but a rule of the substantive law of the legal field within which it operates”.³⁶ Otherwise speaking, terms of description and logic of operation are running against one another here. American pragmatism emphasizes what is at stake here genuinely. Accordingly, “[c]onclusive presumptions« or »irrebuttable presumptions« are usually mere

²⁹ „È una norma giuridica”. Guido DONATUTI: Le praesumptiones iuris in diritto romano. In: Guido DONATUTI: *Studi in diritto romano*. Vol. I. A cura di Roberto REGGI. Milano, Giuffrè, 1976. 421–486., 421.

³⁰ WRÓBLEWSKI op cit. 51.: „Chaqué présomption est une construction de la langue juridique et le résultat d’une décision législative qui lie les prémisses et les conclusions des présomptions”.

³¹ „Présomption d’origine jurisprudentielle”. Chaïm PERELMAN: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris, Dalloz, 1976. 61.

³² William BLACKSTONE: *Commentaries on the Laws of England*. Vol. III. [1765–1769.]. London, Print Strahan-Cadell-Prince, 1774. 372.

³³ JOWITT op. cit. 1398.

³⁴ WRÓBLEWSKI op. cit. 69.: „La structure de cette *praesumptio* est simple – elle précise les conditions dans lesquelles on doit reconnaître certaines conséquences juridiques. Elle correspond à la forme élémentaire de la norme juridique”.

³⁵ Charles Frederic CHAMBERLAYN: *A Treatise on the Modern Law of Evidence*. Vol. V. Albany, N.Y., Matthew Bender, 1915. 1161., quoted by Paul BROSMAN: The Statutory Presumption. *Tulane Law Review*, vol. 5. (1930–1931) 17–54., 25., note 28.

³⁶ Paul BROSMAN: The Statutory Presumption. *Tulane Law Review*, vol. 6. (1930–1931) 178–210., 209.

fictions, to disguise a rule of substantive law”,³⁷ for an option made to it “concerns the law of proof to exactly the same extent as other changes in the substantive law” (or, as summarized by the same author in the end of his explanation, “[s]uch a presumption is a rule of law, and since, until rebutted, it so far establishes a fact as to require the adjudication of the rights of litigants on the basis of its existence, it is a rule of the law of evidence.”).³⁸

2.4. Theoretical reconstruction

Having in mind a possible theoretical reconstruction, approaches to and understandings of presumption in the legal domain divide into two main tendencies:

- A) those directed by *epistemological considerations* and
- a) based on the bare probability of the presuming facts establishing a *logically necessary link* to the presumed facts. As presumption being considered epistemologically here, this linkage seems to be a *sine qua non* of avoiding false identification. “In order for the presumption rationally justify, it is necessary that it be supported by plausibility. Only what is normal can be presumed by the law [...], otherwise it degenerates into fiction”.³⁹ For “the presumption establishes an inference that experience and common sense justify; it is based on the fact of social life”;⁴⁰
 - b) identifying presumption as a specific technique of evidence *allotting the burden of proof*. At earlier times, induction and inference as components of the judicial manipulation of facts were emphasized. Prime role was played in it by the *Code civil* Section III, § 2, disposing of “Presumptions not established by statute” and advancing, as most general definition in Art. 1349, that “Presumptions are consequences that the law or the court draws from a known fact to an unknown fact.”⁴¹ Several authors have arrived at similar conclusions. For a 19th century author, “a law providing for a legal presumption requires the judge to accept an assertion not only for probable, but for true (certain), once some well-defined other assertion gets proved (certain)”.⁴² For a 20th century interwar author, “a

³⁷ John Henry WIGMORE: *A Student's Textbook of the Law of Evidence*. Chicago, The Foundation Press, 1935. § 451(4)., quoted by ROBERTS op. cit. 15.

³⁸ Francis H. BOHLEN: The Effect of Rebuttable Presumptions of Law upon the Burden of Proof. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 68., no. 4. (1920) 307–321., http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7784&context=penn_law_review 311–312., respectively 313., quoted by BROSMAN *Tulane Law Review*, vol. 5. (1930–1931), op. cit. 25., note 28, respectively 54.

³⁹ Jean DABIN: *Théorie générale du droit*. [1944.] Bruxelles, Bruylant, 21953. 227.: „Encore faut-il, pour que rationnellement la présomption se justifie, qu'elle prenne appui sur des vraisemblances. La loi ne peut présumer, même sous réserve de preuve contraire, que ce qui est normal, ou, sinon, la présomption dégénère en fiction”.

⁴⁰ Lon L. FULLER: *Legal Fictions*. Stanford, Stanford University Press, 1967. xiii+142., 43.

⁴¹ „Des présomptions qui ne sont point établies par la loi” / „Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu”.

⁴² UNGER (1868) op. cit. 580.: „Ein Gesetz, welches eine Rechtsvermutung aufstellt, schreibt dem Richter vor, eine Behauptung nicht bloß für wahrscheinlich, sondern für wahr (gewiß) anzunehmen,

certain fact is held to be true independently of any verification equivalent to proof".⁴³ This latter opinion has in the meantime turned into a rather general stand. Even modern logical reconstruction is influenced by it to the effect that, for the theoretical explanation of legal presumption in general, it sometimes refers to the historical antecedents of why to permit a presuming norm (e.g., to "difficult proofs", to the regulatory wish to "place the burden of proof in a special way", or to the ensuing circumstance intervening the whole process that "the norm of presumption predefines the direction of the decision"⁴⁴). For, as a means of allotting the burden of proof between litigants, any construction of presumption is a clear intervention into their game, changing the chances of its outcome.⁴⁵

B) those seeing in presumption a purely technical-legal instrument, only dictated by considerations of *practical expediency*

- a) in a rather simplifying way, accepting the law's technical features and regarding them as *added outwardly* to (and also in duplication of) the law's organic components. For instance, "Courts are sometimes bound to accept certain well-established legal presumptions and artificial facts-in-law instead of real and ascertainable facts"⁴⁶ – as if facts in law, able to ascertain, could be bare facts without their prior transcription in the law, that is, without their transformation into and homogenization within its conceptual system from the beginning;
- b) and developing, at the same time, an idea(l) of *modern formal law* consequentially to the end. "From a logical side, presumptions promote easy and rapid applicability, with comprehensible and clear features replacing difficult-to-comprehend beings."⁴⁷ This is an early formulation of the criterion of modern formal law, according to which "[l]aw [...] is »formal« to the extent that, in both substantive and procedural matters, only unambiguous general characteristics of the facts of the case are taken into account." Within this formalism, as it is known, „the legally relevant characteristics are of a tangible nature, i.e., that they are perceptible as sense data. This adherence to external characteristics of the facts [...] represents the most rigorous type of legal formalism. The other type of the legally relevant characteristics of

sobald eine bestimmte andere Behauptung erwiesen (gewiß) ist“.

⁴³ „Un certain fait est tenu pour vrai en dehors de toute vérification équivalente à preuve”. DABIN (1935) op. cit. 238.

⁴⁴ „Preuves difficiles”, „placer d’une façon spéciale le fardeau de la preuve”, „la norme de présomption détermine la direction de la décision”. In WRÓBLEWSKI op. cit. 56.

⁴⁵ Shi-guo LUO: The Analyses of game on legal presumption. (In Chinese language). *US-China Law Review*, vol. 9., no. 9. (2007) 37–42.

⁴⁶ Paul VINOGRADOFF: *Common-Sense in Law*. [1913.] [Home university library of modern knowledge 83]. London, Butterworth, 1933. 94.

⁴⁷ Adolf TRENDELENBURG: *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*. [1860.] Leipzig, Hirzel, ²1868. 173.: „Von der logischen Seite fördern [die Präsumtionen] leichte und rasche Anwendbarkeit, indem faßliche und anschauliche Merkmale an die Stelle des schwer zu ergründenen Wesens treten“.

the facts are disclosed through the logical analysis of meaning and where, accordingly, definitely fixed legal concepts in the form of highly abstract rules are formulated and applied.”⁴⁸ If facts constituting a legal case are to be defined exclusively by the law, then presumption will be nothing else but a specific way of constructing a legal norm. “The legal presumption is merely a special form of the statutory definition of the facts that constitute a case”, in which, at least in point of principle, one can construe “two, duplicated circles of such facts”: the ‘original’ one which is presumed by the legal norm and the ‘other, practical one’ through which the legal norm presumes. In case of *praesumptio juris tantum*, presuming facts are weakened in so far as “only the exception in favor of the ideal circle of facts is dropped”, but in case of *praesumptio juris et de jure* they are “equally strong”, if not completely overlapping each other.⁴⁹

3. On presumption

In general, literary treatments of presumption survey the usage in law of *praesumptiones homini vel facti* as well. However, most of authors agree that legal presumptions are practically considered and imbued with technical elements to such an extent that they form a separate group and need a separate analysis.

3.1. Function

For the sake of conceptual simplicity, authors in general approach to legal presumption as if it were the usage of ordinary presumption in a special domain. What is law doing? It is said to order, by selecting and defining facts to which, if ascertained in a judicial process, legal consequences will be attached. In order to impute legal consequences, selection of such facts may be needed whose ascertainment can meet difficulties in practice. This is the field of presumptions.

⁴⁸ Max WEBER: *Rechtssoziologie*. Hrsg.: Johannes WINCKELMANN. Neuwied, Luchterhand, 1960. 102.: „Formal’ aber ist ein Recht insoweit, als ausschließlich eindeutige generelle Tatbestandsmerkmale materiell-rechtlich und prozessual beachtet werden.“ / „können die rechtlich relevanten Merkmale sinnlich anschaulichen Charakter besitzen. Das Haften an diesen äußerlichen Merkmalen [...] bedeutet die strengste Art des Rechtsformalismus. Oder die rechtlich relevanten Merkmale werden durch logische Sinndeutung erschlossen und danach feste Rechtsbegriffe in Gestalt streng abstrakter Regeln gebildet und angewendet“. The quotation in English is taken from Max RHEINSTEIN (ed.): *Max Weber on Law in Economy and Society*. Wirtschaft und Gesellschaft. ²1925. Trans.: Edward SHILS [1954.]. [A Clarion Book] New York, Simon and Schuster, 1967. & https://archive.org/stream/in.ernet.dli.2015.130910/2015.130910.Max-Weber-On-Law-In-Economy-And-Society_djvu.txt

⁴⁹ „Ist die gesetzliche Vermutung bloß eine besondere Form der gesetzlichen Festsetzung des Tatbestandes“ / „einen doppelten Tatbestand“ / „ursprünglichen“ / „anderen praktischen Tatbestand“ / „nur die Ausnahme zugunsten des idealen Tatbestandes ist fallengelassen“ / „gleichkräftig“. Alexander Sándor PLÓSZ: Die Natur der gesetzlichen Vermutungen. In: *Festschrift für Adolf Wach*. Bd. II. Leipzig, Meiner, 1913. 3–40., 15. and with definition, 21.

“Positive proof is always required, where from the nature of the case it appears it might possibly have been had. But, next to positive proof” – Blackstone explains,⁵⁰ viewing the matter from the point of judicial cognition and subsequent decision – circumstantial evidence of the doctrine of presumptions must take place: for when the fact itself cannot be demonstratively evidenced, that which comes nearest to the proof of the fact is the proof of such circumstances which either necessarily, or usually, attend such facts; and those are called presumptions, which are only to be relied upon till the contrary be actually proved. *Stabitur praesumptioni donec probetur in contrarium.*”

This is to mean that presumption is from the very start a normative (and, in this sense, arbitrary) intervention into inductive reasoning, given the fact that it “attaches to any given possibility a degree of certainty to which it normally has no right. It knowingly gives an insufficient proof the value of a sufficient one”.⁵¹ In simple words, “presumptions anticipate a possible answer to a controversial question, in order to bring about a decision.”⁵²

Presuming practice, while preserving something of a primitive cognitive character, will also touch upon reality by breaking down its complexity to indices making up its elementary structure(s). “Through the use of presumptions the law confers upon facts a clarity of outline lacking in nature. The presumption introduces into an entangled mass of interrelated events a certain tractable simplicity”.⁵³ For it “facilitates the course of proof, deliberately distorting elusive realities to firm frames”.⁵⁴ Or,

“Legal presumptions are recognized legal provisions that restrict the free evaluation of evidence: The judge has to consider a fact that is significant in the case of a dispute, even if it does not prove this very fact but another, usually simpler and more easily provable fact, with which, according to general life experience, the legally relevant fact is associated.”⁵⁵

⁵⁰ BLACKSTONE op. cit. 371.

⁵¹ Pierre de TOURTOULON: *Philosophy in the Development of Law*. Trans.: M. McC. READ. New York, Kelley, 1922. (New Jersey, Rothman Reprints, 1969.) 398.

⁵² Daniel MENDONCA: Presumptions. *Ratio Juris*, vol. 11., no. 4. (1998) 399–412., 399.

⁵³ FULLER op cit. 108.

⁵⁴ „Facilite le cours de la preuve, en déformant délibérément des réalités insaisissables pour les ramener à des cadres fermes”. René DEKKERS: *La fiction juridique. Étude du droit romain et de droit comparé*. Paris, Sirey, 1935. 250., 25.

⁵⁵ MAX KASER: Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 71. (1954) 221–241., 231.: „Rechtsvermutungen sind anerkannte Rechtssätze, die die freie Beweiswürdigung einschränken: Der Richter hat eine im Streitfall erhebliche Tatsache auch dann für gegeben zu halten, wenn ihm nicht diese Tatsache selbst bewiesen wird, sondern ein anderer, meist einfacherer und leichter beweisbarer Sachverhalt, mit dem jene rechtserhebliche Tatsache nach allgemeiner Lebenserfahrung verbunden zu sein pflegt“.

All this characterization holds true: presumption is a free judicial means of abridging and simplifying the proof of the case, under conditions in which “as its basis, not logic or truth, but expediency”⁵⁶ is to prevail. Yet once the act of presuming becomes normative by its inclusion in the formal prescription of a law, presuming facts transform into facts that, as selected and defined by law, will then constitute a case in the law. That is, presuming facts transform into facts on equal footing with the facts that might have been judicially presumed should the facts of the case had not been ascertained but presumed by the judge of the instance.

3.3. Irrelevancy of epistemological foundations in respect of the normative field

Having in mind the fundamental structural difference between fiction and presumption, epistemological consideration is to miss the point even if we admit that connections of probability may have had their role to play both in the genesis and formation of presumptive practice. Still, such an epistemological background may have at most been but a by chance, incidental historical motive, for the only thing that in a normative relationship matters is the normative qualification of facts (normative presumption being one possibility of it, albeit most technical and instrumentally subordinated to further norms making normative qualification complete) and, with reference to such a qualification, the normative imputation of normatively determined consequences to normatively selected and defined facts. And in normative imputation, as known, practical considerations and their justifiable formulation within the normative context play the role of prime factors and whatever theoretical consideration can only assert itself through, and as mediated by, them.

Accordingly, there is a visualisable contrast between presumption and fiction in what old jurists made explicit – „Praesumptio iuris et de iure est declaratoria rei dubiae, quia presumptio est verorum; fictio est falsorum”⁵⁷ or, as the theory-builder of fictionism echoed this stand a century ago, “In the praesumptio a presumption is made until the opposite is established. By contrast, the fiction ist the assumption of a statement of a fact, even though the opposite is certain.”⁵⁸ –, but hardly suggesting

⁵⁶ Otis H. FISK: *Presumptions in the Law. A Suggestion*. (no place, no press) 1921. & <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112104259009;view=lup;seq=7> 4., 9., resp. 11.

⁵⁷ Ubadi Perusini BALDO: *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*. Venezia, 1599. Fol. 137 rb, ad tit. De ritu nuptiarum 1: Qui in provincia § Divus, quoted from L. BARASSI: *Le fictiones iuris in Baldo*. In: *L'opera di Baldo*. Per cura dell'Università di Perugia nel V centenario della morte del grande giureconsulto. [Annali dell'Università di Perugia Facoltà di Giurisprudenza X–XI] Perugia, 1901. 113–138 on 124.; by Antonio FIORI: *Praesumptio violenta o iuris et de iure? Qualche annotazione sul contributo canonistica alla teoria delle presunzioni*. In: Orazio CONDORELLI– Franck ROUMY – Mathias SCHMOECKEL (Hrsg.): *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*. Vol. 1. *Zivil- und Zivilprozessrecht*. Köln, etc., Böhlau, 2009. 75–106 at 102, note 114.; cf. Franco TODESCAN: *Diritto e realtà. Storia e teorie della fictio iuris*. [Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova 81]. Padova, CEDAM, 1979. xi+479., 172.

⁵⁸ Hans VAHINGER: *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Berlin, Reutner und Reichard, 1911. xxxv+804., 258., quoted by Hans KELSEN: *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*. Mit besonders

anything more than probably common genetical roots; and therefore, it has no relevance in the normative context of legal regulation.

Consequently, classifications of legal presumption based on epistemological considerations – e.g., the ones having in view “the normative relationship instituted by the presuming norm” and differentiating between ‘anti-empirical, non-empirical et para-empirical’ presumptions ‘of fact’ and ‘of law’ or, in another aspect, ‘formal and material’ ones⁵⁹ – are not reasonable enough within a normative context. For they seem to conceal that for and within the law a fact can only exist in so far as it is relevant. And it can only be relevant in so far as it leads to a legal consequence. And it can do so exclusively in virtue and with the mediation of a legal prescription normatively attaching a given consequence to a selected fact.

3.4. The technique of presumption

Doctrinal studies of law make a distinction between presumptions ‘processual’ and ‘material’,⁶⁰ ones ‘in a strict sense’ and ‘in a large sense’,⁶¹ taken as ‘presumption-proof’ and ‘presumption-concept’,⁶² meaning by the first the presumption by which facts presume those facts that constitute a case, which could be established by other means as well (e.g. paternity), in contrast to the second, by the force of which presuming fact is the one to which a legal consequence is imputed (e.g., “irrebuttable presumption of rejection” in case of the silence of administration for four months in France).⁶³ Indeed, from the point of view of the statutory construction of the set(s) of the facts to be ascertained in order that the facts constituting a legal case be established, there is a difference between them. However, both are common in their fundamental structure of determining the ‘*gesetzliche Tatsache*’ by the selection and definition of the facts the proof of which shall be considered sufficient (with the admission or exclusion of a counterproof) for the official realisation of its establishment, in contrast to the direct formulation of the facts constituting a legal case, which leaves to the free judicial weighing of proofs to assess what are the reasons for and against its official establishment.

Berücksichtigung von Vaihinger’s Philosophy des Als Ob. *Annalen der Philosophie*, no. 1. (1919) 630–658. {Transl. in: Maksymilian DEL MAR – William TWINING (ed.): *Legal Fictions in Theory and Practice*. [Law and Philosophy 110]. Cham, Springer, 2015. xxxvi+413., 110.}

⁵⁹ „La relation normative instituée par la norme de la présomption” / „relations anti-empirique, non-empirique et para-empirique” / „présomption de fait et de droit” / „présomptions formelle et matérielle”. WRÓBLEWSKI op. cit. 59., 46., 49–50., 52–55.

⁶⁰ „Prozessualische Präsumtion“ / „materielle Präsumtion“. Hugo BURCKHARD: *Die civilistischen Präsumtionen*. Weimar, Landes-Industrie-Comptoir, 1866. xx+407., 166–193.

⁶¹ „Présomption au sens strict” / présomption au sens large”. François GÉNY: *Science et technique en droit privé positive. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. Tome 3. Paris, Sirey, 1921. 264–270., 334–341.

⁶² „Présomption-preuve” / „présomption-concept”. DABIN (1935) op. cit. 240–241.

⁶³ „Présomption irréfutable de rejet”; cf. Jean RIVERO: *Fictions et présomptions en droit public français*. In: PERELMAN–FORIERS op. cit. 101–113., 102–103.

It is to be noted, too, that admission of counterproof and its exclusion are two extremes only in theory. In the practice of regulation, there is a variety of the possibilities of limitation ranging from the restriction of evidence (at *praesumptio juris tantum*) to the admission of counterproof as an exception (at *praesumptio juris et de jure*).⁶⁴

Or, presumption is not the exclusively conceivable means of achieving the original target: it is a kind of legal technique substitutable by others. For instance, legal definition of the statuses of filiation is equally manageable through a search of »fatherhood« to be proved positively, with the help of a construction of »paternity« to be presumed, or by formulating a general rule about the conditions of imputing related rights and duties and making exceptions to them.

4. Fiction

As a phenomenon and term known from imperial Roman culture onward, the use of fictions is widespread in legal cultures in which conceptualization and formalization have strongly developed. It is, “[i]n a general manner, what is feigned or produced by the mind”.⁶⁵ Or, philosophically speaking, “an assumed fact notoriously false, upon which one reasons as if it were true”,⁶⁶ or “feigning or assuming, »that something which obviously was, was not; or that something which obviously was not, was«”.⁶⁷ That is, fiction being “any conscious, purposeful, but wrong assumption”,⁶⁸ it is “an ideal modification and correction of concrete reality”.⁶⁹ Its concept being a function of its differing use characteristic of systems of Roman Law, Common Law, and Civil Law, neither its definition nor its theoretical conception forms a historical continuum. They rather reflect its case to case changing prime application and typical manifestation.

⁶⁴ PLÓSZ op. cit. 15.

⁶⁵ „D’une façon générale, ce qui est feint ou fabriqué par l’esprit”. LALANDE op. cit. 355.

⁶⁶ Jeremy BENTHAM: *Theory of Legislation*. Ed.: C. K. OGDEN. London, K. Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd., 1931. Cf. also Pierre J. J. OLIVIER: *Legal Fictions in Practice and Legal Science*. Rotterdam, Rotterdam University Press, 1975. viii+176., 32.

⁶⁷ John AUSTIN: *Lectures on Jurisprudence, Or Philosophy of Positive Law*. Ed.: Robert CAMPBELL. London, Murray, 41873. 629.

⁶⁸ „Jede bewußte, zweckmäßige, aber falsche Annahme“. VAIHINGER op. cit. 130.

⁶⁹ „Une ideale modificazione e correzione della realtà concreta”. VICENSO COLACINO: *Fictio iuris*. In: Antonio AZARA – Ernesto EULA (dir.): *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. 7. Torino, Editrice Torinese, 1968. 269–271., 270.

4.1. In the linguistic formulation of legal norms

It is termed mostly without determiner: ‘fiction’. From 19th century onward, frequently with distinguisher: ‘fiction by the law’,⁷⁰ ‘legislative fiction’,⁷¹ or ‘statutory fiction’.⁷² Sometimes, also with a qualified distinguisher: ‘legitimate legal fiction’.⁷³ Moreover, it may be termed with an adjective questioning the appropriateness of its own terming, e.g., ‘so-called legal fiction’.⁷⁴ It gets defined as “»merely normative« equation”,⁷⁵ “employed, ordered or permitted by a legislator in statutory enactments”.⁷⁶ Its core is seen in “the attachment of a legal consequence to a legal proposition that triggers another legal proposition”,⁷⁷ i.e., in “an abbreviating mode of expression. The law is to order the same for one case as for another”.⁷⁸ Or, from the point of view of linguistic formulation, there is a fiction “whenever natural reality undergoes conscious denial or denaturation on behalf of the law-constructor jurist”,⁷⁹ when they “actually designate something with a word that is commonly used in everyday language or the language of law to designate something very different”.⁸⁰

4.2. In the judicial application of legal norms

In Roman sources⁸¹ and in English–American literature, it is termed mostly without determiner: ‘fiction’, or with the qualifying one: ‘the typical legal fiction’,⁸² suggesting

⁷⁰ „Gesetzesfiktion“. In: Josef ESSER: *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts*. Frankfurt am Main, Klostermann, 1940. 29. as well as Dieter MEURER: Fiktion als Gegenstand der Gesetzgebungslehre. In: Jürgen RÖDIG (Hrsg.): *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin–Heidelberg–New York, Springer, 1976. 281–296., 24.

⁷¹ OLIVIER op. cit. 95.

⁷² „Gesetzliche Fiktion“. Oskar BÜLOW: Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 62. (1879) 1–96., 3., as well as FULLER op. cit. 90.

⁷³ Jerome FRANK: *Law and the Modern Mind*. [1930.] [Anchor books A350]. New York, Doubleday, 1963. xxxv+404., 348.

⁷⁴ „Sogenannte juristische Fiktion“. Rudolf STAMMLER: *Theorie der Rechtswissenschaft*. Halle, Waisenhaus, 1911. 328. et seq.

⁷⁵ „‘Bloß normative’ Gleichsetzung“. ESSER op. cit. 29.

⁷⁶ OLIVIER op. cit. 95.

⁷⁷ „Der Anknüpfung einer Rechtsfolge an einen Rechtssatz, die ein anderer Rechtssatz auslöst“. MEURER (1976) op. cit. 284–285.

⁷⁸ „Einer abrevierenden Ausdrucksweise. Das Gesetz will für einen Fall dasselbe anordnen wie für einen anderen“. KELSEN (1919) op. cit. 640.

⁷⁹ „Chaque fois qu’une réalité naturelle subit de la part du juriste constructeur du droit, dénégation ou dénaturation consciente“. DABIN (1935) op. cit. 321.

⁸⁰ „Bezeichnen eigentlich etwas mit einem Worte, das in der Alltagssprache oder in der Sprache des Rechts gewöhnlicherweise zur Bezeichnung eines ganz anderen Begriffes gebräuchlich ist“. Julius [Gyula] MOÓR: Das Logische im Recht. *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, vol. 2. (1927–1928) 157–203., 166.

⁸¹ HEUMANN op. cit. 216. no. 2.

⁸² FULLER op. cit. 5.

its representativeness. Occasionally termed with distinguisher: ‘historical fiction’,⁸³ ‘judicial fiction’,⁸⁴ ‘jurisprudential fiction’,⁸⁵ ‘particular’ and ‘procedural’ fiction⁸⁶ or, having in view a logico-functional reconstruction, as ‘foundational fiction’.⁸⁷ Confusion may arise from the fact that Civil Law approaches, too, sometimes speak of fictions in general, although they mean this very special usage of it.⁸⁸ Dekkers sees in it “a technical process by which a fact, a thing or a person is mentally placed in a category knowingly unfit, for the benefit, as a result of such a practical solution, specific to that category”⁸⁹ and, Capitant, “a means of legal technique to assume a fact or situation different from reality for that legal consequences can be inferred therefrom”.⁹⁰ As to its definition, “fictio est in re certa eius quod possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio”.⁹¹ Common Law approach stresses its character implying the latent innovation of the law: “a wilful falsehood, having for its object the stealing of legislative power, by and for hands which could not, or durst not, openly claim it”,⁹² taking the form of “any assumption which conceals, or affects to conceal, the fact that a rule of law has undergone alteration, its letter remaining unchanged, its operation being modified”,⁹³ in brief, “procedural pretense by means of which rules of law are changed”,⁹⁴ that is, “used by the judge when he wishes to create an assimilation obviously inaccurate but necessary to obtain a desired result”,⁹⁵ for “[w]hen [...] the pressure of newly asserted interests compels change, those who administer the law seeks to make the change as slight as possible”.⁹⁶ As to their logical structure, they are “normative individual statements which, by the impossible assumption that a given state of affairs is similar to some dissimilar state of affairs, tie those legal consequences to this latter state of affairs which the

⁸³ Ibid. 56.

⁸⁴ OLIVIER op. cit. 115.

⁸⁵ „Fiction jurisprudentielle”. FORIERS op. cit. 23.

⁸⁶ Roscoe POUND: *Jurisprudence*. Vol. III. St. Paul, West, 1959. 450.

⁸⁷ „Begründungsfiktion”. Dieter MEURER: *Fiktion und Strafurteil. Untersuchungen einer Denk- und Sprachform in der Rechtsanwendung*. Berlin–New York, Gruyter, 1973. xviii+82.

⁸⁸ E.g., Salvatore PUGLIATTI: Finzione. In: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XVII. Milano, Giuffrè, 1968. 658–673.

⁸⁹ „Un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie sciemment impropre pour la faire bénéficiaire, par voie de conséquence de telle solution pratique, propre à cette catégorie”. DEKKERS op. cit. 86.

⁹⁰ „Procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques”. Henri CAPITANT (éd.): *Vocabulaire juridique*. Paris, Presses Universitaires de France, 1936. 253.

⁹¹ BARTOLUS de Saxoferrato: *Commentaria*. Venice, 1596. No. 21 ad D. 41. 3. 15 pr; cf. OLIVIER op. cit. 16.

⁹² Jeremy BENTHAM: *Works*. Ed.: John BOWRING. Vol. I. Edinburgh, W. Tait, 1843. 243.

⁹³ Henry Sumner MAINE: *The Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*. [1861] London, Murray, 1890. 26.

⁹⁴ FULLER op. cit. 5.

⁹⁵ „Utilisé par le juge lorsqu’il désire créer une assimilation évidemment inexacte mais nécessaire pour obtenir un résultat souhaité”. FORIERS op. cit. 23.

⁹⁶ POUND op. cit. 461.

assuming state of affairs has”.⁹⁷ In any of these definitions, the core gets reduced to “the false qualification of facts”.⁹⁸

4.3. In the doctrinal processing of legal norms

In most of the cases, it is termed as ‘dogmatic fiction’, or sometimes as a ‘theoretical’⁹⁹ one ‘issued from legal scholarship’.¹⁰⁰ As “a means of explanation”,¹⁰¹ it is “developed in legal science, i.e. in the explanation or systematising of the positive law”.¹⁰² Generally speaking, “factions worked out after the event by justice thinking in order to give or appear to give a notional explanation of existing precepts [...] represent first attempts of a legal system at classification and generalization”.¹⁰³ Its relationship to valid law is of *de lege data*, and not *de lege ferenda*. And not because of the subject, or of the nature of theoretical operation itself: “they do nothing; they only explain by comparison and thereby facilitate the presentation and understanding of the valid law”.¹⁰⁴ For no question of subsuming facts by adjudicating or imputing them is raised here. Norms are doctrinally arranged through simplifying their relationship, by building in their system artificial links and common denominators for making their conceptual breakdown and/or reduction possible.

4.4. In the theoretical understanding of legal norms

Lalande writes of ‘representative fiction’, serving as a theoretical model: “Hypothesis useful to represent the law or the mechanism of a phenomenon, but which we use without asserting its objective reality”.¹⁰⁵ This is the usual object of philosophical definitions: “assumptions are called (scientific) fictions that we make for heuristic purposes”.¹⁰⁶ Following this pattern, several theories of law characterize legal norms as mere fiction. “[I]n a sense, all legal rules, principles, precepts, concepts, standards

⁹⁷ „Verweisende normative Individualsätze, die durch die unmögliche Annahme, der gegebene Sachverhalt sei einem anderen ungleichen Sachverhalt gleich, die Rechtsfolgen an den gegebenen Sachverhalt knüpfen, die der angenommene Sachverhalt hat“. MEURER (1973) op. cit. 74.

⁹⁸ „La fausse qualification des faits“. PERELMAN op. cit. 146.

⁹⁹ „Theoretische“. Joseph UNGER: Die Verträge zu gunsten Dritter. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 10. (1871) 1–109., 9. note 12. as well as MEURER (1973) op. cit.

¹⁰⁰ „Rechtswissenschaftliche“. STAMMLER op. cit. 332.

¹⁰¹ „Ein Mittel der Darstellung“. Eduard HOLDER: Die Einheit der Correalobligation und die Bedeutung juristischer Fiktionen. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 69. (1886) 203–240., 223.

¹⁰² OLIVIER op. cit. 87.

¹⁰³ POUND op. cit. 450., 462.

¹⁰⁴ „Sie bewirken nichts, sie erklären nur mittels Vergleichung und erleichtern hierdurch die Darstellung und Auffassung des geltenden Rechts“. UNGER (1871) op. cit.

¹⁰⁵ „Hypothèse utile pour représenter la loi ou le mécanisme d’un phénomène, mais dont on se sert sans en affirmer la réalité objective“. LALANDE op. cit. 355.

¹⁰⁶ „Fiktionen (wissenschaftliche) heißen Annahmen, die wir zu heuristischen Zwecken machen“. Rudolf EISLER: *Wörterbuch der juristischen Begriffe*. Bd. I. [1899] Berlin, Mittler, ³1910. 369.

– all generalized statements of law – are fictions. In their application to any precise state of facts they must be taken with a lively sense of their unexpressed qualifications of their purely ‘operational’ character. Used without awareness of their artificial character they become harmful dogmas”.¹⁰⁷ Some theories emphasize the fictitious character of legal concepts as means defined by the regulatory need and wish, quite independently of any epistemological consideration in view of reality. “From this point of view, however, every legal norm should appear as a fiction, since through the law’s general concepts, always necessarily a plurality of never quite similar concrete cases are subject to the same legal judgment”,¹⁰⁸ or, in another formulation, “legal concepts and categories are fictions again, abstract and analogical (etc.) ones, that is, deliberately purposeful deviations from reality, the very object of law”.¹⁰⁹ Other theories explain legal constructions as fictions having an instrumental function, most known of them being the conceptual construction of right – “The word right is the name of fictitious entity: one of those objects, the existence of which is feigned for the purpose of discourse, by a fiction so necessary, that without it human discourse could not be carried on. A man is said to have it, to hold it, to possess it, to acquire it, to lose it. It is thus spoken of as if it were a portion of matter such as a man may take into his hand, keep it for a time and let it go again”¹¹⁰ – and corporation.¹¹¹ Finally, there are some schools of thought, e.g. Hans Vaihinger’s *Philosophie des Als Ob* (1911), as well as Karl Olivecrona’s *Law as Fact* (1939) and Alf Ross’s *Tû-tû* (1951) from the school of so-called Scandinavian realism,¹¹² that point to the internal contradiction implied by the fact that law is an artificial conceptual expression, on the one hand, notwithstanding, it is made to function in practice, on the other, as if it were a real property, or abstraction, of actual events taking place in human practice Or, “the

¹⁰⁷ FRANK op. cit. 179.

¹⁰⁸ MOÓR (1927–1928) op. cit. 180.: „Aus diesem Gesichtspunkte müßte aber jede Rechtsnorm als eine Fiktion erscheinen, da durch die allgemeinen Begriffe des Rechts immer eine Mehrzahl niemals ganz gleichartiger konkreter Fälle notwendigerweise der gleichen rechtlichen Beurteilung unterworfen wird“.

¹⁰⁹ „Rechtsbegriffe und -kategorien wiederum Fiktionen sind, abstrakte, analogische usw. Fiktionen, d.h. bewußt zweckmäßige Abweichungen von der Wirklichkeit, des eigentlichen Gegenstandes des Rechts“. Karl BAUMHOER: *Die Fiktion im Straf- und Prozeßrecht*. [Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Beiheft 24]. Berlin–Grunewald, Rotschild, 1930. 130., 22.

¹¹⁰ BENTHAM (1843) op. cit. Vol. III. 217.

¹¹¹ Cf., for Civil Law theories, Gyula [Julius] MOÓR: *A jogi személyek elmélete*. (Theory of legal persons). Budapest, Magyar Tudományos Akadémia, 1931. and respectively, for the Common Law doctrine, Vera BOLGÁR: The Fiction of Corporative Fiction. From Pope Innocent IV to the Pinto Case. In: Ronald H. GRAVESON – Karl KREUZER – André TUNC – Konrad ZWEIGERT (Hrsg.): *Festschrift für Imre Zajtay*. Tübingen, Mohr, 1982. 67–96.

¹¹² Karl OLIVECRONA: *Law as Fact*. Copenhagen, Munksgaard–London, Oxford University Press, 1939. 220. resp. Alf ROSS: Tû-Tû. *Harvard Law Review*, vol. 70., no. 5. (1957) 812–825. {Originally: Oscar A. BORUM – Knud ILLUM (eds.): *Festschrift til Henry Ussing 5. Maj 1951*. København, Juristforbundet, 1951.}

conditions should be governed by the law, as if the law were something factual, really given”.¹¹³

4.5. Theoretical reconstruction

In the last analysis, approaches to and understandings of fiction in the legal domain divide into two main tendencies:

- A) those which hold that fictions in law are *genuine fictions*,
- a) characterized by “a complete consciousness of its falsity”¹¹⁴ in an epistemological sense. This is the first concept of legal fiction, made by jurists of the Roman republican period (e.g. Gaius) and glossators of the modern age (e.g. Bartolus), formulating the criteria of „assumptio, contra veritatem, pro veritate and in re recta”.¹¹⁵ This very conception was later on extended as a matter of course to all kinds of fictions to be found in a legal context, considering them “a false assertion [...] which, though acknowledged to be false, is at the same time argued from, and acted upon, as if true”,¹¹⁶ or “a false factual assumption [...] contained in a legal »rule«,”¹¹⁷ or simply «a false identification, or a false analogy»,¹¹⁸
 - b) specific only in that they contradict earlier law, and not reality: “instead of contradiction against reality, which lies in the concept of fiction, there is here a contradiction to the previous law modified by its remaking only”¹¹⁹ or, in an apparently more sophisticated version, excluding fictions from legislative enactments as from the original, sovereign factors of creating and shaping ‘juridical reality’, “a qualification of facts always in a way contrary to the legal reality”,¹²⁰
 - c) specific only in that they are “a contrast between two different [i.e. ‘natural’ and ‘legal’ – Cs. V.] classification of facts”, instead of one “between rules and facts”,¹²¹

¹¹³ „Die Verhältnisse sollen sich nach dem Recht richten, als ob das Recht etwas Tatsächliches, wirklich Gegebens wäre“. Walter STRAUCH: *Die Philosophie des »Als-Ob« und die hauptsächlichsten Probleme der Rechtswissenschaft*. München, Rösl, 1923. 86., 17.

¹¹⁴ FULLER op. cit. 9–10.

¹¹⁵ Cf. OLIVIER op. cit. 8–14., 67–69.

¹¹⁶ BENTHAM (1843) op. cit. Vol. IX. 77.

¹¹⁷ OLIVIER op. cit. 4.

¹¹⁸ PESCHKA Vilmos: A fikció a jogban és a jogelméletben. (Fiction in law and in legal theory). *Állam- és Jogtudomány*, 1966/1. 40–82.

¹¹⁹ „Anstatt des Widerspruches gegen die Realität, welche im Begriffe der Fiktion liegt, besteht bei ihnen nur ein Widerspruch gegen das bisherige durch die betreffende Neuerung abgeänderte Recht“. HOLDER op. cit. 223.

¹²⁰ „Une qualification des faits toujours contraire à la réalité juridique“. PERELMAN op. cit. 62.

¹²¹ Kenneth CAMPBELL: Fuller on Legal Fictions. *Law and Philosophy*, vol. 3. (1983) 339–370. 360., 369.

B) those which hold that so-called fictions in law are, per definitionem, *by far not fictions at all*, because

- a) their actual result makes them, “as synonymous with legal phenomenon”, genuine reality: “there is no fiction anywhere [...]. This is a legal reality in the broad sense of the word, since there is a perfectly real legal effect that occurs”;¹²²
- b) they are, by their very structure, “a given form of designation, a tool of juristic terminology”, i.e. “a rule of the law particularly expressed”;¹²³ “an abbreviated form of the version of the basic legal proposition to be applied, a reference”;¹²⁴ or, simply, the result of the discrepancy between notions which, for the sake of regulation, have to have the same meaning in given respects and, in order to achieve this, also provide a definition normatively equalizing them with “significant deviations from the usual language”;¹²⁵
- c) in want of “assertion” in law, there are no “»proper« legal fictions taken »in a strict sense«”¹²⁶ either, only “items of determination” and, for their formulation in an economical and widely comprehensible way, “only linguistic metaphors, idioms, terminological conveniences”;¹²⁷
- d) both in thinking and also in professional communication, all kinds of linguistic expression, including norms and concepts as well, “are but psychological pulleys, psychical levers, mental bridges or ladders, means of orientation, modes of reflection, »As-Ifs«, convenient hypostatizations, provisional formulations, sign-posts, guides”.¹²⁸

¹²² Raymond SALEILLES: *De la personnalité juridique. Histoire et théories*. [1910]. Paris, Rousseau, 1922. 53., 612–613.: „comme synonyme de phénomène juridique”; „il n’y a de fiction nulle part [...]. C’est bien là une réalité juridique au sens large du mot, puisqu’il y a un effet de droit parfaitement réel qui se produit”.

¹²³ „Eine Bezeichnungsform, ein Werkzeug juristischer Terminologie“ / „eine Rechtsregel besonderen Ausdrucks“. Gustav DEMELIUS: *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Eine juristische Untersuchung*. Weimar, Böhlau, 1858. 79., 92.

¹²⁴ „Eine abgekürzte Form der Fassung der anzuwendenden Rechtsgrundsätze, eine Verweisung“. Rudolf von JHERING: *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 3. Teil. 1. Abt. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1865. 289., and also STAMMLER op. cit. 331.

¹²⁵ „Erhebliche Abweichungen von der gewohnten Ausdrucksweise“. MOÓR (1927–1928) op. cit. 166.

¹²⁶ „Aussagen“ / „,eigentliche‘, ,echte‘ Rechtsfiktionen“. ESSER op. cit. 26.

¹²⁷ „Bestimmungssätze“ / „nur sprachliche Metaphern, Redewendungen, terminologische Bequemlichkeiten“. Felix [Bódog] SOMLÓ: *Juristische Grundlehre*. Leipzig, Meiner, 1917.

¹²⁸ FRANK op. cit. 179–180.

5. On fiction

The word seems to have been first used, and maybe also invented, by Quintilianus.¹²⁹

5.1. History

As it is generally assumed, fiction-patterned thinking is rooted in the ancient practice of ‘human sacrifice’, later gradually substituted to by ‘animal sacrifice’ and then further simplified to becoming a mere ‘symbol’.¹³⁰ Others suppose a direct development line between Roman ‘symbol’ (manifesting itself in the ritual formalities of *mancipatio*), on the one hand, and ‘open fiction’, on the other, through the mediation of ‘hiding fiction’ (in the ancient Greek law, e.g., debtors were qualified to be Persian in order to gain a status of more strength while execution).¹³¹ But service to God, if interpretable from a legal point of view at all, and also symbolic acts qualify rather conclusive presumption. For, in the case of sacrifice, reduced performance will be held to be good enough for proving human subordination and fulfilling. In the case of symbols, ceremony will be established as a wholly formalized procedure in order to take over the burden of material proof. However, as stated by the contemporary commentator of Maine’s *The Ancient Law*, this derivation is simply “not justifiable. Everywhere, where any kind of some definite legal system has been established and has acquired sacred authority, the articulation of new needs makes place to extending interpretation also in the development phase ruled by custom, provided that custom has transformed into a close system. The rules of the system get extended as a matter of course to cover new cases as well”.¹³² This aspect of early laws “is not only a cause in part of the extreme formalism of the strict law, but it also operates as one of the agents in producing the first solvent of formalism, namely, fictions”.¹³³

Jhering, classifying “the artificial means used for the purposes of legal economy”, specifies “construct acts, business *simulacra* and the fictions”.¹³⁴ There is indeed a logical sequence in this line of instrumental development, albeit the first two items are either “legal lies”¹³⁵ or presumptions. And legal lie has nothing to do with “legitimate legal fiction”:¹³⁶ the deliberate falsity of an assumption of fact in a norm or normative

¹²⁹ Inst. Or. 6, 3, 61; cf. Antoine ERNOUT – Alfred MEILLET: *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*. [1932]. Nouv. éd. rev. Paris, Klincksieck, 1939. 362.

¹³⁰ „Menschenopfer“ / „Tieropfer“ / „Symbol“. DEMELIUS op. cit. 8.

¹³¹ „Offene Fiktion“ / „verdeckende Fiktion“. Fritz PRINGSHEIM: Symbol und Fiktion in antiken Rechten. In: Fritz PRINGSHEIM: *Gesammelte Abhandlungen*. Bd. II. Heidelberg, Winter, 1961. 382–400.

¹³² PULSZKY Ágost: Jegyzetek Maine: *A jog őskora c. műhöz*. (Notes to Maine’s *The Ancient Law*). In: Henry Summer MAINE: *A jog őskora*. Transl.: Ágost PULSZKY. Budapest, Magyar Tudományos Akadémia, 1857. 327–443., 526., 527., 361.

¹³³ POUND op. cit. 461.

¹³⁴ „Die künstlichen Mittel, deren sie sich für die Zwecke der juristischen Ökonomie bedient hat“ / „die Konstruktionshandlungen, die Scheingeschäfte und die Fiktionen“. JHERING op. cit. 260–261.

¹³⁵ Frank’s sense, FRANK op. cit. 348.

¹³⁶ Frank’s terminology, *ibid.* 348.

imputation does not turn it by itself and for this very reason into a legal fiction. Notwithstanding, the search of a development logic continues to challenge minds. Surveying “the agencies by which Law is brought into harmony with society”, Maine specifies “Legal Fictions, Equity, and Legislation”. They are common to him in that “[t]hey all [...] involve law-making” and distinguished in that legislation is considered “open law-making”.¹³⁷

Still, by the very idea of claiming the more while performing the less, i.e., of functional economization in the development of rites of sacrifice becoming a symbol, and also in the invention of ceremonies for the formal proof of actual change, some elements which were instrumental in the construction of the early forms of genuinely legal fiction had already developed, too. Such an element was the fictitious assumption of some second reality in order to achieve, by legal lie, another qualification within the classification system of the law. Here is the dividing line where fiction in the law starts to be a genuine legal fiction. Paradoxically, here is the line, too, where it ends to be fiction at all. Be it a case of Roman *responsa prudentium* or English case law, in judicial law-application both the manipulated establishment of those facts that constitute a case in law and the extending interpretation of legal rules (as two possibilities of establishing a judicial fiction) are just aspects of the same act, differing only in where they are approached to from. “The two kinds of operation [i.e. interpretation of norms and qualification of facts – Cs. V.] make up an indivisible unity in the act of law-application. For socially the *punctum saliens* of the whole process is the qualification of the facts. This is where and when projection onto one another, i.e. mediation, takes place. This is where and when the debated case gets a new quality: subsumed under the norm-structure applied as a decisional pattern”.¹³⁸ Such double roots of the first known appearance of legal fiction, that of judicial fiction (prevailing in ancient law, Roman law, Common Law and partly also in Civil Law development), explains why historically – with the living memory of symbolic acts and of the judicial manipulation of the establishment of those facts that constitute a legal case – the epistemological approach to and conception of legal fictions is wholly justified. At the same time, however, judicial fictions will be characterized as having the same basic structure as legislative fictions do, as seen by a theoretical reconstruction that proceeds from the analysis of legislative fiction and conceptualizes it by comparing the precept which has been extended and the one which it has been extended to, through the normative interpretation of those precepts.

The function of judicial fiction can already be detected in the law of ancient Mesopotamia, although fiction was scarcely known there. “One can see there the [...] sign of a timid effort towards the logical construction of the law [...]. The analogical reasoning that leads form writers to support their innovations on unreal assumptions

¹³⁷ MAINE op. cit. 25., 30. as well as Peter STEIN: *Legal Evolution. The Story of an Idea*. Cambridge (etc.), Cambridge University Press, 1980. 94.

¹³⁸ Csaba VARGA: Law-Application and its Theoretical Conception. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 67. (1981) 462–479., 466.

is a concern to rationally justify these creations.”¹³⁹ All in all, “continuity all through the development” is emphasized as the main function.¹⁴⁰ “The purpose of fiction is to alleviate the difficulties involved in taking up and manipulating new, more or less incisive statements of the law, by allowing the traditional doctrine to be formally retained in its old form, without, however, practically bringing its full effectiveness towards the new somehow to wilt.”¹⁴¹ Or, having in mind its indirect effect as well, “at the same time, the internal connection between the new and the old is secured by [this organic enlargement of the law – Cs. V.], thus preserving the systematic unity of the whole body of law”.¹⁴² With the fictitious assumption of the existence of a “general immemorial custom [...] from time to time declared in the courts of justice” and of the fiction’s “proper operation being to prevent a mischief, or remedy an inconvenience, that might result from the general rule of law”,¹⁴³ the same was said of judicial fictions in English law. At the same time, however, Blackstone saw “awkward shifts, subtle refinements, and strange reasoning” in this judicial way of legal development and, characteristically enough of a puristic stream of the use of language, he condemned also the idea of some Original Contract used as the fictitious foundation-stone of social theories at his age. As he concluded, “while we may applaud the end, we cannot admire the means”.¹⁴⁴ It is to be noted, however, that although Bentham, too, argued against “the pestilential breath of Fiction [which] poisons the sense of every instrument it comes near” and he stated proudly that “the season of Fiction is now over”,¹⁴⁵ he did so only in this convention. In another context he realized as a matter of course that fiction “may give support to useful rule or institution, as well as to a pernicious one”, moreover, he formulated as a received opinion that “[t]he virtues of a useful institution will not be destroyed by any lie or lies that may have accompanied the establishment of it”.¹⁴⁶

¹³⁹ Georges BOYER: Sur quelques emplois de la Fiction dans l’ancien droit oriental. *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, vol. 1. (1954), 73–100., 99.: „On peut y voir [...] l’indice d’un timide effort vers la construction logique du droit [...]. Le raisonnement analogique qui conduit les rédacteurs de formulaires à appuyer leurs innovations sur des hypothèses irréelles, correspond à un souci de justifier rationnellement ces créations”.

¹⁴⁰ „La continuité dans l’évolution” DEKKERS op. cit. 234.

¹⁴¹ JHERING op. cit. 387.: „Der Zweck der Fiktion besteht in der Erleichterung der Schwierigkeiten, die mit der Aufnahme und Bearbeitung neuer, mehr oder weniger einschneidender Rechtssätze verbunden sind, in der Ermöglichung, die traditionelle Lehre formell ganz in ihrer alten Gestalt zu belassen, ohne doch dem Neuen praktisch seine volle Wirksamkeit dadurch irgendwie zu verkümmern“.

¹⁴² „Durch [diese organische Erweiterung des Rechts – Cs. V.] wird zugleich der innere Zusammenhang des Neuen mit dem Alten gesichert und so die systematische Einheit des gesamten Rechts erhalten“. Carl Friedrich von SAVIGNY: *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. 1. Berlin, Veit und Compf, 1840. 295.

¹⁴³ BLACKSTONE op. cit. Vol. I. 73., Vol. III. 43.

¹⁴⁴ Ibid. Vol. II. 360.

¹⁴⁵ Ibid. Vol. I. 235., 269.

¹⁴⁶ Ibid. Vol. VII. 287.

5.2. Classification

It is usual, mainly in German literature, to classify fictions into two groups, 'practical', and 'dogmatical'¹⁴⁷ or 'theoretical',¹⁴⁸ or 'legal' and 'made by legal scholarship'.¹⁴⁹ The dividing line is well drawn between fictions in and on the law, relevant or irrelevant from a juristic point of view. Esser also differentiates legislative and judicial fictions by enumerating 'economical', 'historical', 'dogmatical' and 'definitional' ones.¹⁵⁰

Though the usage of fiction is technical in legislative fiction and ideological in the judicial one, this functional difference is counterbalanced by structural similarity. For judicial fiction aiming at extending a legal norm in action is completed through manipulating either the facts (by the false establishment of the facts that constitute a legal case) or the norms (by the false establishment of the relevant norm in a way that it shall cover the facts of the case). It will be distinguished (and only relatively) from judicial arbitrariness by virtue of its special purpose in the first case. It displays the same feature as legislative fiction does (except to the subject and way of its formulation) in the second case.

Finally, there is a dilemma of the transparency of functions. As Demelius¹⁵¹ and Géný¹⁵² observe, historical and dogmatic functions are mostly fulfilled by the same fictions: „the fiction is always necessarily a historical and dogmatic function”.¹⁵³ This is a case of the dialectical interplay of basic functions in the sense that “many [fictions] that once have served a historical purpose have been retained for their descriptive power”¹⁵⁴ (and vice versa as well). However, transparency of functions does not involve structural community between judicial fiction as a declaratory (normative) operation within the law and dogmatic fiction as an explanatory (theoretical) operation on and outside the law.

5.3. Law as fiction

In connection with fictions used for the theoretical reconstruction of legal norms, the problem of conceiving law as fiction is formulated usually on three levels. First, there are specific legal concepts which are fictitious in their character. For instance, both the existence and extension of legal rights and duties are bound to rules. Moreover, although they are defined by rules, their true existence and extension will only be manifest in the rules' being referred to and also imputed to in actual practice.

¹⁴⁷ „Praktische“ / „dogmatische“. JHERING op. cit.

¹⁴⁸ „Theoretische“. UNGER (1871) op. cit. 9. note 12.

¹⁴⁹ „Juristische“ / „rechtswissenschaftliche“. STAMMLER op. cit. 332.

¹⁵⁰ „Ökonomische“ / „historische“ / „dogmatische“ / „definitorische“. ESSER op. cit.

¹⁵¹ DEMELIUS op. cit. 86.

¹⁵² GÉNY op. cit. Tome III. 377.

¹⁵³ „La finzione svogle sempre necessariamente una funzione e storica e dogmatica”. TODESCAN op. cit. 458.

¹⁵⁴ FULLER op. cit. 8.

Secondly, in legal language, potentially at least, every concept is specific, i.e. fictitious in character. One cannot define previously what is to remain in its ordinary meaning and to what extent; the law's practical meaning can be reconstructed posteriorly at the most. Moreover, the motive of all this is beyond language; it is to be found in the politico-sociological context of the enactment and enforcement of rules. Thirdly, as a basic stand, legal language and its practical usage are fictitious in their character.

As a matter of fact, there is a basic incongruence between true or false conceptual description and striving for practical influence by the projection of norms, setting consequentiality as the only aim of its conceptual system, on the one hand, and recursing to the use of fiction exclusively for reasons of efficiency, on the other. This is why Jones is mistaken in supposing that "when in course of time the concept has come to be regarded as normal in relation to the facts, the fiction has become a reality".¹⁵⁵ For the "normalization" of its relation to the facts can render its given state more justified at most, still it cannot make it congruent. Anyway, linguistic expression, terminological choice and the wording (or conceptual shaping) of the law are a direct function of its norms. And the projection of norms is a direct function of practical considerations, subordinating epistemological ones to those which are purely purposeful in the given situation. This is so in the case both when legal meaning departs from ordinary one (in what? in which direction? to what extent?) and when legal meaning coincides with ordinary one (even if momentarily or partly). For no coincidence is motivated by the lack of "anormalization" when norm-projection is taking place: they only coincide because (and to the extent that) coincidence has normatively been disposed of for practical reasons, by the way. Or, legal concepts are pragmatic concerning their fundamental definition. And this is to mean that they are further and further removed from the point where they can be *in merito* examined epistemologically. Nevertheless, elements and interconnections of reality are reflected in their development. But the content and the extent of the concept developing from these are not ultimately determined by the copying of reality, but purely by practical considerations and the regulation techniques available.

"Such an estrangement from reality is not an autotelic process. Its real purpose is to provide a suitable means for the optimum operation of the legal complex. But this makes legal »reflection« specific and heterogeneous, and this is also expressed to a smaller or greater degree in the handling of juridical concepts as mere means. As Lukács put it: »an epistemological objective identity or convergence can in no way provide the decisive motive for choice or rejection; this motive consists in an actual applicability in concrete present circumstances,

¹⁵⁵ J. Walter JONES: *Historical Introduction to the Theory of Law*. [1940] Oxford, Clarendon Press, ²1964. 185.

from the standpoint of a resultant in the struggle between concrete social interests.«¹⁵⁶

To sum up, are legal concepts by definition fictitious from the very start? Kelsen warns us:

“Fiction does not lie in the contents of a concept deduced from other than real facts, but it lies in the wrong judgment that this concept implies a real fact belonging to the world of being, which is not the case factually. The fault of such a mental development is precisely the logical contradiction contained in it, that something not existing in reality is presented as real, that is, the methodical mistake of seeking something needed to be in a concept not abstracted from the world of being.”

And the same is said of juristic construction which

“is issued from very specific thinking processes arisen by normative consideration within the abstracting person himself. Thus, for instance, the concept of imputation is not an abstraction of facts given outside that what is to be imputed or what is given in its immediate range of feeling or willing, but this concept arises from the abstracting summation of the given specific thought processes (judgments) of the abstracting person himself, by which he associates certain perceived facts of the external world with given persons”.¹⁵⁷

Consequently, legal concept is not a fiction for Kelsen. Legislative fiction is not a true fiction to him, either. However, if legislative fiction is still considered a fiction in a limited, figurative sense, its properties can be generalized as being the ones of

¹⁵⁶ Csaba VARGA: *The Place of Law in Lukács' World Concept*. Budapest, Akadémiai, 1985., <http://mek.oszk.hu/14200/14249/133-134>., quoting George LUKÁCS: *The Ontology of Social Being. Marx's Basic Ontological Principles*. Transl.: David FERNBACH. London, Merlin, 1978. 128.

¹⁵⁷ Hans KELSEN: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre von den Rechtssätzen*. Tübingen, Mohr, 1911. 180.,181.: „Die Fiktion liegt nicht im Wesen eines Begriffes, der aus andern als realen Tatsachen abgezogen ist, sondern in dem falschen Urteile, daß dieser Begriff eine reale Tatsache beinhalte, daß etwas zur Welt des Seins gehöre, was tatsächlich nicht ist. Das Verwerfliche an diesem geistigen Vorgange ist eben der logische Widerspruch, der darin enthalten ist, daß etwas, was in Wirklichkeit nicht ist, als wirklich ausgegeben wird, ist der methodische Fehler, daß in einem Begriff, der nicht aus der Welt des Seins abstrahiert wurde, ein Seiendes gesucht wird.“ / „Erfolgt aus ganz bestimmten der normativen Betrachtung entspringenden Denkvorgängen innerhalb des Abstrahierenden selbst. So ist der Begriff der Zurechnung z.B. keine Abstraktion von Tatsachen, die außerhalb des Zurechnenden oder in dessen unmittelbarem Empfindungs- oder Willensleben gegeben sind, sondern dieser Begriff entsteht durch die abstrahierende Zusammenfassung einzelner spezifischer Gedankenvorgänge (Urteile) des Abstrahierenden selbst, durch die er gewisse wahrgenommene Tatbestände der Außenwelt mit bestimmten Personen verknüpft“.

legal concept, too. And the same can be said of legal construction as well. It is not a fiction by definition. Only mistaken practice or its ideology can turn it into a fiction. Or, there are no strictly fictitious phenomena outside of “legal lies” and “myths”,¹⁵⁸ in addition to theoretical fictions, including representative ones, embodying ideal types.

6. Presumption and fiction

6.1. The basic difference

In the field of normative regulation, where the specific technique sublates all cognitive component as mere antecedent, pure epistemological considerations, or speculation about probabilities, may turn to be misleading, necessarily missing the point. Or, what does happen if legal presumption attaches the establishment of the facts that constitute a case to the ascertainment of such facts that are not probable to produce the facts constituting a case? What does happen if a legal presumption does not comply with Fuller’s three requirements of “escaping the charge of »fiction«”: “(1) be based on an inference justified by common experience, (2) be freely rebuttable, (3) be phrased in realistic terms”?¹⁵⁹

Fiction is an operation with the extension of at least two concepts. For it rearranges the extension of concepts which would otherwise have differing contents, by declaring them to be at least partially overlapping each other.

With presumption, the question of conceptual identity will not even be raised, for presumption does not operate with concepts at all. It does only settle in a procedural way that the proof of which facts shall be sufficient for the official realisation that the facts constituting a legal case are established.

6.2. The perspective of legal technique

In all its appearances, usages and understandings, ‘fiction’ is nothing else than the attribution of certain contents (features, etc.) to given concepts. Apparently, fictions and presumptions are bordering phenomena, moreover, inseparable from one another in many cases. However, in contrast to fiction, presumption is only conceivable as defined in a legal norm disposing of the facts the proof of which shall be considered sufficient or conclusive enough to construct the facts that constitute a legal case. Having in mind the connection between facts actually proven and legal facts considered proven, epistemological approaches emphasize that fiction is „*assumptio contra veritatem in re certa*” while presumption is „*assumptio pro veritate in re dubio*”,¹⁶⁰ that fiction is “a conscious, intentional invention” while presumption is just „an assumption”.¹⁶¹ The constitutive character of legal fiction is stressed by the

¹⁵⁸ Frank’s terms, FRANK op cit. 348.

¹⁵⁹ FULLER op. cit. 45.

¹⁶⁰ OLIVIER op. cit. 73.

¹⁶¹ „Eine absichtliche, eine bewußte Erfindung“ / „eine Vermutung“. VAHINGER op. cit. 48.

differentiation attributing „deontological validity” („equation between the true and the false”) to fiction while „ontological validity” („equation between the true and the likely”) to presumption.¹⁶² Such conclusions are condensed in a definition stating that “Fiction is a legal provision with particular expression while presumption is a legal provision with particular contents”.¹⁶³ The irrelevancy of epistemological approach to fiction is shown by characterizing analogy as “major premise [...] obtained by induction” and fiction as a logically “arbitrary” operation taking place in it.¹⁶⁴ This feature points to the basically practical nature of fiction, the fact that it is “an essentially operative instrument without being the object of abstract speculation”.¹⁶⁵

¹⁶² „Validité deontologica” („equazione si pone trail vero e il falso”) / „validité ontologica” („equazione fra il vero e il verosimile”). TODESCAN op. cit. 8–9.

¹⁶³ „Die Fiktion ist eine Rechtsregel besonderen Ausdrucks, die Präsumption ist eine Rechtsregel besonderen Inhalts“. DEMELIUS op. cit. 92.

¹⁶⁴ „Obersatz [...] durch Induktion gewonnen“ / „willkürlich“. MEURER (1973) op. cit. 26.

¹⁶⁵ „Uno strumento essenzialmente operativo, non l’oggetto di un’astratta speculazione”. TODESCAN op. cit. 22.

THE REGULATION OF MISLEADING ADVERTISING UNDER LAWS IN CHINA

WANG Xianlin – ZHANG Mengjun
Professor – Ph. D. candidate
Shanghai Jiao Tong University

Introduction

In the market competition of modern society, commercial publicity, mainly in the form of advertising, is an important means for business operators to open up markets and promote sales to obtain competitive advantages. Advertising provides buyers with product information, which indicates the differences among various business operators and their products and serves as the basis for buyers to make a purchase decision. Advertising can also arouse buyers' curiosity and desire to buy, induce consumption, popularize products, and project a positive image of business operators and their products. Therefore, advertising is a powerful tool for business operators to increase their competitiveness in the market, promoting competition.

However, the positive roles of advertising shall be based on its authenticity and accuracy. False or misleading advertising, instead of playing the aforementioned positive roles, will undermine fair competition, mislead consumers and harm the legitimate rights and interests of other business operators. To maintain the competition order in the market and protect the interests of consumers, advertising, especially misleading advertising, should be regulated by the government of a country.

This essay, therefore, introduces and analyzes how misleading advertising is regulated under laws in China.

1. Concepts Related to Misleading Advertising in Laws of China

Misleading advertising is an internationally accepted term. In China, mainly the *Advertising Law of the People's Republic of China* (hereinafter referred to as the *Advertising Law*) and the *Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China* (hereinafter referred to as the *Anti-Unfair Competition Law*) set rules against misleading advertising. As the *Advertising Law* only regulates commercial

advertising activities defined in Article 2¹misleading advertising in any means beyond advertisement is managed under the *Anti-Unfair Competition Law*.

1.1. False advertising in the Advertising Law

Instead of the concept of ‘misleading advertising’, the *Advertising Law* adopts the concept of ‘false advertising’, which refers to advertisements that use false or misleading content to defraud or mislead consumers. However, the *Advertising Law (1994 version)* severely limited false advertising as the advertisement containing false information.² Until the *Advertising Law* was amended in 2015, advertisement with misleading content was first confirmed to be false advertising.

The purpose of the *Advertising Law* prohibiting false advertising is to set up the authentic principle in advertising activities. While in China’s relevant practice, it was found that apart from false advertisements that were absolutely against objective facts, those that were able to give most of the audience an impression of the publicized products different from the facts of the products could also defraud or mislead consumers, thus causing same social damages as false advertisements. This demonstrates that prohibiting false advertising by its literal meaning is failed to regulate some emerging problems and issues, thus being unable to meet the objective requirements for the development of the advertising industry. As Zhang Mao, then minister of the State Administration for Industry and Commerce, pointed out in the *Explanation concerning the Advertising Law of the People’s Republic of China (Amended Draft)*, ‘The criteria for determining false advertising have yet to be clearly defined, and the legal basis for effectively punishing false advertising is not sufficient.’³ In response to these requirements, the *Advertising Law* adopts the criteria for false advertising in Article 28 in 2015 version, which includes misleading advertisement. Consequently, an update of the understanding of advertising authenticity results in the development of the meaning of false advertising concept. In the latest *Advertising Law*, the identification of false advertising does not distinguish between false content and misleading content.

1.2. False or misleading commercial publicity in the Anti-Unfair Competition Law

‘False or misleading commercial publicity’, as is worded in the amended version of the *Anti-Unfair Competition Law* in 2017, is an updated description of acts of unfair competition that ‘use advertisements or any other means to make false or misleading publicity’, as is stated in the 1993 version. Unlike advertising in the *Advertising*

¹ See Article 2 Standing Committee of the National People’s Congress (Order No. 22 of the President) the Advertising Law of the People’s Republic of China (2015 Revision) [2015].

² See Article 4 Standing Committee of the National People’s Congress (Order No. 34 of the President) the Advertising Law of the People’s Republic of China (Revised) [1994].

³ See Zhang Mao the Explanation concerning the Advertising Law of the People’s Republic of China (Amended Draft) [2014], http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/2014/2014-08/31/content_1876851.htm

Law requiring specific means and forms,⁴ commercial publicity stipulated in the *Anti-Unfair Competition Law* includes a variety of means, such as publicity in the form of words, pictures or both on commodities or their packaging, advertising of commodities on mass media, demonstration, description, explanation or other textual representation of commodities in business premises, introduction and promotion of commodities on public occasions such as product review meetings, symposiums and ceremonies, and induced sales by masquerading customers. While compared with the definition of ‘advertising’ in Directive 2006/114/EC ‘the making of a representation in any form in connection with a trade, business, craft or profession in order to promote the supply of goods or services, including immovable property, rights and obligations’,⁵ the concept ‘false or misleading commercial publicity’ in China is closer to misleading advertising in any form.

Given that commercial publicity is a very important promotion method in market competition, false or misleading commercial publicity, by reason of its deceptive nature, is likely to affect the economic behavior of persons to whom it is addressed or whom it reaches. On the one hand, because of misunderstanding, consumers may make wrong transaction decisions that harm their interests. On the other hand, under certain market capacity, a business operator’s competitive advantages or profits obtained by false or misleading commercial publicity are at the undue cost of other operators’ (competitors) interests. As a result, false or misleading commercial publicity leads to distortion of competition. Therefore, the *Anti-Unfair Competition Law* prohibits false or misleading commercial publicity as a typical act of unfair competition.

1.3. Summary

To sum up, in China, misleading advertising may constitute false advertising as is stipulated in the *Advertising Law*, or false or misleading commercial publicity as is provided in the *Anti-Unfair Competition Law*. In broad sense, misleading advertising refers to a kind of misleading commercial publicity, and be in the form of advertisements or not, it should be regulated by the *Anti-Unfair Competition Law*. In addition, with the improvement of the understanding of how misleading advertising breaks the truthfulness of advertising or fair competition order, both in the latest revised *Advertising Law* and the *Anti-Unfair Competition Law*, misleading advertising and false advertising are not distinguished between each other.

⁴ See Article 2 and Article 14 Standing Committee of the National People’s Congress (Order No. 22 of the President) the Advertising Law of the People’s Republic of China (2015 Revision) [2015].

⁵ Article 2(a) Directive 2006/114/EC concerning misleading and comparative advertising [2006] OJ L376/22.

2. Determination of Misleading Advertising in China

2.1. False and misleading

A ‘false’ content refers to a content that does not correspond to facts, including both nonexistent conditions and distorted facts. While a ‘misleading’ content, however, refers to both true and false contents that can be misleading.

In China’s regulations on misleading advertising, the relationship between ‘false’ and ‘misleading’ has always been controversial. ‘False’ and ‘misleading’ were once often viewed as two different standards. For example, in the *Interpretation of the Anti-Unfair Competition Law* ‘false publicity that leads to misunderstanding’ was worded as follows, ‘the so-called false publicity that leads to misunderstanding includes two types of acts. One is false publicity and the other is misleading publicity. The former is determined on the basis of objective facts while the latter on the subjective understanding of consumers and users.’⁶

In fact, misleading advertising and false advertising show a kind of interrelationship. In most cases, there is overlap between them and false publicity is regarded as misleading publicity. However, in some cases, even true publicity can be misleading while false publicity may not necessarily be misleading. In this regard, the revised *Advertising Law* and the *Anti-Unfair Competition Law* are explicit in their position that there is no need to distinguish false and misleading advertising in the prohibited provisions. The emphasis of the determining criteria is shifted from whether or not the content of an advertisement is false to whether or not it is misleading, and the core of the determining criteria is whether or not the advertising misleads or defrauds consumers. Therefore, true but misleading advertising are also illegal in China.

In the course of revising the *Anti-Unfair Competition Law*, some regulators proposed to determine the legality of an advertisement only based on whether it is ‘misleading’ or not. For example, Article 8 of the *Anti-Unfair Competition Law (Revised Draft for Review)* says, ‘Business operators shall not carry out misleading commercial publicity as follows.’⁷ However, the law makers in China finally have adopted ‘false or misleading’ to describe misleading advertising considering its legal concept and wording in relevant regulations also the more mature practices of determining and regulating false advertising in China.

⁶ STATE ADMINISTRATION FOR INDUSTRY & COMMERCE OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA DEPARTMENT OF LAW: *The Interpretation of the Anti-Unfair Competition Law of the People’s Republic of China*. Hebei, Hebei People’s Publishing House, 1994. 62.

⁷ See Article 8 State Administration for Industry & Commerce of the People’s Republic of China the *Anti-Unfair Competition Law (Revised Draft for Review)* [2016], <http://www.mofcom.gov.cn/article/b/g/201604/20160401288300.shtml>

2.2. Determination of misleading advertising in the Advertising Law

The *Advertising Law* lists four common situations in which an advertisement is determined as misleading advertising and provides for a miscellaneous provision which covers other conditions of defrauding or misleading consumers with false or misleading content. The core of this determining criterion is whether or not the content of an advertisement is true, explicit and clear.

Article 28 of the *Advertising Law (2015 Revision)* stipulates, 'Any advertisement that defrauds or misleads consumers with any false or misleading content constitutes a false advertisement.' An advertisement that falls under any of the following categories shall be a false advertisement '(1) The advertised goods or service does not exist; (2) Regarding the goods' performance, functions, place of production, uses, quality, specification, ingredient, price, producer, term of validity, sales condition, and honors received, among others, or the service's contents, provider, form, quality, price, sales condition, and honors received, among others, or any commitments, among others, made on the goods or service, there is inconsistency with the actual conditions and has a substantial impact on purchases; (3) Using fabricated or forged or invalid scientific research result, statistics, investigation result, excerpt, quotation, or other information as a certification material; (4) Fabricating effects of the goods or service; (5) Defrauding or misleading consumers with any false or misleading content in other forms.'⁸ In addition, Article 3 of the *Regulation on the Administration of Advertisements* also stipulates, 'The content of an advertisement must be true, sound, clear and understandable and must not defraud users and consumers in any way.'⁹

2.3. Determination of misleading advertising in the Anti-Unfair Competition Law

Article 8 of the *Anti-Unfair Competition Law (2017 Revision)* stipulates, 'a business shall not conduct any false or misleading commercial publicity in respect of the performance, functions, quality, sales, user reviews, and honors received of its commodities, in order to defraud or mislead consumers.'¹⁰ Compared with the prohibitions of misleading advertising in the *Anti-Unfair Competition Law (1993)*, current definition of misleading advertising gives a clear illustrate of the relationship of false allegation and misleading allegation as mentioned above.¹¹ That is to say, the important point of the revision in misleading advertising lays on the requirement

⁸ Article 28 Standing Committee of the National People's Congress (Order No. 22 of the President) the Advertising Law of the People's Republic of China (2015 Revision) [2015].

⁹ Article 3 State Council ([1987] No. 94) the Regulation on the Administration of Advertisements [1987].

¹⁰ Article 8 Standing Committee of the National People's Congress (Order No. 77 of the President) the Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China (2017 Revision) [2017].

¹¹ According to Article 9, some hold the view that the provision forbid false or misleading publicity, while others think that it only forbid false propaganda. See Standing Committee of the National People's Congress (Order No. 10 of the President) the Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China (Revised) [1993].

of results element.¹² The *Anti-Unfair Competition Law (2017 revision)* provides the principle for determining misleading advertising is whether it can defraud or mislead consumers.

To supplement this, the relevant judicial interpretations set out rules that in determining whether advertising is misleading, account shall be taken of all its features are sufficient to lead to misunderstanding of the public concerned. Further, whether or not such advertising are sufficient to lead to misunderstanding of the public concerned is based on factors like people's daily life experiences, the general attention of the public concerned, the fact misunderstood, as well as the reality of the promoted objects. In addition, the *Anti-Unfair Competition Law* expressly stipulates that an over-exaggerated advertisement does not constitute false or misleading advertising if it is insufficient to cause public misunderstanding. Besides, several classic habits which highly likely to constitute misleading advertising are also listed in the judicial interpretations. That includes: 1. implementing biased promotion or comparison of commodities; 2. implementing the promotion of commodities by adopting controversial scientific viewpoints or phenomena as the facts; 3. using vague language or other deceptive methods to promote commodities.¹³

2.4. Summary

In terms of the criteria for determining misleading advertising, the *Advertising Law* focuses on whether or not the advertising content is true, clear and understandable while the *Anti-Unfair Competition Law* emphasizes on whether or not the commercial publicity defrauds or misleads consumers. However, the difference only shows that misleading advertising can be determined from two perspectives, thus the *Advertising Law* and the *Anti-Unfair Competition Law* are able to formulate different provisions to act together. This is also reflected in Article 20(2) of the *Anti-Unfair Competition Law (2017 revision)*, which affirms that false or misleading commercial publicity may constitute the releasing of a false advertisement, 'if a business operator violates the provisions of Article 8 of this Law and constitutes the releasing of a false advertisement, it shall be punished in accordance with the regulations of the *Advertising Law*.'

¹² See KONG Xiangjun: The Spirit of the Times of the New Anti-Unfair Competition Law of China. *Oriental Law*, 1 (2018) 64–80.

¹³ See Article 28 Supreme People's Court (Judicial Interpretation [2007] No. 2) the Interpretation of the Supreme People's Court on Some Matters about the Application of Law in the Trial of Civil Cases Involving Unfair Competition [2007].

3. Manifestations of Misleading Advertising in China

3.1. Advertising with seriously untrue content

Seriously, untrue advertising refers to the act of defrauding the other party in a transaction or consumers by using totally or largely untrue information in publicity, which leads to a cognitive misunderstanding of the other party or consumers concerned, who make their purchase decisions thereof. For example, an advertisement is ascertained as false advertising should product quality mark, ingredients, manufacturing methods, shelf life, place of production, discount or product effects be false or over-exaggerated. However, there is one exception. An obviously exaggerated advertisement does not constitute misleading advertising if it be insufficient to cause public misunderstanding.

3.2. Advertising with true but misleading content

It refers to advertisements that are not false but offer incomplete information for untrue publicity. Although the content of such misleading advertisements is true, they may still be determined as misleading advertising.

3.3. Induced and fraudulent advertising

This kind of advertisements often use ambiguous language to describe a product or service so that consumers may misinterpret the function and quality and the like of the product or service. Alternatively, they seduce consumers with true but partial facts of the product or service and then provide consumers with false information after their interest is aroused or their trust is obtained to influence their purchase decisions.

3.4. Derogatory advertising

Derogatory advertising refers to the act of disparaging or defaming a business rival by fabricating facts or spreading unfavorable information of the rival to undermine its reputation or the reputation of its commodities so as to obtain competitive advantages in the market. This situation is more prominent in comparative advertisements. Comparative advertisements influence consumers' purchase decisions by making a biased or false comparison between their own products or services and those of their rivals' so as to induce consumers to have a biased understanding of the products or services concerned.

Such advertisements may constitute false advertising in the *Advertising Law* or illegal derogatory advertising. According to the *Anti-Unfair Competition Law*, there may be a concurrence of false advertising and derogatory advertising.

4. Comparative Advertising in China

4.1. Controversies and regulations on comparative advertising in China

Since the *Advertising Law* was drafted in the early 1990s, the definition of legitimate comparative advertising has always been controversial in China. The Legislative Affairs Commission under the Standing Committee of the National People's Congress has expressly stated its basic position on comparative advertising as 'Unlike some countries that prohibit comparative advertising, China allows the use of comparative advertising with a strict requirement, i.e., a comparative advertisement shall not disparage the goods or services of other producers or traders.'¹⁴

The *Standards for Reviewing Advertisements* (now ineffective) developed by the State Administration for Industry and Commerce in 1993 once provided the principle for determining comparative advertising.¹⁵ According to Article 31, comparative advertising shall be in accordance with fair and just competition. It is worth noting that direct comparative advertising is not wholly prohibited in China although Article 32 prohibits direct comparison with specific products or services but only allows indirect comparison with generic products or services in the same category. The main reason of Article 32 is that direct comparison involves the use of logos of other specific products or business operators, which may constitute trademark infringement or unfair competition through unauthorized use of business logos of others. Further, the criteria for a legitimate comparative advertisement are as follows: First, the objects to be compared are comparable, and the comparison method is comprehensive, objective and fair, as is stipulated in Article 34.¹⁶ Second, the content of a comparative advertisement shall be true, accurate and non-ambiguous, and shall not mislead consumers, as is stipulated in Article 33, Article 35 and Article 36.¹⁷

Prior to the revision of the *Advertising Law* in 2015, there had been a suggestion that special regulations be made for comparative advertising. However, this suggestion was not adopted in the *Advertisement Law*, which only provides for a general requirement for comparative advertising in Article 13, i.e., 'advertisements shall not disparage the goods or services of any other producers or traders.' In addition,

¹⁴ Bian YAOWU: *The Interpretation of the Advertising Law of the People's Republic of China and Relevant Laws and Regulations*. Beijing, Fang Zheng Press of China, 1995. 7.

¹⁵ See State Administration for Industry and Commerce (now revoked) *The Standards for Reviewing Advertisements (Trial Use)* (Gong Shang Guang Zi [1993] No. 214) [1993].

¹⁶ Article 34, 'The objects to be compared in a comparative advertisement shall be similar or comparable products.' See the footnote 15.

¹⁷ Article 33, 'Data or findings used in a comparative advertisement must be grounded with proof from specialized testing institutions in China.' Article 35, 'The language used by a comparative advertisement shall be accurate and understandable to consumers. It shall not directly or indirectly vilify or defame other products.' Article 36, 'A comparative advertisement shall not mislead consumers by provoking a certain association, and shall not make consumers feel that if they do not use the advertised product, serious losses or harmful consequences might result (excluding safety or labor protection products).' See the footnote 15.

Article 9 prohibits using ‘national,’ ‘highest,’ ‘best,’ or similar superlative words in commercial advertisements. On top of these general stipulations, Articles 16 and 18 also prohibit comparing effect and safety performance of special products such as drugs, medical instruments and dietary supplements. These fully demonstrate that comparative advertising is not taken as a special offence in China’s legislation. Instead, it is allowed in China but illegal acts that may result from using comparative advertising, such as biased comparison that constitutes misleading commercial publicity, are still strictly regulated.

4.2. Determination of comparative advertising in China

There are three types of comparative advertising direct derogatory comparative advertising, direct connection-seeking comparative advertising and indirect comparative advertising. Regardless of their types, the nature of comparative advertising lies in obtaining competitive advantages by comparing products meeting the same needs or intended for the same purpose. Therefore, the focus of China’s regulation on comparative advertising is shifting from the legality of the content and form of a comparative advertisement to the fairness of competition it brings about. In other words, to determine whether a comparative advertising is true and fair depends on whether it constitutes false or misleading commercial publicity according to Article 8 of the *Anti-Unfair Competition Law*, or vilification of the objects being compared according to Article 11 of the *Anti-Unfair Competition Law*.

The typical misleading advertising actions listed in Article 8 of the *Interpretation of the Supreme People’s Court on Some Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Civil Cases Involving Unfair Competition* mentioned above are also often applied in determining the nature of comparative advertising in China. For example, advertisements based on biased promotion or comparison such as only showing other products’ disadvantages to accentuate the advantages of the promoted products are illegal comparative advertisements. Another example as an advertisement that claims the new technology adopted by the product is ten times better than that of the earlier version can be regarded as illegal indirect comparative advertisements by adopting controversial scientific viewpoints as the facts to promote products. These examples constitute false or misleading commercial publicity and may also constitute commercial vilification.

A typical case in this regard is Colgate-Palmolive Co. (Colgate) accusing Procter & Gamble Co. (P&G) of unfair competition. The Crest WhiteStrips, P&G, the accused, uses advertising language such as ‘the quality of Crest WhiteStrips is 3 times better than teeth whitening liquids, which tend to be washed away by saliva a few minutes after application and are thus less effective’ in its commercial publicity. However, this publicity was determined as false or misleading advertising by the court. In addition, since only Colgate had teeth whitening liquid products on the market at the time, P&G’s false advertising disparaged the effect of Colgate’s products and thus constituted a commercial vilification of Colgate. Therefore, the court concerned

determined that the defendant's false comparative advertising was in essence a commercial vilification and constituted unfair competition.¹⁸

To sum up, China does not ban comparative advertising but just allows legal comparative advertising. However, comparative advertising that constitutes false or misleading publicity, commercial vilification or unfair competition are prohibited. In practice, China does not have specialized regulations on comparative advertising and mainly relies on the *Anti-Unfair Competition Law* to determine its legality.

5. Law Enforcement Agencies Targeting Misleading Advertising in China

In China, misleading advertising is subject to both investigation for civil and criminal liability by courts and regulation of specialized administrative law enforcement agencies. These agencies are respectively specified in the *Advertising Law* and the *Anti-Unfair Competition Law*.

5.1. Law enforcement agencies stipulated in the Advertising Law

According to Article 6 of the *Advertising Law (2015 revision)*, the administrative department for industry and commerce of the State Council shall take charge of advertising supervision and administration nationwide, and the relevant departments of the State Council shall be responsible for work related to advertising administration within their respective functions. Local administrative departments for industry and commerce at and above the county level shall take charge of advertising supervision and administration within their respective administrative regions, and the relevant departments of local people's governments at and above the county level shall be responsible for work related to advertising administration within their respective functions.

In recent years, China has abolished the administrative departments for industry and commerce in some local governments and, after integrating other competent department on the basis of this, re-established local market regulation authorities responsible for advertising supervision and management within their jurisdiction.

According to the *Institutional Restructuring Plan of the State Council* adopted at the first meeting of the 13th National People's Congress of China in March 2018, the State Administration for Market Regulation was established directly under the State Council to carry out the responsibilities of the former State Administration for Industry and Commerce, General Administration of Quality Supervision, Inspection and Quarantine, China Food and Drug Administration, and price supervision and anti-monopoly responsibilities of the National Development and Reform Commission, the responsibilities of the Ministry of Commerce on regulating the anti-monopoly examination of undertaking concentration as well as the responsibilities of the Office of Anti-Monopoly Commission of the State Council'. It is mainly

¹⁸ See *Colgate-Palmolive (China) Co., Ltd. v P&G (China) Co., Ltd.* [2005] Hu Gao Ming San (Zhi) Zhong Zi No. 32.

responsible for comprehensive supervision and regulation of the market, registering market entities and establishing information publicizing and sharing mechanism, organizing comprehensive law enforcement of market regulation, undertaking anti-monopoly law enforcement, standardizing and maintaining the market order, organizing and implementing the strategy for making China strong through quality enhancement, regulating quality and safety of industrial products, food and special equipment, and managing measurement standards, inspection and authentication. According to the *Provisions of the State Administration for Market Regulation on its Functional Configuration, Internal Organization and Staffing* (hereinafter referred to as the *Provisions*) issued in July 2018, there are 27 organizations within the State Administration for Market Regulation, including the Department of Advertising Regulation. This department has the same structure and functions as those of the Department of Advertising Regulation under the former State Administration for Industry and Commerce.

Therefore, advertising regulation in China, including the administrative enforcement on misleading advertising, is carried out at both national and local levels.

5.2. Law enforcement agencies stipulated in the Anti-Unfair Competition Law

Since the enactment of the *Anti-Unfair Competition Law* in 1993, false or misleading advertising has been regulated by courts and administrative law enforcement agencies in China. In other words, apart from courts, specialized administrative law enforcement agencies are set up to carry out law enforcement on advertising, including false or misleading advertising.

Article 3 of the *Anti-Unfair Competition Law (1993)* provides that, ‘People’s governments at various levels shall take measures to repress acts of unfair competition and create favorable environment and conditions for fair competition.’

‘Administrative departments for industry and commerce of the people’s governments at or above the county level shall exercise supervision over and inspection of acts of unfair competition; where laws or administrative rules and regulations provide that other departments shall exercise the supervision and inspection, those provisions shall apply.’

Article 3 of the *Anti-Unfair Competition Law (2017 revision)* provides that, ‘People’s governments at various levels shall take measures to repress acts of unfair competition and create favorable environment and conditions for fair competition.’ ‘The State Council shall establish an anti-unfair competition work coordination mechanism, study and decide on major anti-unfair competition policies, and coordinate and deal with major issues to maintain the competition order.’ Article 4 provides that ‘The department responsible for administration for industry and commerce under a people’s government at or above the county level shall investigate and deal with acts of unfair competition. Where laws or administrative regulations provide that such acts shall be investigated and handled by other departments, those

provisions shall apply.’ From the above provisions we can see that great importance has been attached to the administrative law enforcement mechanism both before and after the revision of the *Anti-Unfair Competition Law*. Moreover, after the revision, a coordinating mechanism on anti-unfair competition at the level of the State Council has been established to strengthen the administrative law enforcement.

Although the law enforcement agencies of the *Anti-Unfair Competition Law* were mainly administrative authorities for industry and commerce, where laws or administrative regulations provide that acts of unfair competition shall be investigated and handled by other departments, those provisions shall apply. For example, according to the *Product Quality Law of the People’s Republic of China*, product quality regulators shall have the right to investigate and punish a business operator should it be found to have faked the place of production, faked or used the names and addresses of other producers, faked or used quality logos such as certification marks and fine quality product marks; according to the *Pharmaceutical Administration Law of the People’s Republic of China*, pharmaceutical regulators are responsible for supervising and inspecting acts of unfair competition in the fields of drug production and operation; according to the *Securities Law of the People’s Republic of China*, the securities regulatory agency of the State Council (China Securities Regulatory Commission) shall supervise and inspect acts of unfair competition in the securities market in accordance with the law; according to the *Foreign Trade Law of the People’s Republic of China*, the authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council (the Ministry of Commerce) shall supervise acts undermining fair competition in the market in foreign trade, etc. Although the above-mentioned law enforcement mechanisms result from China’s administrative system, the dispersion of law enforcement power on anti-unfair competition among various law enforcement agencies has affected the establishment of a unified law enforcement system on anti-unfair competition. However, as the Chinese government reforms its institutions in 2018, many law enforcement agencies responsible for anti-unfair competition will be integrated to a greater extent.

As mentioned earlier, the State Administration for Market Regulation set up in 2018 has assumed the responsibility of the former State Administration for Industry and Commerce. Prior to this, the regulation of the industry and commerce, food and medicines inspection in several provinces and most of the municipalities and counties had already been concentrated in market regulation bureaus at the corresponding level. Therefore, after the institutional reforms at the national level is completed, the enforcement of the *Anti-unfair Competition Law* in China will also be concentrated in a market regulation authority except in several special areas. According to the aforementioned *Provisions*, there are 27 organizations within the State Administration for Market Regulation, including the Bureau of Price Supervision and Anti-Unfair Competition (the Office for Regulating Direct Selling and Combating Pyramid Selling).

Therefore, anti-unfair competition law enforcement in China, including the administrative law enforcement on misleading advertising, is carried out at both national and local levels by market supervision and regulation authorities.

6. Legal Liability for Misleading Advertising in China

6.1. Legal liability for misleading advertising in violation of the Advertising Law

6.1.1. Administrative liability

According to the *Advertising Law*, an advertiser may be ordered to cease publishing a false advertisement, to eliminate adverse effects within the corresponding extent, and/or to pay for a fine. Its business license may be revoked, and the advertisement censoring authority shall revoke the advertisement censorship approval document and decline to accept the advertiser's advertisement censorship application within one year.

Where an advertisement publisher knows or should have known that an advertisement is false but still designs, produces, serves as an agent for, or publishes the advertisement, the administrative department for industry and commerce shall confiscate the advertising expenses and impose a fine. The relevant department may suspend its advertisement publishing business, revoke its business license, or revoke its advertisement publishing registration certificate.

Where a medical institution (special entity) commits a violation of law, if there is any serious circumstance, the administrative department for industry and commerce shall punish it in accordance with this Law, and the health administrative department may revoke the involved medical service item or the medical institution's practicing license.

Where an advertisement endorser knows or should have known that an advertisement is false but still provides recommendation or certification, the administrative department for industry and commerce shall confiscate its illegal income and impose a fine of not less than one time nor more than two times the illegal income on it.

In addition, where an administrative penalty is imposed on a natural person, a legal person, or any other organization for recommendation or certification in a false advertisement, if it has not been three years since the imposition of the penalty, the natural person, legal person, or other organization shall not serve as an endorser.

Where the business license of a company or enterprise is revoked for its publishing of any misleading advertisement that has seriously violated the law, if the legal representative of the company or enterprise is personally liable for the violation of law, he or she shall be prohibited from serving as a director, supervisor, or senior executive of any company or enterprise within three years of the revocation of the business license of the aforesaid company or enterprise.

Due to their lack of law-abiding consciousness, the aforementioned legal representatives shall be suspended from their duties, review themselves and enhance their law-abiding consciousness before they are able to serve as a director, supervisor, or senior executive of their company or enterprise. To prevent them from serving as a manager of their company or enterprise within a certain period of time is also a punishment.

6.1.2. Criminal liability

Article 222 of the *Criminal Law of the People's Republic of China* provides that an advertiser, advertisement agent or advertisement publisher who commits a crime shall be investigated for criminal liability according to law. 'Any advertiser, advertisement agent or advertisement publisher who, in violation of State regulations, takes advantage of advertisement to make false publicity of commodities or services, if the case is serious, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than two years or criminal detention and shall also, or shall only, be fined.'

6.1.3. Civil liability

Where a false advertisement is published in violation of the *Advertising Law* to defraud or mislead consumers, causing any damage to the lawful rights and interests of consumers who purchase goods or receive services, the advertiser shall assume civil liability in accordance with the law. If an advertising agent or advertisement publisher is unable to provide the advertiser's true name and address or valid contact information, consumers may require the advertising agent or advertisement publisher to make compensation in advance.

Where a false advertisement on a good or service involving the life or health of consumers causes any damage to consumers, the advertising agent, advertisement publisher, and endorser of the false advertisement shall assume joint and several liability with the advertiser.

Where an advertising agent, advertisement publisher, or endorser of a false advertisement knows or should have known that the advertisement is false but still designs, produces, serves as an agent for, or publishes the advertisement or provides recommendation or certification, it shall assume joint and several liability with the advertiser.

6.2. Legal liability of misleading advertising in violation of the Anti-Unfair Competition Law

6.2.1. Administrative liability

In order to obey to the principle that special regulations shall take precedence over general ones in application, if a misleading advertising violates the *Anti-Unfair Competition Law* at the same time is in violation of the *Advertising Law*, the *Advertising Law* shall apply. The above is clarified in the revised version of *Anti-Unfair Competition Law*.

6.2.2. Civil liability

Misleading advertising in violation of the *Anti-Unfair Competition Law* is determined as an act of unfair competition and thus shall bear civil liability. Article 17 of the *Anti-Unfair Competition Law* revised in 2017 provides that, 'A business operator

that violates this law and thus causes damage to others shall bear civil liability for such damage in accordance with the law. A business operator whose lawful rights and interests are infringed upon by an unfair competition act may file a lawsuit to a people's court.'

6.3. Summary

The liabilities of misleading advertising are clearly defined in both the revised *Advertising Law* and *Anti-Unfair Competition Law*, while the former is more often applied when administrative and civil liabilities of a misleading advertisement are involved. However, when a false or misleading commercial promotion is not in the form of a generally recognized advertisement but performs the function of an advertisement, the *Anti-Unfair Competition Law* will apply and the perpetrator concerned shall assume legal liabilities, so as to prevent such commercial promotion from undermining competition order and lawful rights and interests of consumers.

Conclusion

To sum up, in China, misleading advertising may constitute false advertising as is stipulated in the *Advertising Law*, or false or misleading commercial publicity as is regulated in the *Anti-Unfair Competition Law*. Whether an advertisement is determined as a misleading advertisement by the *Advertising Law* depends on whether or not its content is true, clear and accurate. When it comes to the *Anti-Unfair Competition Law*, it depends on whether or not the advertising has caused misunderstanding to the public concerned. In a word, the two laws determine misleading advertising from two different perspectives. As for comparative advertising in China, it is taken as neither a special offence nor a lawful behavior with explicit requirement. Instead, comparative advertising is allowed in China when it is not misleading within the meaning of regulations of the *Anti-Unfair Competition Law* and the *Advertising Law*. In addition, several clauses usually be applied to strictly prevent the unfair competition behavior result from comparative advertising such as discrediting or trademark infringement.

According to the latest amendments to both the *Advertising Law* and the *Anti-Unfair Competition Law*, the understanding of misleading advertising continues revamping. Due to the sense that misleading advertising can lead to fraud or mislead and thereby cause social damages. The *Advertising Law* and the *Anti-Unfair Competition Law* put a more comprehensive and deterrent regulation on it so that it can be effectively regulated. China is also carrying out special regulations on misleading and other illegal advertising. At the same time, the enforcement agencies targeting misleading advertising are appropriate adjusted. As well as the improvements of the legal liability of misleading advertising are taken place. These moves will without doubt usher in a new chapter for China's regulation on misleading advertising.

DAS BIBLISCHE GEBOT (EXODUS 20, 8-11) UND SEINE RELIGIONSRECHTLICHE UMSETZUNG IN ÖSTERREICH

Karl W. SCHWARZ

Univ. Prof. Dr. theol. Dr. phil.h.c. University Vienna

Das in der Überschrift apostrophierte biblische Gebot meint die Sabbatruhe, die in der Frühzeit des Christentums auch von den Christen eingehalten wurde.¹ Der christliche „Sonntag“ hingegen galt als „Tag des Herrn“ (*dies dominicus; domenica, domingo, dimanche*) und erinnert an die Auferstehung Christi, er wurde als Freudentag der „Versammlungstag“ der frühchristlichen Gemeinde, an dem das Herrenmahl gefeiert (Act 20, 7; Did. 14, 1) und die Liebesgaben eingesammelt wurden (1. Kor 16, 2). Als „christlicher Sabbat“ wurde er in den ersten Jahrhunderten nicht verstanden, seine Feier auch nicht vom Dekalog abgeleitet. Die Anwendung des Sabbatgebotes auf den Sonntag ist erst eine Folge der staatlichen Gesetzgebung, festzumachen am Edikt des Kaisers Konstantin von 321,² in dessen Gefolge eine „Sabbatisierung des Sonntags“³ zu beobachten ist.

1. Sonntagsheiligung

Die Sonntagsheiligung war und ist im Kanonischen Recht der Römisch-katholischen Kirche fest verankert – und zwar im Sinne einer Sonntagspflicht zur Teilnahme

¹ Viola HEUTGER: *Das Recht auf Sonn- und Feiertage*. (= Veröffentlichungen des Internationalen Forschungszentrums für Grundfragen der Wissenschaften Salzburg N.F. 75 = Publikationen des Instituts für Kirchliche Zeitgeschichte II/32). Wien–Salzburg, Geyer, 1999; Andreas GRUBE: *Der Sonntag und die kirchlichen Feiertage zwischen Gefährdung und Bewährung. Aspekte der feiertagsrechtlichen Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert*. (= Schriften zum Staatskirchenrecht 16). Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003. 27.

² Willibald M. PLÖCHL: Kirchliche Sonn- und Feiertagsgesetzgebung und Arbeitsruhe. In: Theo MAYER-MALY – Albert NOWAK – Theodor TOMANDL (Hrsg.): *Festschrift für Hans Schmitz zum 70. Geburtstag*. Wien–München, Herold, 1967. 284–287; HEUTGER aaO.

³ GRUBE aaO. 34.

an einer Hl. Messe (c. 1248 CIC 1917 / c. 1247 CIC 1983).⁴ Im säkularen Recht der Republik Österreich transformierte sich das Gebot der Sonntagsheiligung zu einer sozialpolitischen Vorschrift zugunsten der Arbeitnehmer, um diese vor übermäßiger Inanspruchnahme ihrer Arbeitskraft zu schützen.⁵ Der Transformation lag ein Säkularisierungsprozess zugrunde, der die staatliche und kirchlich-religiöse Rechtssphäre auseinander treten ließ – mit der Konsequenz, dass das Sonn- und Feiertagsrecht seiner christlichen Ausstattung weitgehend entkleidet wurde und nunmehr als eine sozialpolitische Kategorie entgegentritt und die religiöse Dimension völlig verdeckt.⁶ Der Sonntag wurde Teil einer an wirtschaftlichen Zwecküberlegungen orientierten politischen Planung und Gestaltung des Arbeitsmarktes. Die Ausweitung der Sonntagsarbeit hat immer wieder zu Aktionen „*Rettet den Sonntag*“ auf den Plan gerufen, um auf den „tiefgreifenden Wandel“ aufmerksam zu machen, dem die christlich-religiöse Sonntagskultur ausgesetzt war und ist. Die katholischen Bischöfe in Österreich haben in einem Sozialhirtenbrief 1990 zur Besinnung aufgerufen und 2001 die beschleunigte Entwicklung beklagt.⁷ Auch im Rahmen des Österreich-Konvents wurde gegen die Demontage unserer überlieferten Sonntagskultur – freilich wenig effektiv – protestiert,⁸ aber kaum politisch umgesetzt.⁹ Schon im erwähnten Sozialhirtenbrief hatte es 1990 geheißen, dass „*die Bewahrung des Sonntags [...] letztlich davon abhängen wird, ob es gelingt, ihn mit neuer Sinn- und Werterfahrung und religiösem Inhalt zu füllen*“.¹⁰ Diese Aufgabe stellt sich mit ähnlicher Stringenz für die Pflege der christlichen Feiertagskultur, um diese „kulturelle[n] Identitätselemente des Verfassungsstaates“¹¹ zu retten.

⁴ Erwin MELICHAR: Der Sonntag im kanonischen und im österreichischen Recht, ÖAKR, 8 (1957) 112–128.

⁵ Ibid. 125.; Herbert PRIBYL: Der Sonntag als Tag der wöchentlichen Arbeitsruhe. In: Rudolf WEILER (Hrsg.): *Der Tag des Herrn*. Wien, Böhlau, 1998. 95–139.

⁶ Andreas MATTNER: Sonntagsruhe im Spiegel des Grundgesetzes und der Feiertagsgesetze der Länder, *NJW*, 36 (1988) 2207–2213.

⁷ Ägidius J. ZSIFKOVICS (Hrsg.): *Sonntag und Feiertage in Österreich. Hirtenwort der österreichischen Erzbischöfe und Bischöfe, Mariazell im April 2001*. Wien, Generalsekretariat der Österreichischen Bischofskonferenz, 2002.

⁸ Kathpress Nr. 108/11.5.2003; vgl. Österreich-Konvent und Kirchen. Beiträge zur Verfassungsdiskussion 2003-2005, hrsg. vom Generalsekretariat der Österreichischen Bischofskonferenz / Evangelischer Oberkirchenrat A.u.H.B., Wien 2005, 27. 53 (Soziale Grundrechte Art. 4). 58 (Erläuterungen).

⁹ Herbert KALB – Richard POTZ – Brigitte SCHINKELE: Religions- und Weltanschauungsfreiheit im aktuellen österreichischen Verfassungsdiskurs. Österreichisches Archiv für Recht & Religion, 52 (2005) 1–37.

¹⁰ ZSIFKOVICS aaO. 4.

¹¹ Peter Häberle: *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*. (= Schriften zum Öffentlichen Recht 521). Berlin, Duncker & Humblot, 1987. – zit. bei GRUBE aaO. 225.

2. Die Novelle zum Feiertagsruhegesetz 1955.

Die Initiatorin dieses Symposions Viola Heutger hat in ihrer einschlägigen Salzburger Dissertation auf den 8. Dezember hingewiesen, der seit 1956 in Österreich als „*Tag der Unbefleckten Empfängnis*“ konkordatskonform als gesetzlicher Feiertag begangen wird,¹² während er in Bayern nicht als Feiertag gilt und deshalb vorweihnachtliche Grenzgänger zum Einkauf anlockt. Als sich der Landeshauptmann von Salzburg 1984 trotz Weisung des Sozialministers weigerte, seine Verordnung (6.11.1984) zurückzuziehen, mit der er das Öffnen der Geschäfte und die Gewerbeausübung erlaubt hatte, wurde gegen ihn eine Verfassungsklage angestrengt.¹³ Der Verfassungsgerichtshof stellte daraufhin fest, dass eine Rechtsverletzung vorliege.¹⁴ Aber eine stärkere Liberalisierung der Ladenschlusszeiten konnte er nicht aufhalten. Die Diskussion um Sinn und Grenze dieser Feiertagsregelung wiederholte sich jedes Jahr, bis 2003 in das Arbeitsruhegesetz eine Sonderregelung für den 8. Dezember aufgenommen wurde mit dem salomonischen Ergebnis: der 8.12. ist ein gesetzlicher Feiertag, an dem die Geschäfte offen gehalten und mit ihrer Zustimmung Arbeitnehmer beschäftigt werden dürfen.¹⁵

3. Die österreichische Karfreitagsregelung

Ich habe bewusst diesen 8. Dezember hervorgehoben, weil er im Zuge einer Novelle zum Feiertagsruhegesetz (BGBl. Nr. 227/1955) in die Liste der gesetzlichen Feiertage aufgenommen wurde.

In derselben Tagung des österreichischen Parlaments wurde am 2. Juni 1954 ein Initiativantrag der sozialistischen Abgeordneten Bruno Pittermann (190–1983) und Karl Spielbüchler (1911–1992) eingebracht,¹⁶ dass korrespondierend zum Marienfeiertag ein alter Feiertagswunsch der Evangelischen Kirche einer gesetzlichen Regelung zugeführt werde, nämlich der Karfreitag.¹⁷ Dieser werde wegen der Verehrung des Kreuzes Jesu (*Theologia crucis* bei Martin Luther: „*guter Freitag*“) von den Protestanten besonders geschätzt. Während die römisch-katholische Kirche bis heute am Karfreitag die Eucharistie nicht feiert, ist in der evangelischen Kirche die Abendmahlsfeier an diesem Tag allgemein üblich. Der Gottesdienst zeichnet sich durch eine dem Charakter des Tages entsprechend reduzierte Liturgie und

¹² HEUTGER aaO. 89. ff.; Herbert KALB – Richard POTZ – Brigitte SCHINKELE: *Religionsrecht*. Wien, WUV Universitätsverlag, 2003. 291.

¹³ HEUTGER aaO. 91.

¹⁴ VfSlg 10510/1985.

¹⁵ ARG § 13a, BGBl. I Nr. 48/2003.

¹⁶ Wolfgang MAZAL: Gleichbehandlung: Diskriminierung oder positive Maßnahme. Überlegungen zum „Karfreitagsproblem“. *ZAS*, 5 (2016) 272–280., hier 278.

¹⁷ Gerhard MAY: Evangelische Fragen an die Politiker in Österreich. *Ev. Diaspora*, 24 (1953) 2., 84. ff.; HEUTGER aaO. 84. – dazu auch Karl SCHWARZ: Befreite Kirchen im freien Staat. Zur Religionspolitik der Republik Österreich in den 50er-Jahren. *ÖAKR*, 44 (1995–1997) (= Festgabe Hugo Schwendenwein zum 70. Geburtstag), 289–314.

raumgestalterische Schlichtheit (z.B. Fehlen von Altarschmuck: Kerzen, Blumen) aus. Andererseits wird er musikalisch besonders gestaltet etwa durch die Passionsmusik von Johann Sebastian Bach, welche die Spiritualität des Karfreitags prägte. Dass diesem Tag im kirchlichen Leben der Protestanten in Österreich ein herausragender Stellenwert zukommt,¹⁸ ist schon an den Besucherzahlen der Gottesdienste und an den Einschaltquoten der Radio- und Fernsehgottesdienste zu ersehen. Daher kann mit Fug und Recht gesagt werden,¹⁹ dass der Karfreitag „für die Identität der Evangelischen als religiöse Minderheit wesentlich (sei)“.

Der historische Gesetzgeber des Jahres 1955 sah vor, dass der Karfreitag als gesetzlicher Feiertag gelten soll – aber nicht für alle, sondern nur für die Angehörigen der Evangelischen Kirchen A.B., H.B. und der „Methodistenkirche“ (heute Evangelisch-methodistische Kirche) sowie für die Angehörigen der Altkatholischen Kirche.²⁰ Diese gesplitterte Karfreitagsregelung, die am 18. November 1955 vom Parlament beschlossen und vom Bischof der Evangelischen Kirche A.B. in Österreich Gerhard May am 23. November auf der Generalsynode seiner Kirche präsentiert wurde,²¹ stand von Anfang an in der Kritik. Ihr wurde mangelnde legitime Ausgewogenheit unterstellt, denn sie war nicht vom zuständigen Ministerium vorbereitet worden, sondern gelangte im Wege eines Initiativantrags im Plenum des Nationalrates in die laufende Gesetzgebung. Ja ihr wurde sogar Verfassungswidrigkeit vorgeworfen, weil sie nicht alle Staatsbürger gleich umfasste. Aber das Argument des spezifischen religiösen Minderheitenschutzes ließ den Gleichheitssatz, die verfassungsrechtliche Gleichheit aller Bundesbürger vor dem Gesetz (Art. 7 BV-G) zurücktreten. Das 1984 in Kraft gesetzte Arbeitsruhe-Gesetz²² löste das erwähnte Feiertagsruhegesetz ab, übernahm in § 7 Abs 3 ARG die relevierte Karfreitagsregelung – ohne den Adressatenkreis auszudehnen, obwohl seit 25.9.1975 eine weitere Kirche gesetzlich anerkannt wurde, die den Karfreitag ebenfalls hochschätzte, nämlich die *Neuapostolische Kirche*.²³

¹⁸ „Der Karfreitag“, *Die Saat*, Nr. 12/1955, 1.

¹⁹ PETER KRÖMER: „Karfreitag für Evangelische von zentraler Bedeutung“. *Ev. Pressedienst für Österreich*, 26/29.06.2016., <http://religion.orf.at/stories/2781862>

²⁰ BGBl. Nr. 228/1955.

²¹ Ernst C. HELBLING: Die fünfte evangelische Generalsynode und sich daraus ergebenden Rechtsfragen. *ÖAKR*, 7 (1956) 187–198., 192.

²² BGBl. Nr. 144/1983.

²³ BGBl. Nr. 524/1975; KALB–POTZ–SCHINKELE aaO. 653. ff.; Wolfgang WIESHAIDER: Das staatliche Feiertagsrecht als vergessene Umsetzungsmaterie der Richtlinie 2000/78/EG. *Österreichisches Archiv für Recht & Religion*, 55 (2008) 2., 279–289., hier 286.; Matthias Pöhlmann – Christine JAHN (Hrsg.): *Handbuch Weltanschauungen, Religiöse Gemeinschaften, Freikirchen*. Hannover, VELKD, 2016. 294–319.

4. Das europäische Antidiskriminierungsgebot

Schon mit Inkrafttreten der Gleichbehandlungs-Richtlinie der EU (RL 2000/78/EG)²⁴ war die österreichische Karfreitagsregelung in den Fokus einer europäischen Antidiskriminierungskampagne²⁵ geraten. Sie wurde als „*unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religionszugehörigkeit*“ beklagt und in Brüssel ein Beschwerdeverfahren eingeleitet. Zur Stellungnahme aufgefordert wurde von österreichischer Seite die bestehende Rechtslage mit Hinweis auf den historischen Gesetzgeber als rechtens untermauert sowie konstatiert, dass ein materieller gesetzlicher Handlungsbedarf nicht bestünde. Eine Entscheidung in Brüssel ist vorerst nicht ergangen.

4.1. Karfreitag in Österreichs Nachbarstaaten

In der Zwischenzeit war der Karfreitag Anlass für eine Klarstellung seitens des deutschen BundesverfassungsG: Dass in Bayern der Karfreitag als sogenannter „*stiller Tag*“ sogar durch einen besonderen Stilleschutz hervorgehoben wird, wurde von einer laizistischen Weltanschauungsgemeinschaft bekämpft, von Karlsruhe²⁶ aber als verfassungskonform bestätigt, wenn auch das Fehlen einer Befreiungsmöglichkeit vom „Stilleschutz“ als „*unverhältnismäßig*“ getadelt wurde. In Tschechien 2015 und Ungarn 2017 wurde der Karfreitag zu einem gesetzlichen Feiertag für alle erklärt.²⁷

4.2. Zur Ausdehnung der Karfreitagsregelung auf die Angehörigen der Freikirchen

Durch die gesetzliche Anerkennung der Freikirchen²⁸ wurde die religiöse Pluralisierung der österreichischen Gesellschaft erheblich erweitert, entstand im religiösen Spektrum des Protestantismus eine Alternative, die religionsrechtliche Konsequenzen (Religionsunterricht, Religionslehrerausbildung an der Kirchlich-Pädagogischen Hochschule, Gefängnis- und Krankenseelsorge etc.) einfordert. Deshalb stellte sich die Frage, ob deren Angehörige nicht ebenfalls zu den

²⁴ Brigitte SCHINKELE: Religionsfreiheit und europäisches Antidiskriminierungsrecht – einige grundsätzliche Überlegungen. *Österreichisches Archiv für Recht & Religion*, 55 (2008) 2., 179–211.; WIESHAIDER aaO. 286. f.

²⁵ Klaus MAYR: Feiertage und Diskriminierung aufgrund der Religion im österreichischen Arbeitsrecht. *Ecolex*, 2004. 428–431.; Michaela WINDISCH-GRAETZ: § 17 GIBG. In: Robert REBHAHN (Hrsg.): *Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz*. Wien–New York, Springer, 2005. Rz 27–28., 438. f.; WIESHAIDER aaO. 286. f.; DERS.: Der verfahrens Feiertag. *Jahrbuch für Rechtspolitik*, 17 (2009) 67–71.

²⁶ BVerfGH Beschluss vom 27.10.2016 – Az. 1 BvR 458/10. – dazu Christian HILLGRUBER: Anmerkungen. *JZ*, 2017/3. 145–153.; Leitsätze: *DÖV*, 2017/5. 211. f.

²⁷ *Kathpress*, 59/8.3.2017, 17.

²⁸ BGBl. II Nr. 250/2013 – dazu Karl W. SCHWARZ: Die „Freikirchen“ in Österreich – im historischen Überblick von der Toleranz (1781) bis zur gesetzlichen Anerkennung (2013). In: DERS.: *Der österreichische Protestantismus im Spiegel seiner Rechtsgeschichte*. (= Jus Ecclesiasticum 118). Tübingen, Mohr Siebeck, 2017. 284–303.

Begünstigten der Karfreitagsregelung zu zählen wären. Bei einer demonstrativen Aufzählung der Begünstigten im Arbeitsruhegesetz könnte eine solche Ausweitung ohne weiteres erfolgen, bei einer taxativen Aufzählung hingegen nicht. Das zuständige Ministerium für Arbeit und Soziales bestand in einer interministeriellen Stellungnahme auf eine restriktive Interpretation und hielt – nicht unwidersprochen – eine Ausweitung des Kreises der Begünstigten nur im Wege einer Novelle zum ARG für möglich. Ein Widerspruch gegen diese Sichtweise könnte allerdings von der Meistbegünstigungsklausel des Protestantengesetzes (§ 1 Abs 2 III) ausgehen und diese im Sinne eines „*religionsrechtlichen Meistbegünstigungsprinzips*“ interpretieren.²⁹ Dann könnte daraus eine Verpflichtung des zuständigen Ministeriums für Arbeit und Soziales abgeleitet werden, das Arbeitsruhegesetz in seiner Anwendung auf die Mitglieder der Freikirchen zu erstrecken.

5. Der aktuelle Streitfall

1. Nun trat der Fall ein, dass sich ein österreichisches Gericht mit der Karfreitagsregelung auseinanderzusetzen hatte. Es war aber nicht ein Angehöriger der Freikirchen, der eine Klage einbrachte, sondern ein konfessionsloser Dienstnehmer, der sich über die Ungleichbehandlung bei der der Auszahlung seines Entgelts beschwerte. Ihm sei mangels Religionsbekenntnisses nicht nur der Vorteil eines zusätzlichen Feiertages vorenthalten worden, sondern auch der Vorteil eines „*Feiertagsarbeitsentgelts*“. Nach einer Niederlage beim Erstgericht, welches das Klagebegehren abwies, nahm das Oberlandesgericht Wien die Klage auf – mit der Begründung,³⁰ dass eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion vorliege: Die in Beschwerde gezogene Karfreitagsregelung verstoße gegen die Gleichbehandlungs-Richtlinie der Europäischen Union. Der juristische Streit ging in die nächste Instanz. Nun lag die Causa, die grundrechtliche, religionsrechtliche, wirtschaftliche, arbeits- und sozialversicherungsrechtliche sowie kulturpolitische Facetten aufweist, beim Obersten Gerichtshof. Dieser sollte nun befinden, ob hier eine Diskriminierung vorliege oder ob die in Österreich getroffene Lösung als eine positive Maßnahme zum Schutz einer konfessionellen Minderheit zu beurteilen sei.³¹ Der OGH entschlug sich vorerst einer Entscheidung, setzte das Verfahren aus und richtete an den EuGH in Luxemburg die erwähnte Streitfrage,³² ob die österreichische Karfreitagsregelung gegen Unionsrecht verstoße oder als Maßnahme zum Schutz der Freiheit der Religionsausübung bzw. zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung der Angehörigen der genannten Kirchen im Berufsleben gerechtfertigt sei – sowie dazu ergänzend, wie die Folgen einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit zu beurteilen wären. Der OGH trat die Entscheidung nicht an Luxemburg ab, wie es gelegentlich

²⁹ So KALB–POTZ–SCHINKELE aaO. 549.

³⁰ 9 Ra 23/16t, Erkenntnis vom 29.03.2016.

³¹ BEATRIX KARL: Karfreitag: Zulässiges Feiertagsprivileg oder verbotene Diskriminierung? *Recht der Wirtschaft*, 2016/9. 615–621.

³² OGH 24. 3. 2017, 9 ObA 75/16v.

in den Medien kolportiert wurde,³³ sondern forderte die Klärung von zwei Vorfragen aus europarechtlicher Perspektive an, um dann selbst die Entscheidung zu treffen, wie die österreichische Karfreitagsregelung zu handhaben sei. Eine denkbare Lösung wäre die Entkoppelung des gesetzlichen Freistellungsanspruchs von der Feiertagsremuneration.³⁴

2. Aus der Sicht der Evangelischen Kirche sind dazu einige Feststellungen zu treffen:

Die Feiertagsregelung (§ 7 ARG) dient nicht wie Urlaubsregelungen dem Erholungsbedürfnis der Arbeitnehmer, sondern im konkreten Fall den Angehörigen der begünstigten Minderheitskirchen zur Befriedigung ihrer individuellen und gemeinschaftlichen religiösen Bedürfnisse. Damit ist aber auch die korporative Religionsfreiheit apostrophiert, denn die gemeinschaftliche Ausübung der religiösen Bedürfnisse setzt eine solche Einrichtung voraus. Deshalb wurde es zu Recht als „verwunderlich“ bezeichnet, dass die betroffenen Kirchen in dem bisherigen Verfahren überhaupt nicht gehört wurden. In Anbetracht der Tatsache, dass die Ablösung der bisherigen Karfreitagsregelung eine massive Verletzung von deren Minderheitenrechten darstellen würde, hätte dies eine Verständigung mit den betreffenden Kirchen gem Art. 17 Abs 3 AEUV vorausgesetzt.

Sodann ist auch in Zweifel zu ziehen, dass die österreichische Karfreitagsregelung tatsächlich eine Diskriminierung darstellt: Denn um eine Diskriminierung kann es sich nur dann handeln, wenn bei den Angehörigen der betroffenen Kirchen und dem konfessionslosen Arbeitnehmer eine „vergleichbare Situation“ gegeben wäre. Eine solche wäre gegeben, wenn der Feiertag als Urlaubstag definiert würde, was der Karfreitag nicht ist, mag er auch zur Verlängerung eines Osterurlaubs verwendet werden. Er ist ein religiös motivierter und deshalb religionsrechtlich geschützter Feiertag. Das bedeutet aber, dass der Gesichtspunkt einer „vergleichbaren Situation“ bei den Protestanten und dem konfessionslosen Kläger mangels dessen „Karfreitagsorientierung“ fehlt. Insofern wäre die juristische Diffizilität bei einem freikirchlichen Kläger viel delikater. Im gegenständlichen Fall ist aber nicht von einer Diskriminierung auszugehen, vielmehr ist § 7 Abs 3 ARG vom Gesetzgeber eindeutig als „positive Maßnahme“ zu qualifizieren, deren Abzweckung darin bestand und besteht, die Angehörigen einer Minderheitskirche in ihrer spezifischen Feiertagskultur zu schützen.³⁵

Die Feiertags-Remuneration jener Arbeitnehmer, die auf ihre gesetzliche Freistellung am Karfreitag verzichten, ist freilich auf dieser Argumentationsebene nicht geschützt, kann aus Gründen der Religionsfreiheit nicht erkämpft werden. Nach meinem Dafürhalten ist aber die Frage der Remuneration sekundär, im Vordergrund steht die religiöse Feiertagskultur des Karfreitags, die einen besonderen religionsrechtlichen Schutz erfährt. Sohin lässt sich die an den Europäischen

³³ *Der Standard* 10.4.2017: „OGH schiebt Entscheidung an EuGH ab“.

³⁴ Andrea POTZ: Das Karfreitagsdilemma: ein Feiertag für alle oder niemanden? *Ecolex*, 2017. 743–746., 746.

³⁵ MAZAL aaO. 279.

Gerichtshof herangetragene Frage dahingehend beantworten, dass die strittige Karfreitagsregelung eine zulässige Ausnahme vom Nichtdiskriminierungsgrundsatz darstellt.³⁶

6. EuGH locutus – causa non finita

Die oben entworfene Interpretation der österreichischen Karfreitagsregelung, die den historischen Gesetzgeber auf ihrer Seite weiß, konnte den EuGH nicht überzeugen. In seinem Erkenntnis vom 22. Januar 2019³⁷ führte dieser vielmehr aus, dass die Gewährung eines bezahlten Feiertags allein für diejenigen Arbeitnehmer, die bestimmten Kirchen angehören, eine unionsrechtlich verbotene Diskriminierung wegen der Religion darstelle. Streng genommen bezieht sich der Spruch in erster Linie auf die vom Kläger eingeklagte Feiertagsremuneration, auf die er mangels Mitgliedschaft in einer der vom Gesetzgeber privilegierten Kirchen keinen Anspruch hat. Sodann aber konstatiert der Gerichtshof, dass die österreichische Lösung des Feiertags- und Arbeitsruhegesetzes eine unmittelbare Verletzung der Antidiskriminierungsrichtlinie der EU beinhalte, weil sie von der Religionszugehörigkeit der Arbeitnehmer eine unterschiedliche Remuneration abhängig mache. Kritisch angemerkt wird weiters der Umstand, dass mit der Freistellung am Karfreitag die Erfüllung einer „religiösen Pflicht“ nicht verbunden ist, vielmehr diese auch zu Erholungs- oder Freizeitwecken verwendet werden könne. Dass die Freistellung aus Gründen der Religionsfreiheit eingeräumt und gesetzlich geregelt wird, kritisiert der Gerichtshof, indem er deren Notwendigkeit infrage stellt: Von der in Rede stehenden Regelung könne nicht angenommen werden, dass sie zum Schutz der Religionsfreiheit notwendig sei. Aus dem Kontext ist zu ersehen, dass der Gerichtshof die Religionsfreiheit ganz eng dimensioniert und sozusagen auf die Dauer reduziert, um religiöse Riten zu befolgen, wie dies bei Angehörigen anderer Religionsgemeinschaften der Fall und von den Arbeitgebern zu gewährleisten ist. Die österreichische Karfreitagsregelung könne auch damit nicht begründet werden, dass sie als spezifischer Schutz einer konfessionellen Minderheit verstanden wird, um deren gesellschaftliche Benachteiligung auszugleichen, weil sie die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Rechtsgleichheit überschreitet. Das wird dann mit dem Hinweis auf eine 24stündige Ruhezeit der Privilegierten im Vergleich zur bloß stundenmäßigen Dienstfreistellung der anderen diskutiert und die festgestellte Divergenz als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz beklagt.

Somit ist der Maßstab, den der EuGH in seinem Erkenntnis anlegte, vom quantifizierbaren Vergleich und von der unterschiedlichen Remuneration gekennzeichnet, dem er den Grundrechtsschutz einer religiösen Feiertagskultur (weil unverhältnismäßig) unterordnet.

³⁶ KARL aaO. 621.

³⁷ Urteil in der Rechtssache C-193/17 Cresco Investigation GmbH / Markus Achatzi – Urteil des EuGH zu C-193/17 vom 22.1.2019 – <https://bit.ly/2WvjAcz> (22.1.2019).

Nun liegt es am OGH, das Erkenntnis umzusetzen bzw. an der österreichischen Bundesregierung / am Parlament, das kritisierte Feiertags-/Arbeitsruhegesetz zu revidieren und EU-tauglich zu machen. Der für kultusrechtliche Angelegenheiten zuständige Bundesminister hat die Aufgabe als Quadratur des Kreises umschrieben: Es solle niemandem etwas weggenommen werden, aber ein 14. Feiertag, um die Wirtschaft zu schonen, vermieden werden. Rasch tauchten Überlegungen auf, den Karfreitag für alle Arbeitnehmer durch einen Abtausch mit einem vom Konkordat nicht geschützten Feiertag (Ostermontag, Pfingstmontag, Stephanustag [26.12.]) zu bewerkstelligen. Dagegen votierten die Römisch-katholische Bischofskonferenz und die Kammer für Arbeiter und Angestellte, erstere weil sie die protestantische Karfreitagskultur, letztere aber den arbeitsrechtlichen Prozess aus Präzedenzgründen unterstützen und einen „halben Freitag“ nicht durch einen „vollen Montag“ ersetzt wissen wollen. Von namhaften Theologieprofessoren katholisch-theologischer Fakultäten des Landes kamen ebenfalls zustimmende Stellungnahmen, dass der Karfreitag auch für Katholiken unverzichtbar sei, ja sogar den Marienfeiertagen am 15. August (Mariä Himmelfahrt) und am 8. Dezember (Mariä Empfängnis) vorzuziehen wäre. Der evangelische Theologe ULRICH KÖRTNER³⁸ äußerte seine Verwunderung darüber, dass in einem Land, wo in öffentlichen Gebäuden, in Kindergärten, Klassenzimmern und Gerichtssälen, Kreuzfixe als Symbol für die grundlegenden Werte der Gesellschaft gesetzlich vorgeschrieben sind, ausgerechnet jener Tag zu einem Arbeitstag derangiert wird, der den Ursprung und eigentlichen Sinn dieses Symbols verdeutlicht. Und er setzte hinzu, dass man für den Karfreitag als gesetzlichen Feiertag für alle eintreten müsse, wenn man das Symbol des Kreuzes ernst nimmt. Eine scheinbare Lösung könnte darin bestehen, die spezifischen Feiertagsanliegen religiöser Minderheiten (Protestanten, Juden, Muslime) aus dem Feiertagskalender herauszunehmen und durch entsprechende zusätzliche Urlaubstage im Urlaubsrecht der Arbeitnehmer zu ersetzen. Diese Lösung gibt den Protestanten und Altkatholiken zwar einen Urlaubstag am Karfreitag, rettet aber den religiösen Rang dieses Tages nicht. Insofern wird diesen etwas weggenommen, weil deren spezifische Feiertagskultur auf die Ebene einer Urlaubsverlängerung gezogen und somit verzerrt wird.

Ich komme zum Schluss: Aus religiösen Gründen wird wohl der Karfreitag „für alle“ die angemessene Lösung sein. Das theologische Gewicht dieses Tages für die christliche Mehrheit der Gesellschaft spricht dafür – ob mit oder ohne Abtausch eines anderen bisherigen Feiertages.

³⁸ Interview. *Kleine Zeitung Graz-Klagenfurt*, 27.1.2019.

POSTMODERNER RECHTSSTAAT – VERFASSUNGSGERICHT

Gábor MÁTHÉ

em. Univ. Prof., Eötvös Loránd Universität

1. Der postmoderne Rechtsstaat in unserer Zeit

1.1. In der heutigen Zeit, wenn ausschließlich die Gesichtspunkte wirtschaftlicher Interessen gelten, wird unter „postmodern“ – unter Verlust der Geschichtlichkeit – das Konsumieren des Prozesses der Verwandlung aller Güter in bloße Ware verstanden.

Der Realisierungsprozess der Grundprinzipien eines Rechtsstaates verläuft weder in der Ausbauphase noch in der heutigen Zeit reibungslos. Es ist wichtig, dass das Rechtsstaatsmodell überhaupt kein abgeschlossenes System darstellt, es bedarf ständiger Aufmerksamkeit und Entwicklung. Nichts garantiert, dass seine Ergebnisse ewig bestehen werden. Ein sehr gutes Beispiel dafür stellt die Europäische Union des 21. Jahrhunderts dar. „Die Mitgliedstaaten schlagen sich nämlich im Zwiespalt des eigenen und des gemeinsamen politischen Institutionensystems herum“, schildert Martin Schulz, ehemaliger Präsident des Europäischen Parlaments die Situation. Seine Meinung über diese *sui generis* Formation ist sehr anschaulich: „Nationale Souveränität beruht in Europa auf der Gewaltenteilung. Man hat eine Regierung, die vom Parlament überstimmt werden kann, und man hat eine unabhängige Gerichtsbarkeit, die über Befolgung der Gesetze wacht... Was wir aber jetzt machen, ist nichts anderes, als Hochheben dieser Elemente auf europäische Ebene, jedoch ohne Gewaltenteilung. Was dabei entsteht, würde ich das Europa Frankenstein nennen.“¹

1.2. Nehmen wir den Zusammenbruch der Doppelmonarchie. Es ist allgemein bekannt, dass zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Friedensverträge von Versailles, die den ersten Weltkrieg abschlossen, die territoriale Ordnung umstießen und Mitteleuropa zerrütteten. Mit dem Abkommen von Jalta nach dem zweiten Weltkrieg, dann mit

¹ Frankenstein Európája (Das Europa Frankenstein). *Magyar Nemzet* (Ungarische Nation – Tageszeitung), 2013.

dem Friedensabkommen von Paris betrat Europa den Weg der Transatlantisierung und verlor allmählich seinen Einfluss auf die Weltpolitik. Und das Gipfeltreffen in Malta am 2. Dezember 1989 stellte durch die Neuintegration Ostmitteleuropas schon eine ganz andere Qualität dar, denn diese Gebiete mussten im Geiste des durch die USA vermittelten Washingtoner Konsenses zum politischen und wirtschaftlichen Beziehungssystem der Römischen Verträge des 20. Jahrhunderts zurückkehren.

In der durch die Grand Strategy einpolig gewordenen Welt entfernte sich die Integrierung Ostmitteleuropas von den früher angenommenen Prinzipien noch weiter. Die Reihenfolge der Elemente des Washingtoner Konsenses – Privatisierung, Deregulierung, Liberalisierung des Handels – wurde gemäß dem Drehbuch der internationalen Finanzwelt umgesetzt. Den Urhebern des Programms gelang es nämlich nicht, die verschiedenen Dimensionen der Staatlichkeit voneinander konzeptuell zu trennen und zu verstehen, wie diese mit der Wirtschaftsentwicklung verbunden sind. Die Privatisierung erzeugte nämlich riesengroße Asymmetrien, deren Ausgleich Aufgabe des Staates gewesen wäre. Milton Friedmann, der hervorragendste Vertreter der Volkswirtschaftslehre der freien Marktwirtschaft bemerkte sehr treffend, dass die These – die Rechtsordnung sei wahrscheinlich grundsätzlicher als die Privatisierung – sich bewahrheitete.²

Über die Zusammenhänge zwischen diesen internationalen Prozessen gibt der Akademiker, Professor der Volkswirtschaft, Dr. Béla Kádár in seiner hervorragenden Studie eine äußerst lehrreiche Bewertung ab. Die klare Festhaltung der Tatsachenlage spricht für sich selbst:

„In Folge der zwei selbstvernichtenden Weltkriege (europäische Bürgerkriege) des 20. Jahrhunderts entstand das beinahe ein halbes Jahrhundert währende Kraftfeld, in dem Europas Schicksal von Außereuropäern gestaltet wurde: in Jalta den sowjetischen, bzw. im Dezember 1989 in Malta den amerikanischen Interessen entsprechend. Voraussetzungen und Aufgaben der politischen Wende wurden von auswärts vorgegeben. Das war ein grundlegender Faktor in der Gestaltung des Spielraumes, [...] aber wegen der konzeptionellen Vorherbestimmung stellten Angleichung und finanzielle Unterstützung der mitteleuropäischen Länder keine strategischen Ziele dar.“

Obwohl in der wirtschaftlichen Umgestaltung der sozialistischen Länder in den neunziger Jahren „die IMF die Rolle eines Steuerungspulsts in der Umgestaltung des Spielraums erhielt [...] betrachtete die IMF jedoch den Inhalt des Washingtoner Konsenses als Strategie“, betont der Doyen der ungarischen Volkswirtschaftswissenschaft. Sein fachlicher Standpunkt ist eindeutig: „Ohne auswärtige Finanzhilfe war die IMF-Therapie von vornherein eine konzeptionelle Einschränkung der Wirtschaftspolitik.“³

² GECSÉNYI, Lajos – MÁTHÉ, Gábor (szerk.): *Sub clausula 1989. Dokumentumok a politikai rendszerváltozás történetéhez. A Grand Strategy.* (Dokumente zur Geschichte der politischen Wende. Die Grand Strategy) Budapest, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, 2009. 16–18.

³ KÁDÁR, Béla: *Gazdasági mozgásterünk.* (Unser wirtschaftlicher Spielraum) Manuskript. Budapest, 2018.

1.3. Es lässt einen nachdenken, dass Fredric Jameson, ein hervorragender zeitgenössischer Denker der USA in seiner ausgezeichneten Monografie sehr überzeugend ein Krankheitsbild über die heutige Theorie des Postmodernen zeichnet:

„Wir können darüber grübeln, ob die Ideologie unserer heutigen Zeit nicht zur eigenen Ideologie der Ware geworden ist, ob die Praxis den Platz der eindeutigen Unterstützung einer entschlossenen Stellungnahme und einer politischen Meinung übernahm. Die Medien treffen sich hier nämlich mit dem Markt, und sie tanzen beide gemeinsam auf dem Grab einer früheren intellektuellen Kultur.“⁴

Ebenfalls dramatisch wahr ist das Werturteil: „Der Nationalstaat hörte auf, eine wichtige formelle Rolle in einem Prozess zu spielen, den das Kapital durch seine grundlegende Veränderung völlig überholt hat, und den es als ein Überbleibsel der früheren Produktionsweise weiter am Leben erhält.“⁵

1.4. Gemäß der in der Literatur zur Volkswirtschaft immer eindeutiger gewordenen Anschauung stellt die Unmöglichkeit einer auf Kompromissen beruhenden Zusammenwirkung die bedeutendste *internationale Entwicklungskluft* zwischen dem entwickelten Norden und dem schwach entwickelten Süden dar, wobei der Süden den größeren Teil der Weltbevölkerung beheimatet. Als weitere Gesetzmäßigkeiten wirken in der immer mehr globalisierten Welt die *asymmetrischen Interdependenzen* zwischen Ländern, die Kapital exportieren bzw. die Kapital importieren. Das Schrumpfen der nationalen Souveränität in der eigenen Wirtschaft, also das Gelangen von Entscheidungen, die die zukünftige Struktur der Wirtschaft bestimmen, in fremde Hände, führt dazu, dass transnationale Gesellschaften die Oberhand gewinnen, die durch ihre Transfers von Waren, Kapital und Technik, sowie durch ihre strategischen Verbände globale Geschäftspolitik betreiben. Diese Globalisierung wirkt schädlich, denn sie erodiert die nationale Souveränität, genauer gesagt die staatliche Souveränität, indem sie den Ausgleich von Übergewichten auf dem Markt schwächt, und verlegt Entscheidungen mit Vorliebe über die Staatsgrenzen hinaus. Auf diese Weise definiert die Globalisierung – wie ein effizienter Manager der nationalen Volkswirtschaft – die Rolle der Nationalstaaten neu, zieht der Akademiker Tamás Szentes die Schlussfolgerung.⁶

Es ist notwendig einzusehen, dass es in großem Maße von der Regierungspolitik abhängt, inwieweit es gelingt, aus Prozessen der Weltwirtschaft und der Integration,

⁴ Fredric JAMESON: *A posztmodern avagy a kései kapitalizmus logikája*. (Postmoderne – zur Logik der Kultur im Spätkapitalismus) Budapest, Noran Libro, 2010. 407.

⁵ Ibid. 422.

⁶ SZENTES, Tamás: *Globalizáció, regionális integrációk és nemzeti fejlődés korunk világgazdaságában*. (Globalisierung, regionale Integrationen und nationale Entwicklung in der Weltwirtschaft heute) Szombathely, Savaria University Press, 2002. 14., 20., 178–179., 196–198.

sowie aus der Kooperation mit transnationalen Gesellschaften so viel Nutzen zu ziehen wie möglich, und zwar mit so wenig Kosten und Risiko wie nötig.

Die nationalen Volkswirtschaften müssen trotzdem bestrebt sein, eine Dominanz von einander gegenseitig unterstützenden Wirkungen im nationalen Entwicklungsprozess sicherzustellen, und sie haben dafür zu sorgen, dass in der dreischichtigen Weltwirtschaft – Globalisierung, Regionalisierung, nationale Lenkung – die Dualität Zentrum und Peripherie sich auflöst, und die internationale Entwicklungskluft in erheblichem Maße zurückgeht.

2. Rückkehr zur Positivierung des Rechts?

2.1. Professor Helmut Coing befasst sich in seiner klassischen Monographie „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ eingehend mit dem allgemeinen Rechtspositivismus. Er stellt fest:

„Das Recht unserer Zeit ist das Produkt einer Evolution, die sich von archaischen Gesellschaftssystemen zu den antiken Hochkulturen und schließlich zu der neuzeitlichen Hochkultur unserer Gesellschaftsformen vollzogen hat. Diese Evolution zeigt sich vor Allem im Beherrschen der immer größeren Komplexität. Das Recht muss zwar einerseits Sicherheit für bestehende normative Erwartungen bieten, andererseits aber auch Raum für die Entwicklung neuerer Erwartungsstrukturen und damit neuerer normativer Systeme lassen.“⁷

Indem er die Parallelität der normativen und kognitiven Thesen beurteilt, geht er im Zusammenhang mit den gegenwärtigen rechtsphilosophischen Diskussionen auch auf die Kritik an der Theorie von Luhmann detailliert ein. Das Wesen des Konzepts von Luhmann besteht nämlich darin, dass das positive Recht durch Entscheidungen entsteht und sich durchsetzt, aber in seiner Legitimation spielt eine statische Weltordnung keine Rolle mehr, wie dies durch die europäische Tradition des klassischen Naturrechts⁸ begründet wurde. Das positive Recht muss insbesondere durch die Ordnung seiner Schaffung legitimiert werden, durch den politischen Prozess, im Zuge dessen die Entscheidungen über die Auswahl getroffen werden. Das klassische Naturrecht war die Widerspiegelung einer ewigen Weltordnung, und die Idee der klassischen Gerechtigkeit setzte eine umfassende, vollkommene Ordnung voraus, die das Recht zu legitimieren vermag und Kriterien bereitstellte, mit Hilfe deren bei Rechtsentscheidungen festgestellt werden konnte, was gerecht und was ungerecht sei. In unseren Tagen ist es aber schon klar, dass im Rahmen der

⁷ Helmut COING: *A jogfilozófia alapjai*. (Grundzüge der Rechtsphilosophie) Budapest, Osiris, 1996. 87–88.

⁸ Leo STRAUSS: *Természetjog és történelem. A klasszikus természetjog*. (Naturrecht und Geschichte. Das klassische Naturrecht) Budapest. Pallas Stúdió – Attraktor, 1999. 91–117.

modernen, komplexen Gesellschaft keine Möglichkeit dazu besteht. „Es ist daher notwendig, mit dieser Tradition zu brechen und sie durch eine systemtheoretische Interpretation zu ersetzen“, um „die adäquate Komplexität des Rechtssystems“ sicherzustellen.⁹

2.2. In der postmodernen Welt des 21. Jahrhunderts ist es – auch aus den oben genannten Gründen – unentbehrlich, an der Forderung des Rechtsstaates festzuhalten.

Der Rechtsstaat ist ohne Zweifel der bestimmende Wert, sein Leitgedanke ist die Rechtssicherheit, wobei das RECHT die „Messlatte“ der Staatstätigkeit ist. Der Rechtsstaat ist heute nämlich:

- *ein konstitutioneller Staat*, der den Prozess der Gesetzgebung regelt
- *ein Gesetzesstaat*, der das Verhalten des Einzelnen regelt, Staatsorgane aufstellt, deren Aufbau und Kompetenzen er festlegt
- *ein Rechtsschutzstaat*, der die Einhaltung der Verfassungsnormen und der Gesetze mit Hilfe adäquater Institutionen gewährleistet.

Seine weiteren Wesenszüge sind in Schlagworten: Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung, der Vollziehung und der Rechtsprechung an Gesetz, Grundrechtsschutz, Verantwortung der Staatsorgane für Einhaltung der Rechtsnormen, und schließlich die Eindeutigkeit der Formulierung und Verkündung der Rechtssätze.

2.3. Der kanadische Professor Jordan B. Peterson schreibt in seiner 2018 erschienenen Monografie „mit überwältigend gewichtigem Inhalt“ (Wertung des The Times) besonders geistreich über unsere heutige Zeit:

„Die Motivation der verrückten und unfassbaren postmodernen Hartnäckigkeit besteht im Willen, die Gesellschaft umzukrempeln, d. h. die Voreingenommenheit auszumerzen, bis die Billigkeit erreicht ist. Diese These lässt die Tatsache außer Acht, dass beide Behauptungen gleichzeitig nicht richtig sein können, wie auch mit einer anderen Behauptung nicht erklärt werden kann, dass die Logik selbst und auch die wissenschaftlichen Methoden nur Teile eines eigentümlichen patriarchalen Systems sind.“¹⁰

Der Professor weist unmissverständlich darauf hin, dass die Menschen Prinzipien brauchen, sonst komme Chaos auf. Er betont, dass Regeln, Maße und Werte notwendig seien.

⁹ COING aaO. 89. Vgl.: Niklas LUHMANN: Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft. In: Niklas LUHMANN (Hrsg.): *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt, Surkamp, 1999.

¹⁰ Jordan B. PETERSON: *12 szabály az élethez. Így kerül el a Káoszt.* (12 Lebensregeln. Ordnung und Struktur in einer chaotischen Welt) Budapest, Század, 2018. 348.

„Wir müssen bestimmen, in welche Richtung wir gehen, um über uns selbst zu verhandeln, und das alles nicht mit Hass zu tun. Wir dürfen die Kraft der Voraussicht und der Richtungsweisung nicht unterschätzen.“

Wie Nietzsche schrieb: „Wer im Leben ein Warum hat, dem ist kein Wie zu schwer.“¹¹ Auch diese Mahnung macht es eindeutig, dass wir zum naturrechtlichen Origo zurückkehren müssen, zum entscheidenden Schritt der Evolution, zur Positivierung des Rechts.

2.4. Jede historische Schöpfung existiert nämlich in einer individuellen Form. Das Recht ist ein Teil der Kultur, und ist an Gegenstände gebunden. Das Recht bedeutet in erster Linie Lösung der Probleme der Gesellschaftsordnung. Es ist nicht zu leugnen – wie bereits gesehen –, dass die Wirtschaftsmacht und alle Mächte in der Rechtsbildung eine Rolle spielen, oder zu spielen versuchen. Aber die „Fäden“ der Kultur sind stark, und vertragen keine einseitige Regelung.¹²

Aus diesen Gründen müssen Rechtswissenschaft und ihre Pfleger in der nahen Zukunft zu herausragenden Akteuren in Lösung der brennenden Probleme der EU werden.

Die Rechtswissenschaft ist eine Geisteswissenschaft. Einerseits steht sie im Dienste der praktischen Umsetzung des Rechtssystems, andererseits ist sie die Wissenschaft der geltenden Einrichtungen. Edmund Burke wertet sie mit erhabenen Worten:

„Rechtswissenschaft ist der Stolz der menschlichen Vernunft, die trotz ihrer Mängel, Weitschweifigkeit und Fehler nichts Anderes ist, als die gesammelte Weisheit verschiedener Zeiten, die Prinzipien der ursprünglichen Gerechtigkeit mit der grenzenlosen Vielfarbigkeit der menschlichen Interessen vereinbart.“¹³

Polemiken und Konfrontation von Ansichten in der Rechtswissenschaft kennzeichnen auch unsere heutige Zeit. Als Beispiel soll hier das Konzept des amerikanischen Forschers Jeremy Rabkin in der Polemik über die Souveränität hervorgehoben werden. Er argumentiert schon mit viel Erfolg dafür, dass die globale Ordnung auf der Souveränität der Staaten basieren muss.¹⁴ Souveränität sei nämlich der einzige internationale Faktor, der die demokratische Legitimation mit der Fähigkeit zum Erzwingen von Rechtsnormen vereinbart, erklärt der

¹¹ Ibid. 98.

¹² COING aaO. 163–164., 272.

¹³ Ibid. 273.

¹⁴ MÁTHÉ, Gábor: Magyary Zoltán tudománytörténeti jelentősége. (Die wissenschaftshistorische Bedeutung von Zoltán Magyary). *Polgári Szemle* (Bürgerliche Rundschau, Zeitschrift), 2013/3–6. 160–161. Vgl.: JEREMY RABKIN: *The case for sovereignty: Why the world should welcome American Independence*. Washington, American Enterprise Institute Washington, 2004.

amerikanische Forscher die erfolgreiche Methode der Interessendurchsetzung. Gar nicht zu sprechen davon, dass – durch einstimmige Willenserklärung – z. B. in EU-Relation Wirtschaftsregionen und Regionszentren innerhalb oder außerhalb der Gegenseitigkeitsgebiete eingerichtet werden können.

Das oben Genannte könnte unter anderen die Prioritäten der Staatstheorie im 21. Jahrhundert darstellen. In diesem Sinne sollten der ganze Aufbau und der ganze Entscheidungsmechanismus der im Sinne der gemeinsamen Währung entstandenen und von den Kernstaaten gezielt zu betätigen gewünschten EU neu gestaltet werden, aber nicht an die Globalisierung, sondern – wie Fernand Braudel es sehr treffend formuliert hat – gleichzeitig an mehrere Wirtschaftswelten angepasst.¹⁵ Und innerhalb von Europa können gemeinsame Werteregionen errichtet werden. Sehr lehrreich ist in dieser Hinsicht die Kleinmonografie des hervorragenden Historikers Jenő Szűcs mit dem Titel „Abriss der drei historischen Regionen Europas“. Die Eigentümlichkeiten der historischen Regionen stimmen nämlich mit den heutigen Wirtschaftstrends in der EU überein.¹⁶

3. Verfassungsgerichtsbarkeit in einer sich ändernden Rolle

3.1. „Die spezifischen Herausforderungen, denen sich der Rechtsvergleich zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum gegenüber sieht, sind [...] von größter juristischer und politischer Relevanz“, schreibt Armin von Bogdandy, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Heidelberg im § 95 „Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum“ des hervorragenden Band VI des Handbuchs *Jus Publicum Europaeum*.

Ursache dieser besonderen Aufmerksamkeit ist unter anderem die Tatsache, dass im öffentlichen Recht der EU das unionale Primärrecht, das Recht der EMRK und die staatlichen Rechtsordnungen auf eine besondere Weise mit einander verbunden sind. Dieses „öffentliche Recht im europäischen Rechtsraum führt diese unterschiedlichen und sich als autonom begreifenden Regime verfassungsrechtlicher Normativität rechtlich zusammen“, ohne sie zu einem einzigen Rechtssystem zu verschmelzen, schildert Professor von Bogdandy die Komplexität der Problematik des europäischen öffentlichen Rechts.¹⁷

Die 14 Verfasser des Bandes über die Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum machen es durch Analyse der Rolle und der Praxis der Verfassungsgerichte und durch die daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen eindeutig, dass diese

¹⁵ Fernand BRAUDEL: *A kapitalizmus dinamikája*. (Die Dynamik des Kapitalismus) Budapest, Európa, 2008.

¹⁶ SZŰCS, Jenő: *Vázlat Európa három történelmi régiójáról*. (Abriss der drei historischen Regionen Europas) Budapest, Magvető, 1983.

¹⁷ Armin BOGDÁNDY – Christoph GRABENWARTER – Peter M. HUBER: *Handbuch Jus Publicum Europaeum. Band VI. Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*. Heidelberg, Max Planck Institut, 2016.

Institution die letzte Garantie für Aufhebung der Anomalien des postmodernen Rechtsstaates darstellen könnte.¹⁸

Grundlage des europäischen Rechtssystems ist das von den mitgliedstaatlichen Rechtssystemen definierte Gebiet, auf dem sowohl nationale als auch Gemeinschaftsnormen gleichermaßen gelten. Die These von Professor Bogdandy, dass nämlich einer komplexen Rechtsordnung, die keine ausgefeilte Dogmatik besitzt, meistens an Klarheit, Berechenbarkeit und Ehrlichkeit mangelt, erweist sich als wahr.¹⁹

Und wenn die Verfasser des EU-Vertrags von Gebiet sprechen, verstehen sie darunter die Auslegungsmöglichkeit des ganzen positiven Rechts, erklären Bogdandy und seine Mitverfasser den „Umfang des Begriffs“:

„Natürlich handelt es sich dabei nicht um einen subsumtionsfähigen Begriff, dem man eine spezifische Gestalt der europäischen Vergemeinschaftung interpretativ entlocken könnte. Aber er bietet eine positivrechtliche Semantik, welche einen juristischen Nenner für viele Hinweise auf die neue Qualität liefert: der »einsilbige« Staat wird zum Mitgliedstaat, staatliche Verwaltungen operieren als Glied einer Verbundverwaltung und, für unser Thema besonders bedeutsam, mit der Verfassungsgerichtsbarkeit betraute Institutionen bilden einen Verfassungsgerichtsverbund.“²⁰

Es ist festzustellen, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit die theoretische Basis eines Vergleichs innerhalb des europäischen Rechtssystems bildet, und diese Rolle bildet die Grundlage für die Institution eines Verfassungsgerichtsverbundes.

3.2. Die heutige Rechtsprechung eines Verfassungsgerichts besteht nicht in der Auslegung eines klar abgesteckten Rechtsgebiets, ist es in den einführenden Instruktionen zu lesen. Vielmehr ist sie „ein so genannter eingebauter Rechtsetzungsprozess“, der den Zusammenhängen besondere Aufmerksamkeit schenkt. In diesem Sinne unterscheiden die Herausgeber fünf spezielle Funktionen der Verfassungsgerichte im Verbund. Diese sind: eine Verbindungs- bzw. Umsetzungsfunktion, eine Übersetzungsfunktion, eine Funktion zur Schließung von Rechtsschutzlücken, und schließlich eine auf das Zusammentreffen von Unionsrecht und Verfassungsrecht bezogene Kontrollfunktion.

Von diesen Funktionen kommt der Schließung von Rechtsschutzlücken eine kardinale Bedeutung zu, insbesondere der Identitätskontrolle und der *in Gestalt der ultra vires-Kontrolle* gespielten Rolle, um vor massiven Kompetenzüberschreitungen

¹⁸ Ibid.VI–VII.

¹⁹ Gábor MÁTHÉ (Hrsg.): *Die Entwicklung der Verfassung und des Rechts in Ungarn*. Budapest–Pécs, Dialóg Campus, 2017. 32.

²⁰ BOGDÁNDY–GRABENWARTER–HUBER aaO. Die Herausforderungen des europäischen öffentlichen Rechts. 4–5.

der europäischen Organe zu schützen. Eine entscheidende Bedeutung wird dieser Kontrolle dadurch verliehen, dass sie den Prozess der Erarbeitung gemeineuropäischer Lösungen vertieft und rationalisiert.

Der Verfassungsgerichtsband leistet zur Entwicklung des europäischen Rechtssystems auch dadurch einen erheblichen Beitrag, dass er in horizontaler Interaktion mit den nationalen Gerichten eine Kontrollfunktion gegenüber der europäischen Judikative, also gegenüber EuGH und EGMR ausübt.

Es ist sehr geistreich, wie die „wertenden Zensoren“ die bestehende Situation bildlich erfassen: Entwickeln mehrere Verfassungsgerichte im Konzert und im zeitlichen Zusammenhang ähnliche Judikaturlinien, stehen sie nicht im Verdacht, einen nationalen Sonderweg gegenüber die EU zu gehen.

In Lösung der heutigen Problematik der Jurisprudenz kann Folgendes als eine zukunftsweisende Axiom betrachtet werden: *„Daher können eine europäische Rechtskultur und das europäische öffentliche Recht nicht allein aus dem Unionsrecht oder der Rechtsprechung des EGMR wachsen.* Vielmehr verlangt sie die Vernetzung der mit der Rechtspflege betrauten nationalen Organe“, betonen die Herausgeber.²¹

Der Gedankenreichtum der Herausgeber des Bandes widerspiegelt sich auch in ihrer Meinung über das Konzept eines einheitlichen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit in den europäischen Staaten. Aus ihrem festen Standpunkt folgt die Ablehnung einer darauf gerichteten etwaigen Bestrebung. Durch Analyse des EU-Vertrags beweisen sie die Wahrheit der These, dass aus Gleichwertigkeit der Verfassungssysteme in den Mitgliedstaaten die Anerkennung der „Vielfalt der Mechanismen“ folgt, welche die Normativität der Verfassung schützt.²²

3.3. Äußerst umsichtig und ausdrucksvoll ist die theoretische Ableitung, welche auf die Begriffserklärung der Verfassungsgerichtsbarkeit gerichtet ist und die Wesenszüge der voneinander gänzlich abweichenden Entwicklungsrichtungen darstellt. Es ist eine beachtenswerte Behauptung von den Verfassern, den Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit nur als ein fuzzy concept erfassen zu können.

Korrekt ist aber eine Berufung auf die Satzung der Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte, gemäß der die verfassungsgerichtliche Zuständigkeit insbesondere im Bereich der Normenkontrolle besteht, und richterliche Unabhängigkeit, Verpflichtung auf demokratisch-rechtsstaatliche Grundsätze und den Schutz der Menschenrechte verlangt.²³

Schließlich vertreten die Herausgeber des Bandes im Zusammenhang mit den methodischen und juristischen Grundfragen einen Standpunkt, mit dem man sich auf jeden Fall wissenschaftlich identifizieren sollte.

Und was die Zukunft dieser sui generis Formation betrifft, weisen die hervorragenden Fachleute auf die Qualität der rechtswissenschaftlichen dogmatischen

²¹ Ibid. – Der horizontale Verfassungsgerichtsverbund. 8–10.

²² Ibid. – Eckpunkte innereuropäischer Verfassungsgerichtsvergleichung. Ein „europäisches Modell“ der Verfassungsgerichtsbarkeit? Grundlagen und Grenzen einer Rechtsfigur. 13–16.

²³ Ibid. – Identifikation des Forschungsgegenstands Verfassungsgerichtsbarkeit. 16–17.

Argumentation als ein Beispiel hin, die durch die anspruchsvollen Zitate unbedingt weiter wirkt.

„Die normative Grundstruktur des europäischen öffentlichen Rechts legt als juristisches Leitbild nahe, dass alle juristischen Akteure des Rechtsraums zwar nicht eine homogene Rechtskultur formen, wohl aber in einem Horizont gemeinsamer Kenntnisse, Fertigkeiten und Wertvorstellungen operieren. Nationale Verständnisse mit ihren dogmatischen Beständen sind in der Perspektive des europäischen öffentlichen Rechts rechtspraktisch wie rechtstheoretisch zu prüfen, wenngleich keineswegs stets zu harmonisieren. [...] *Hinsichtlich des rechtswissenschaftlichen und rechtspraktischen Stellenwerts von Rechtsakten und dogmatischen Figuren anderer Rechtsordnungen besteht kein allgemeiner Konsens.* [...] Die Funktion eines Vergleichs in der Verfassungsgerichtsbarkeit lässt sich oft in drei Typen fassen: die Bestätigung einer Aussage, die Entwicklung eines begrifflichen Rahmens, der eine bestimmte Aussage tragen soll, und die Kontrastierung.

[...] Da eine gemeinsame Verantwortung in einer pluralistischen Struktur nur dialogisch wahrgenommen werden kann, lässt sich somit eine Vermutung zugunsten vergleichenden Argumentierens als Baustein der Entfaltung *gemeinsamer Normativität* begründen.“²⁴

Und diese Methodik vermages besonders zu begründen, dass mit Vervollkommnung des Systems eines nationalstaatlichen Verfassungsgerichtslandes die Rechtskonflikte zwischen den gemeinsamen Organen der EU und den Nationalstaaten gelöst werden, wie dies bereits im Abschlussdokument des 5. Europäischen Juristenforums 2009 formuliert wurde.²⁵

²⁴ Ibid. – Methodische und rechtliche Grundfragen. 18–20.

²⁵ Gábor MÁTHÉ: Closing remarks. In: *Panel Meeting of the 5th European Jurists Forum 1–3 October 2009*. Budapest, 2009. 343–344.

CURRENT ISSUES

POPE BENEDICT XV'S NEGOTIATIONS AND THE LAST YEARS OF THE AUSTRO-HUNGARIAN EMPIRE*

Szabolcs Anzelm SZUROMI O.Praem.
Professor, Pázmány Péter Catholic University

The Vatican Insider published an impressive article on September 2nd 2014, under the title: *A hundred years ago Benedict XV denounced the Great War as a “useless massacre”*. I am convinced that no one could describe better the period of 1914–1918.¹

Introductory Remarks

First: In order to understand the Holy See and Benedict XV's negotiations and their effects during the Great War, we must consider the delicate status of the Holy See, without territorial sovereignty.

Second: If we take a glance at the general descriptions and timelines of World War I – even at the most current scholarly ones – those are still arguing based on the English, French and American point of view, listing important statistics and facts, making several contemporary political, military, economical, sociological, etc. analyses, but their conclusions essentially are far away from the “objective” picture.²

* This paper has been written in the *St. Michael's Abbey of the Norbertine Fathers* (Orange, CA), in the *International Canon Law History Research Center* (Budapest), and it was supplemented in the *Robinson College* (Cambridge, UK) and in the *Cambridge University Library*. This paper was presented at “Giornata di Studi”: *La fine della Grande Guerra e la Chiesa nella Mitteleuropa. Aspetti politici, istituzionali, pastorali* (October 19th 2018, Venice), organized by *Studium Generale Marcianum* (Venice) in cooperation with *Pontificio Istituto Ecclesiastico Ungherese in Roma* (Rome) and with *Ambasciata d'Ungheria presso la Santa Sede*.

¹ Cf. <http://www.lastampa.it/2014/09/02/vaticaninsider/a-hundred-years-ago-benedict-xv-denounced-the-great-war-as-a-useless-massacre-dol4eUAvGb9xTv79DoWWDN/pagina.html>

² Cf. Ann-Marie EINHAUS: *The Short Story and the First World War*. Cambridge, 2013.; John C. G. RÖHL: *Kaiser Wilhelm II*. Cambridge, 2014. 143–177.; Elisabeth GREENHALGH: *The French Army and the First World War*. [Armies of the Great War]. Cambridge, 2014.; John GOOCH: *The Italian Army and the First World War*. [Armies of the Great War]. Cambridge, 2014.; David R. WOODWORD: *The American Army and the First World War*. [Armies of the Great War]. Cambridge, 2014.; Ian BECKETT: *The British Army and the First World War*. [Armies of the Great War]. Cambridge, 2017.;

Following Michael Ray's "timeline", the so called Great War had begun on July 28th 1914 (exactly one month later than the Sarajevo assassination) with war declaration on Serbia by the Austro-Hungarian Empire, and escalated between August 1st and 28th 1914, by entry of the main Powers of both sides; which was supplemented on November 5th, involving the Ottoman Empire. Italy stepped into the war only on April 26th 1915 at the side of the Entente Powers (after a secret treaty of London). This date is crucial not only for Italy, but also for the Holy See.³

Nevertheless, thanks to several researchers and authors, publications and researches in different National and private archives – beside *Archivio Segreto Vaticano* – for now is quite clear that Pope Benedict was a pope of peace, not a romanticist, but a Holy Pontiff with strong will, who tried to use every channel which was available for him on the international legal basis, and as a Supreme Pontiff of the Catholic Church to hinder the war and further bloodshed. Walter H. PETERS⁴ and John F. Pollard⁵ made particular effort for historians to enlighten Pope Benedict XV' indispensable role in promoting peace among the great powers, even his instruments were extremely limited, and his international legal status was very weak. He was elected Pope on September 3rd 1914; a little more than a month later when the so called "Great War" had begun. Already five days after he had accepted St. Peter's Chair, on September 8th 1914 he addressed a speech to the involved powers, asking them "put down your weapons" and expressed his prayers – calling the peoples to do the same – for ending the war. This brave act shows well his commitment for peace, not a romantic idea, but a clear voice in a confuse time.

Obviously, in the focus of this summary must be the famous peace initiative of August 1st 1917. However, it was a concluding – failed – act of the Roman Pontiff, after many previous humanitarian and peace negotiations. Therefore, to get a whole picture, we must deal with the reasons of difficult neutrality; papal speeches and humanitarian actions; and the interest of the Holy See in the survival of the Austro-Hungarian Empire.

1. Difficult neutrality

At the very beginning I must emphasize: Benedict XV did not like to be considered "neutral". If we following his phrasing, he used the expression of "impartiality".

Jan VERMEIREN: *The First World War and German Identity. The Dual Alliance at War*. Cambridge, 2016.; Jack S. LEVY: *The Outbreak of the First World War. Structure, Politics, and Decision-Making*. Cambridge, 2014.; William MULLIGAN: *The Origins of the First World War*. Cambridge, 2017.; Jay WINTER: *War beyond Words. Languages of Remembrance from the Great War to the Present*. Cambridge, 2017.; Roger L. RANSOM: *Gambling on War. Confidence, Fear, and Tragedy of the First World War*. Cambridge, 2018.

³ Cf. <https://www.britannica.com/list/timeline-of-world-war-i>

⁴ Walter H. PETERS: *The Life of Benedict XV*. Milwaukee, WI, 1959.

⁵ John F. POLLARD: *The Unknown Pope. Benedict XV (1914–1922) and the Pursuit of Peace*. London – New York, 1999.

This distinction perhaps seems archaic and too sophisticated – and seemed already hundred years ago – but expressed precisely Benedict's conviction and his wise responsibility: "The Holy See has not been, nor wishes to be neutral in the European War. It has, in turn, the right and the duty to be impartial" as the Holy Father said.⁶ Comparing this statement with his *Ad Beatissimi* Encyclical Letter's (November 1st 1914) contents, there is no way for misinterpretation: the head of the Catholic Church could not be indifferent – with other word: neutral – in wartime, as spiritual father of all nations, he did must do everything impartially for peace, for human dignity, against any barbarian act of both sides.⁷

Keeping in mind what I have said above, the meaning of "difficult neutrality" refers basically to the international legal status, because the so called "Law of Guarantees" could not protect the Vatican in Italian territory during wartime. I do not want get into a deep analysis of the "Roman Question", only to mention those relevant facts which had caused this difficult diplomatic situation for Benedict XV.⁸ After the annexation of the Papal State by popular vote the 'Patrimonium S. Petri' was declared as part of Italy by the Royal Decree 5903, on October 9th 1870.⁹ Based on the contemporary international law the situation was delicate, because the military occupation could claim to be lawful only, if it established on common official agreement, tacit consent, or on legal prescription.¹⁰ Therefore, the pope *de jure* had still his sovereign authority over the entire – former – Papal State (until the Lateran Treaty in 1929).¹¹ Nevertheless, even Italy recognized several times during the annexation the independent status of the Holy See in numerous official memorandum letters, which were delivered to several states. This legal concept had become described by Emilio Visconti-Venosta (†1914) minister of foreign affairs on October 18th 1870. It was the basis for the document of May 13th 1871: *Legge sulle prerogative del Sommo Pontefice e della S. Sede e sulle relazione dello Stato colla Chiesa*, which named in brief form "Law of Guarantees". This "Law" tried to guarantee the independence of the Holy See and the right to keep or develop further diplomatic relations, including rights of accredited ambassadors (nuncios) to states or international legal entities.¹² This is that particular political – legal situation which created the "Roman Question", and which caused that limited diplomatic capacity of the Roman Pontiff and the Holy See what we could see during the World War I (1914–1918). These circumstances had become worse when Italy entered into the war on April 26th 1915, making impossible

⁶ PETERS op. cit. 113.

⁷ Ibid. 113.

⁸ In detailed cf. Szabolcs A. SZUROMI: An Overview on the International Relations of the Holy See Since the 'Roman Question' until 1967. Correlated with the first Codification (1917). *Folia Theologica et Canonica*, VI (2017) 105–117.

⁹ In detailed, cf. H. JEDIN (Hrsg.): *Handbuch der Kirchengeschichte*. Freiburg–Basel–Wien, 1971. 696–705., VI. Die Kirche in der Gegenwart.

¹⁰ BÁNK, József: *Egyházi jog. Az egyházi alkotmányjog alapjai*. Budapest, 1958. 61.

¹¹ In detailed, cf. John R. MORSS: The International Legal Status of the Vatican/Holy See Complex. *The European Journal of International Law*, vol. 26., no. 4. (2016) 927–946., especially 927–931.

¹² Federico CAMMEO: *Ordinamento giuridico dello Stato della città del Vaticano*. Firenze, 1932. 18–23.

to the Holy See to continue independent diplomatic relations and negotiations without get into conflict with Italian Governments and authorities. This problem especially had arisen regarding the embassies and diplomats accredited to the Holy See. The “extraterritoriality” status – which was mentioned in the “Law of Guarantees” – could not be a basis to protect the real independence – without Italian or foreign intervention – for enforce the Papal policy. It is also well known that the Holy See – because the lack of the Vatican’s international legal situation – had to withdraw the Austrian and German Embassies to Switzerland as the only solution to protect them. The “Law of Guarantees” did let the Vatican to take “moral responsibility” for them, which actually was an impossible task, because there was now legal instrument of the Holy See to guarantee their security within Italian territory.¹³

This unacceptable situation can be supported well by the Italian censorship of the Holy See’s diplomatic communications and diplomatic packages. The Holy See was not even able to use freely her own newspapers – including *L’Osservatore Romano* – for protesting against the unlawful activities. We can also indicate the impossibility of creation cardinals to the territory of Central Powers. On one hand Spain offered to the pope to move to Spanish territory (into the Escorial) as temporary residence, on other hand this initiative could not serve the goal of the Papacy and the entire Catholic Church, particularly during this war-time.

The Central Powers – namely Germany – proposed the reconsideration of the “Law of Guarantees” in October 1915, to grant territorial sovereignty to the Papacy. Nevertheless, this initiative happened without any previous consultation with the Holy See, and even Gasparri had reacted very vigorously against this external intervention, saying “we are not interested in foreign schemes”. For the end of 1915 and beginning of 1916 had been crystallized within the international common sense, that the Entente Powers did not wish to give any room for the Holy See to take place at a possible peace treaty. France, Great Britain and even Russia opposed Papal representative’s presence on any peace negotiation.¹⁴ Italy also worried about any peace conference where the Holy See could appear, because the possibility the revising the explained “Roman Question”.

2. Speeches, Peace and Humanitarian Actions

After the above mentioned *Ad Beatissimi* Encyclical Letter on November 1st 1914 which was perfectly viciously misinterpreted by the Entente Powers, I should mention that active negotiation – initiated by the Holy See – which intended to prevent the war between Italy and Austro-Hungary (involving Emperor Franz-Joseph II¹⁵ and Card. John Chernoch, primate of Hungary) unfortunately without any success. It happened

¹³ POLLARD op. cit. 97–98.

¹⁴ Ibid. 102.

¹⁵ Pietro Gasparri’s dramatic letter through the nuncio of Vienna to the Emperor: “The salvation of the Empire requires the Emperor to make this painful sacrifice and to make it immediately.” (January 17th 1915).

again right after the Caporetto defeat (October 24th November 19th 1917, where the Italian Army confronted with the central Austro-Hungarian Army, together with seven German divisions of land forces. This battle concluded into a terrible catastrophe for Italy: 300 000 dead and 250 000 captured soldiers – majority was wounded – at the Italian side). Pope Benedict XV's intention to intercede for peace in this tragic moment was rejected by the Central Powers again. When the pope tried the same intervene almost a year later for favor of Austro-Hungary, he had received similar rejection by the Entente Powers.

These few examples sufficiently enlighten that the papal peace initiatives, but even his requests for ceasefire were doomed to failure since the beginning of the war, and the weak status of the Holy See – based on the “Law of Guaranties” – had determined this diplomatic situation. Nevertheless, Benedict was capable to use two other channels to express the Church's opinion and also to arrange practical – humanitarian – help for indigents.

From December 23rd 1914 – through the *L'Osservatore Romano* – he argued for spiritual and material aid to prisoners of the war. The central institute for organization by the Holy See was the *Opera dei Prisioneieri*. The statistic shows sufficiently that the Holy See had become some “second Red Cross” regarding the indigents, which meant investigation for missing persons, dealing with wounded and sick soldiers, and helping in letter-transmissions for families of prisoners. This activity had crystallized an internal system of the *Opera dei Prisioneieri* for the last period of the war, which was arranged into four sections: 1) general cases; 2) taking care of pastoral help of prisoners by sending priests but also pastors from other denominations (it was supplied with bishop and nuncio visits [i.e. Brussels, Munich, Vienna] of the prisoner-camps); 3) particular attention on young-wounded soldiers; 4) special care of prisoners with large families. It is well known that Switzerland took a very important role in Pope Benedict XV's humanitarian activity. It includes the so-called “Papal Train” which signifies that several transports arranged by the Holy Father which carried until January 1917 more than 26 000 prisoner-soldiers and more than 3 000 civilian to Switzerland for hospital treatment or for sanatorian-rehabilitation. However, it did not work for Austro-Hungarian and Italian indigents, because the political situation. Finally, I like to mention here the famine problem, which belonged to Benedict agenda to be release, in particular regarding children with the help of USA in several countries.

3. Interest in the survival of the Austro-Hungarian Empire

For the Holy See the survival of the Austro-Hungarian Empire was crucial in order to keep a religious and geopolitical balance in Europe.¹⁶ Pietro Gasparri on January 12th 1915 wrote to Scapinelli, nuncio in Vienna:

“At this moment, the Holy Father, who has the greatest of concern for the existence of the Austro-Hungarian Monarchy due to a particular affection towards it and its

¹⁶ POLLARD op. cit. 97.

August and Venerable Sovereign, as well as the highest interest of the Church itself, notably the survival of the only Catholic great power, not to mention peace in Italy, wishes to open his heart to the Emperor, through your good offices, advising him in the strongest possible terms to avoid war with Italy at all costs.”¹⁷

We must notice that Hungarian soldiers – following the phrase of Ferenc Pollmann – were present at every military stage of the Great War.¹⁸

After the death of Emperor Franz-Joseph II on November 21st 1916 the new Emperor, Karl I appeared more concerned in peace negotiation, while the Austro-Hungarian forces had a strong dependence on the German Army. Karl I did not want to see the already most possible conclusion of the war, the final collapse of the Empire. For Benedict XV it seemed a good timing to promote peace through Austro-Hungary, the last Christian power in Europe. It was also the time when Germany in the name of Austro-Hungary, together with Bulgaria and Turkey initiated peace, which act was delivered to Pope Benedict too. The reaction of Great Britain and France was entire rejection, as powers which believed in “total victory”. The pope could not risk the further negotiations’ success to get into arguing with the Entente Powers. The initiative therefore failed. The only hope was Austro-Hungary for a new peace negotiation, which had to contain concrete terms, sufficient for both sides.

Focusing on Austro-Hungary and its new emperor, here I must refer to Robert A. Kann, who has composed a complex overview on the last years of the Austro-Hungarian Empire in 1974. His research is particularly significant among Western scholars, because he was able to use not only the Western primary and secondary sources (including the archival material, supplemented with several monographs and articles, but he used several Hungarian sources and analysis too).¹⁹ Nevertheless, his point of view is based on the general impressions and concepts of the American, English and French sources, even he refers to many German and some Hungarian documents and analyses within his book.

Nevertheless, he lists three secret negotiations of Karl I in 1917, in the following classification: I. unsuccessful secret negotiation; II. a “transitory” peace with Soviet Russia and Romania; III. unsuccessful secret negotiation.²⁰ Regarding the failed initiatives of Karl I Robert A. Kann notes:

“[...] Neither Charles nor his more energetic consort were disloyal to the Austrian alliance, but the new emperor was not raised in the tradition of Austria as the presiding power in the German Confederation and of the Habsburgs as Holy Roman emperors. [...]”

¹⁷ ASV, SS, Guerra, 1914–1918, rub. 244, fasc. 29 (Gasparri to Scapinelli: January 12th 1915).

¹⁸ POLLMANN, Ferenc: Magyarország és az első világháború. In: KIRÁLY, Béla – VESZPRÉMY, László (szerk.): *A magyar hadtörténelem évszázadai*. Budapest, 2003. 215–224., especially 219.

¹⁹ Robert A. KANN: *A History of the Habsburg Empire. 1526–1918*. London, 1974. 468–483.

²⁰ *Ibid.* 469.

Therefore, Professor Kann concludes that the new emperor's goal to achieve peace – in coordination with Germany or without that – was an unrealistic idea. Kann summarizes: a man who could not be trusted entirely by his own people, by Germany, and by the French and British leaders, was doomed to fail.²¹ I must emphasize regarding Kann's conclusion that this image on Karl I basically reflects to the French and English concept on the young emperor. We must notice, the causalities of the Empire – like of Italy – were extremely high. The Austro-Hungarian armed force had been almost entirely perished during the war. Therefore, after one hundred years we should speak more objectively about Karl I, as it is precisely explained in the “position” of his beatification process. He was anxious and thirsty for peace as a good husband and father. His naivety appeared only in his trust that Austro-Hungary could exit from the war without cooperation of Emperor Wilhelm II. However, if we analyze the loss of Austro-Hungary, this naivety can be understandable. There are several statistics regarding number of causalities in the scholarly literature. The most accepted one is by Rudolf Kiszling, who mentions 1 016 200 of the 8 million Austro-Hungarian soldiers. More than half million died at the battlefield. It must be supply with 2 200 000 soldiers in captivity and 3 620 000 wounded.²² The geopolitical important of the last great Catholic power has disappeared after the so called Versailles Treaty. The last episodes of the Austro-Hungarian Empire dramatically and authentically described by Johannes Sachslehner in 2005 (*Der Infarkt – Österreich – Ungarn*).²³

4. Papal Peace Note of 1917

Many researchers analyze the Papal peace note of August 1st 1917, without mentioning its preparing steps. These negotiations link to Archbishop Eugenio Pacelli. He was nuncio accredited to Bavaria, who began his new office on May 26th 1917, paying his visit at King Ludwig III, then a month later he had his official meeting with Theobald von Bethmann-Hollweg, Chancellor of the German Empire. During this second visit, Pacelli already explained concrete terms for peace in the name of Pope Benedict: 1) general limitation of armaments; 2) establishment of international courts; 3) restoration of the independence of Belgium; 4) Alsace-Lorraine and other such territorial questions were to be settled by agreements (not dictation) between the countries concerned.²⁴ Bethman-Hollweg – who was always seriously circumspect – agreed with the listed clear peace terms. However, the meeting with Emperor Wilhelm II concluded differently, indicating several obstacles.²⁵ Based on Peters' analysis it is highly feasible, that if Benedict could make a direct contact in that very

²¹ Ibid. 477.

²² POLLMANN op. cit. 221.

²³ Johannes SACHSLEHNER: *Der Infarkt – Österreich – Ungarn an 28. Oktober 1918*. Vienna, 2005.

²⁴ PETERS op. cit. 141–142.

²⁵ Ibid. 143.

time, Germany very possible could accept the mentioned terms in order to stop the war.

While the Entente Powers had strong conviction of getting close to the total victory on the Central Powers – and the entry of the United States on April 6th 1917 supported their confidence²⁶ –, Pope Benedict XV – after a several negotiations and consulting discussions – on August 1st 1917 (sent on August 15th) addressed a well prepared peace proposal in French, to terminate the still going war. The international atmosphere looked better than before to end the war.²⁷ This is the famous Letter *Dès le Début*²⁸, which intended to make influence on the Governments at both sides. The Holy Father said:

“From the beginning of our Pontificate, amidst the horrors of the terrible war unleashed upon Europe, We have kept before Our attention three things above all: to preserve complete impartiality in relation to all the belligerents, as is appropriate to him who is the common father and who loves all his children with an equal affection; to endeavor constantly to do to all the most possible good, without personal exceptions and without national or religious distinctions, a duty which the universal law of charity, as well as the supreme spiritual charge entrusted to Us by Christ, dictates to Us; finally, as Our peace-making mission equality demands, to leave nothing undone within Our power, which could assist in hastening the end of his calamity, by trying to lead the peoples and their heads to more moderate frames of mind and to the calm deliberations of peace, of a “just and lasting” peace [...]. Once the supremacy of law has been established, let every obstacle to the ways of communication between the peoples be removed, by ensuring through rules to be fixed in similar fashion, the true freedom and common use of the seas. This would, on the one hand, remove many reasons for conflict and, on the other, would open new sources of prosperity and progress to all.”²⁹

The Pope listed strict terms, which included: 1) material force of arms should be substituted the moral force of law – it means only agreements by all; 2) simultaneous and reciprocal reduction of armaments; 3) the sufficient rules and guarantees must be established and maintenance of public order in each State; 4) instead of armies and institution of arbitration, according to the standards; 5) sanctions against the state which might refuse to submit international questions to arbitration, or to accept its

²⁶ Cf. Arthur WALWORTH: *Woodrow Wilson. II*. Norwalk, CT, 1978. 101–122.

²⁷ POLLARD op. cit. 117–123.

²⁸ BENEDICTUS XV, Litt. *Dès le Début* (1 aug. 1917). *AAS*, 9 (1917) 417–420.

²⁹ Sidney Z. EHLER – John B. MORRALL (eds.): *Church and State Through the Centuries*. Westminster, MD, 1954. 374–376.

decisions.³⁰ He also suggested to examine the territorial questions in a “conciliatory frame of mind [...] as far as it is just and practicable” regarding the conflict between Italy and Austro-Hungary; and between Germany and France. He mentioned also Armenia,³¹ the Balkan States, and reestablishment of the Polish Kingdom.³²

Even the pope settled practical, articulated suggestions for peace negotiation, the reaction was humiliating refusal. The Entente and Central Powers basically not even reply to the Holy Father initiative (two official negative replies happened by USA and Great Britain). Karl I was the only one who replied positively in the name of Austro-Hungary.

Nevertheless, Pope Benedict XV declaration supported well the classical legal concept of the Holy See and her sovereignty as basis for negotiation with states. This standpoint was consequent and clear: rejecting the “just war” theory, and to be “respectful of the rights of the defeated” in order to avoid an “unjust peace after an unjust war”. It must be emphasized, that because the several failed international negotiations and proposals in the time of the Great War, the other results in diplomatic fields of the Holy See are more valuable.³³ The World War I (July 28th 1914 – November 11th 1918) had overshadowed the papacy of Benedict XV, however – as I have underlined – particularly during that dark time the Holy Father was able to express his governing, pastoral, international diplomatic and humanitarian activity, which clearly expressed and improved the Holy See's active membership in the international law and relations.³⁴

Conclusion

On November 11th 1918 the Central Powers – trustfully in President Wilson's fourteen points – laid down their arms. However, the following “peace process” was essentially opposite to Wilson's romanticist offer. Citing Arnold J. Toynbee's article *The Main Features of the Landscape* written in 1935 on the conclusion of the so called Great War: “The armistice in 1918, based on the Wilsonian “Fourteen Points” promised self-determination, justice, and peace for all – winners and losers; but its promises did not soften the post-war treatment of the defeated nations.”³⁵

³⁰ Ibid. 375–376.

³¹ About Armenians within the Ottoman Empire during the Great War and about the Armenian Genocide cf. Anahit ASTOYAN: *The pillage of the century exploration of Armenians in the Ottoman Empire 1914–1923*. Yerevan, 2015. 29–64.

³² EHLER–MORRALL op. cit. 376.

³³ POLLARD op. cit. 123–128.

³⁴ Yves BRIÈRE: Concordats postérieurs a la Grande Guerre. In: Raoul NAZ (ed.): *Dictionnaire de droit canonique. III*. Paris, 1942. 1431–1472.; cf. Walter LEISNER: Geglaubtes Recht. Säkularisierte religiöse Grundlagen der Demokratie. In: Josef INSENSEE – Wilhelm REES – Wolfgang RÜFNER (Hrsg.): *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag*. [Staatskirchenrechtliche Abhandlungen 33]. Berlin, 1999. 115–128.

³⁵ Arnold J. TOYNBEE: *The Main Features of the Landscape in The Treaty of Versailles and After*. London, 1935.

In fact, the Holy See initiatives had not inserted into the document which has entry into World history as “Versailles Treaty” (signed on 28th June 1919) without any single mandatory juridical element of an international lawful treaty. The three central figures – President Wilson, Prime Minister Lloyd George and Prime Minister Georges Benjamin Clemenceau – used political force to determine those terms which – based on the concept which was rejected expressively by Pope Benedict XV – laid on revenge, without any negotiation (only observations were allowed to add to that by the Central Powers). As one of the catastrophic conclusions, the last Catholic empire in Europe, which seemed many countries – including the Holy See – the guarantee for a geopolitical balance within Europe, the Austro-Hungarian Empire had been ceased to exist. Germany had been stigmatized as “the only responsible nation of every act which was done against humanity during the war” – as was emphasized by President Clemenceau during the Versailles Summit. Based on Card. Gasparri’s note this conclusion was: “the voice of imperialism, hegemonic ambitions, commercial egotism and the overpowering nationalism of the winners.”³⁶

The international status of the Vatican’s territorial sovereignty has got suitable guarantee only in 1929 through the “Lateran Treaty”, just a decade before the new war. The “useless massacre” had been repeated from 1939 in much more terrible form as a new cataclysm of many millions peoples’ life.

As closing note I would like to mention again Arnold J. Toynbee’s contemporary prophetic vision³⁷: “[...] That desperate war which has been fought by our generation will be fought again within our lifetime by us and our children.”

³⁶ Pietro GASPARRI: *Diario*. II. 467 (24th April 1919).

³⁷ Arnold J. TOYNBEE: *The World after the Peace Conference, Being an Epilogue to the “History of Peace Conference of Paris” and a Prologue to the “Survey of International Affairs, 1920–1923”*. Oxford, 1925.

UNIVERSALISMO CATTOLICO E PARTICOLARISMO NAZIONALE IN UNGHERIA E NELL'EUROPA CENTRO-ORIENTALE DOPO LA PRIMA GUERRA MONDIALE*

András FEJÉRDY

Ricercatore Accademia Ungherese delle Scienze

La dissoluzione dopo la prima guerra mondiale della Monarchia Austro-Ungarica, multietnica e di popolazioni di differenti religioni ha posto la chiesa cattolica nell'Europa Centro-Orientale davanti a sfide sostanzialmente diverse da quelle precedenti. Benché gli stati successori si definissero come stati nazionali, nella realtà non si potevano considerare paesi etnicamente omogeni nemmeno lontanamente. La definizione dei nuovi confini, infatti, non avvenne secondo il principio dell'autogoverno delle nazioni, dichiarato nei 18 punti di Wilson, ma piuttosto in base a considerazioni di ordine geopolitico. Così, dopo la suddivisione del territorio del Regno d'Ungheria, crollato assieme alla duplice Monarchia, gli stati che trassero vantaggio da questa circostanza ebbero una percentuale significativa di minoranza etnica ungherese: la grande Romania, creatasi in seguito all'aumento territoriale ricevette 5,26 milioni di nuovi cittadini, di cui il 31% erano ungheresi, nella Cecoslovacchia creata come stato nuovo ebbe 3,5 milioni di cittadini nuovi, e 30% di questi erano ungheresi, del milione e mezzo di nuovi cittadini del Regno dei Serbi, Croati e Sloveni sempre il 30% erano ungheresi, e anche l'Austria resasi indipendente ebbe 292 mila cittadini nuovi di cui l'8,9% erano ungheresi. La minoranza etnica ungherese nei vari stati successori viveva in blocchi unitari, per di più soprattutto nei territori attigui al nuovo confine.¹

La disgregazione del Regno d'Ungheria ha causato non solo una vita come minoranza etnica per gruppi significativi della nazione ungherese, ma ad eccezione dell'Ungheria e dell'Austria ha creato una situazione di minoranza anche per la chiesa

* Il presente saggio è la versione scritta dell'intervento presentato al convegno internazionale dal titolo "La fine della Grande Guerra e la Chiesa nella Mitteleuropa. Aspetti politici, istituzionali, pastorali" tenutosi il 19 ottobre 2018 a Venezia presso la Facoltà di Diritto Canonico San Pio X. Il medesimo testo sarà pubblicato anche negli atti del convegno nella collana del Pontificio Comitato di Scienze Storiche (Editrice Vaticana).

¹ Vö. Ignác ROMSICS: *Hungary in the Twentieth Century*. Budapest, Corvina, 2013. 121.

cattolica rispetto alla religione di maggioranza negli altri paesi, mentre in precedenza nell'impero cattolico essa aveva goduto di uno stato privilegiato.² L'arcivescovo di Esztergom e primate d'Ungheria che era preoccupato per la sorte degli ungheresi e della chiesa cattolica, nella sua lettera scritta il 22 gennaio 1920 all'arcivescovo di Parigi, Léon Amette, descrisse la situazione con le seguenti parole:

“Per gli slovacchi ed i ruteni staccati dall'Ungheria l'ortodossia slava costituirà un grande pericolo. In Boemia, ormai molti hanno scelto di passare alla chiesa nazionale (apostasia). Il principio del panslavismo generalmente accettato in Boemia conduce logicamente alla religione slava, l'ortodossia. I cattolici romeni e serbi, la fede dei quali avrebbe un protettore indefesso all'interno dello stato ungherese, in Romania e in Jugoslavia (o per dirlo meglio, nella Grande Serbia) soffriranno sotto il giogo dell'ortodossia. I croati e gli sloveni del tutto indeboliti in Jugoslavia non potranno resistere alla forza sconvolgente dell'ortodossia. *È da temere che in breve tempo, da tutta la metà orientale d'Europa scomparirà il cattolicesimo.*”³

Nel nostro saggio, intendiamo presentare a grandi linee, come urtavano in questa nuova situazione nell'Europa Centrale del primo dopoguerra, i principi universali del cattolicesimo con gli interessi nazionali.⁴ Innanzitutto presenteremo i protagonisti principali coinvolti nella causa dei cattolici ed i loro obiettivi particolari. In seguito esamineremo più da vicino due campi specifici, quello della costituzione della chiesa di rito latino e la questione della nomina dei vescovi che erano particolarmente esposti allo scontro da interessi contrastanti. Nella nostra analisi dedicheremo un'attenzione speciale ai compromessi con i quali la Santa Sede intendeva gestire la situazione che si era creata.

1. protagonisti ed i loro obiettivi

Tra i protagonisti che avevano un'influenza sulla sorte dei cattolici dobbiamo menzionare al primo posto i governi degli stati nazionali. In generale si può affermare che seguendo il principio di “nazione” la direzione politica dei singoli stati era interessata alla sorte della chiesa cattolica nella misura in cui la chiesa cattolica si faceva promotrice degli obiettivi del dato stato.

² Riassume i cambiamenti di confine che toccano la struttura ecclesiastica del Regno d'Ungheria: Istruzioni per Lorenzo Schioppa, nunzio apostolico in Ungheria. Vaticano, agosto 1920. Pubblicato da: Tomislav MRKONJIĆ: Archivio della Nunziatura Apostolica in Ungheria (1920–1939). In: Gaetano PLATANIA – Matteo SANFILIPPO – Péter TUSOR: *Gli archivi della Santa Sede e il Regno d'Ungheria (secc. 15-20). Studi in memoriam del professor Lajos Pásztor archivista ungherese dell'Archivio Segreto Vaticano*. Budapest–Roma, 2008. 275–276.

³ Minuta della lettera dell'arcivescovo di Esztergom János Csernoch all'arcivescovo di Parigi Léon-Adolphe Amette (Budapest, 22 gennaio 1920) Archivio Primatiale (= PL, Esztergom), II. Archivum ecclesiasticum novum (1766–1955), 9. Documenti del principe primate János Csernoch, Cat. D/c, 672/1920. La traduzione ungherese vedi in: ZEIDLER, Miklós: *A magyar békeküldöttség naplója. Neuilly – Versailles – Budapest (1920)*. Budapest, MTA, 2017. 91.

⁴ Per questo problema v.: Árpád von KLIMÓ: Imparitalität versus Revisionismus? Zum Verhältnis zwischen dem heiligen Stuhl und Ungarn in der Zwischenkriegszeit. In: Jörg ZEDLER (Hrsg.): *Der Heilige Stuhl in den internationalen Beziehungen 1870–1939*. München, Utz, 2010. 311–332.

Nel caso dell'Ungheria la politica ecclesiastica di tutto questo periodo, era determinata da una fondamentale comunanza di interessi tra gli obiettivi della direzione della chiesa ungherese e gli obiettivi di politica estera dei vari governi ungheresi. Come per i vescovi, anche per la direzione politica era importante che i confini del governo della chiesa non venissero regolati, o venissero regolati quanto più tardi secondo i confini politici. La politica estera ungherese, infatti, inizialmente voleva mantenere l'integrità territoriale del paese storico, poi, in seguito alla firma del trattato di pace di Trianon avvenuta il 4 giugno 1920 voleva ottenere la restituzione territoriale quanto più completa del regno di una volta.⁵ Nel gennaio del 1919 la diplomazia del governo ungherese repubblicano che peraltro nella sua politica ecclesiastica sosteneva la separazione dello stato e della chiesa non si ritirava dal sostenere l'arcivescovo di Esztergom, János Csernoch, quando costui protestava contro il piano della Santa Sede che intendeva sottomettere ad un unico vicario apostolico le diocesi cattoliche dei territori slovacchi staccati dall'Ungheria. Questo provvedimento della chiesa avrebbe infatti pregiudicato la decisione della conferenza di pace che doveva definire i confini statali.⁶

Nel periodo dei governi conservatori che si susseguivano dopo l'autunno del 1919, si intrecciavano ancora di più la politica estera dello stato e quella della chiesa che intendevano rallentare e ostacolare il consolidamento ecclesiastico degli stati successori. In questa manovra spettava un ruolo importante al vescovo titolare János Csiszárík, consigliere canonista dell'ambasciata della Monarchia presso la Santa Sede, dall'estate del 1920 della nuova ambasciata ungherese presso la Santa Sede. Col suo tramite si è preparata la lettera del ministro degli esteri József Somssich a papa Benedetto XV in cui, in toni simili a quelli della lettera sopraccitata di János Csernoch all'arcivescovo di Parigi, il ministro ungherese richiamava l'attenzione del pontefice a certi pericoli che c'entravano con la questione ungherese e che minacciavano anche la chiesa universale. Lui ricordava al papa tra l'altro che solo un'Ungheria forte sarebbe stata in grado di difendere il cattolicesimo in maniera efficace contro l'ussitismo dei boemi, l'ortodossia dei romeni e dei serbi e il bolscevismo russo.⁷

I governi degli stati succeduti alla Monarchia intendevano a loro volta sottomettere la chiesa cattolica all'unità politico-territoriale della nuova formazione statale. A tale scopo volevano ottenere la nomina di prelati leali col nuovo regime, nonché operare quanto prima la trasformazione della struttura ecclesiastica ereditata dal Regno

⁵ Per un breve riassunto delle relazioni diplomatiche del periodo v.: Jenő GERGELY: *Le realzioni diplomatiche tra l'Ungheria e la Santa Sede (1920-1990)*. In: *Le relazioni diplomatiche tra l'Ungheria e la Santa sede (1920-2000)*. A cura di István ZOMBORI – Pál CSÉFALVAY – Maria A. DE ANGELIS. Budapest, 2001. 15–112.

⁶ RÁCZ, Kálmán: *Az esztergomi érsekség diszmembrációja 1918–1938*. Tesi di dottorato. Budapest, ELTE, 2008. 47–48.; Il nunzio Valfrè di Bonzo al Card. Gasparri. 22. gennaio 1919. S.RR.SS. AA.EE. SS., Austria–Ungheria 1919, pos. 1275, fasc. 511, ff. 39r–40v. Riprodotto in: Emília HRABOVEC: *Slovensko a Sväta stolica 1918–1927 vo svetle vatikánskych parmeňov*. Bratislava, 2012. 111–112.; Il nunzio Valfrè di Bonzo al Card. Gasparri. 8. marzo 1919. ASV, Arch. Nunz. Cecoslovacchia, 1919–1923, b. 12, fasc. 44, ff 17r–42v. Riprodotto in: HRABOVEC op. cit. 124–126.

⁷ RÁCZ op. cit. 65.

d'Ungheria. Come lo ricorda anche l'istruzione inviata al primo nunzio apostolico di Budapest, Lorenzo Schioppa: gli stati in verità, appoggiandosi sull'autorità della Santa Sede, volevano modificare le strutture ecclesiastiche che passavano le frontiere: "Gli stati confinanti hanno già fatto pressione presso la Santa Sede perché quelle parti di diocesi che sono state loro aggiudicate e la cui sede è rimasta in Ungheria non abbiano più a dipender dai Prelati Ungheresi."⁸ Specialmente il governo cecoslovacco intendeva far valere il propri interessi proponendo la competenza secolarizzazione dei latifondi ecclesiastici espropriati già nell'inverno del 1918/1919,⁹ mentre in Romania si cercava di creare una situazione favorevole per lo stato avviando presto le trattative sul concordato.¹⁰ I governi degli stati successori nel dato caso non disdegnavano di ottenere che prevalessero i loro interessi, nemmeno tramite intrighi contro i diplomatici della Santa Sede considerati troppo filoungheresi. Ciò avvenne per esempio nel 1924 con il caso dell'allontanamento del primo nunzio apostolico accreditato a Budapest, Lorenzo Schioppa, dietro la quale azione possiamo scorgere l'azione del governo romeno.¹¹

Dal punto di vista della sorte del cattolicesimo un ruolo importante spettava agli obiettivi prefissi da parte della direzione delle chiese locali ("nazionali") creati come successori della chiesa cattolica del Regno d'Ungheria. Nel territorio della futura Jugoslavia (dove l'appartenenza etnica coincideva quasi perfettamente con quella confessionale)¹² i vescovi cattolici croati e sloveni inizialmente salutarono con gioia la costituzione del nuovo Stato Sloveno-Croato-Serbo, ma quando questo venne a far parte del Regno Serbo l'1 dicembre 1918, osservarono con crescente preoccupazione la sempre più grande predominanza serba. Di fronte alla politica governativa di Belgrado che puntava sulla costituzione di uno stato nazionale jugoslavo centralizzato, ma allo stesso tempo la tutela degli interessi serbo-ortodossi, la priorità del governo della chiesa croata, slovena e bosniaca era il rafforzamento delle proprie posizioni, accanto al quale il problema delle diocesi cattoliche ungheresi diventate parte del nuovo stato, prevalentemente giacenti in territorio serbo, passa in secondo piano.¹³

⁸ Cfr. Istruzioni per Lorenzo Schioppa, nunzio apostolico in Ungheria. Vaticano, agosto 1920. Pubblicato da: MRKONJIĆ op. cit. 276.

⁹ SALACZ, Gábor: *A magyar katolikus egyház a szomszédos államok uralma alatt*. [Auróra Könyvek] München, 1975. 13–14., 32–33.

¹⁰ Sul concordato romeno v.: MARCHUT, Réka: A román konkordátum a magyar diplomáciában (1920–1929). *Pro Minoritate*, 2014/Tél, 3–22.; M. DISEGNA: Il Concordato tra la Santa Sede e il Regno di Romania: un'introduzione. In: Allen GUASCO – Robert PERIN: *Pius XI: Keywords. International Conference Milan 2009*. Berlin–Münster–Wien–Zürich–London, 2010. 361–381.

¹¹ Johan ICKX: Nem, nem, soha! – Io non faccio della politica... La partenza del nunzio apostolico mons. Lorenzo Schioppa da Budapest. In: Andreas GOTTMANN – Pierantonio PIATTI – Andreas E. REHBERG: *Incorrupta monumenta Ecclesiam defendunt. Studi offerti a mons. Sergio Pagano, Prefetto dell'archivio Segreto Vaticano*. Città del Vaticano, 2018. 291–310.

¹² Igor SALMIČ: *Al di là di ogni pregiudizio. Le trattative per il concordato tra la Santa Sede e il Regno dei Serbi, Croati e Sloveni/Jugoslavia e la mancata ratifica (1922–1938)*. Roma, 2015. 89.

¹³ Ibid. 61.; Massimiliano VALENTE: *Diplomazia pontificia e Regno dei Serbi, Croati e Sloveni (1918–1929)*. Split, 2012. 113.

In Romania i cattolici di rito latino erano nella maggior parte ungheresi e in minor parte tedeschi,¹⁴ così gli interessi delle comunità cattoliche di questi territori coincidevano fondamentalmente con quelli della chiesa ungherese: anche loro preferivano mantenere la struttura ecclesiastica che aveva un passato plurisecolare. La direzione della chiesa cattolica di rito greco invece era romena e si impegnò a tutelare gli interessi nazionali romeni, per esempio fece di tutto affinché le parrocchie della diocesi greco cattoliche della diocesi greco cattoliche di Hajdúdorog che ormai erano parte della Romania venissero passate alle diocesi uniate romene.¹⁵

La situazione dei cattolici di rito latino era particolarmente complicata in Cecoslovacchia, più precisamente nella parte orientale dello stato, abitata nella maggioranza da slovacchi, dove i fedeli della chiesa cattolica erano misti tra ungheresi e slovacchi.¹⁶ Mentre i cattolici ungheresi e la parte ungarofila del clero slovacco si immaginava il proprio futuro dentro la millenaria struttura ecclesiastica ungherese, la direzione nuova del cattolicesimo slovacco promuoveva la costituzione di un'organizzazione ecclesiastica autonoma, definendo l'identità cattolica slovacca in opposizione al passato ecclesiastico, e col tempo intendeva fondare sull'indipendenza ecclesiastica slovacca anche l'autonomia slovacca da realizzare all'interno del nuovo stato.¹⁷ Allo stesso tempo i cattolici ungheresi e slovacchi erano parimente fedeli a Roma e difendevano in maniera impegnata i diritti della chiesa contro gli attacchi del governo anticlericale di Praga. La situazione complessa viene ben caratterizzata dal fatto che il cardinal *János Csernoch*, arcivescovo di Esztergom, difensore intrepido della causa ungherese non esitò a confermare, rispondendo alla domanda che gli fu posta da parte del nunzio di Vienna circa la persona adatta all'ufficio di vescovo che *Andrej Hlinka*, faro degli interessi nazionali slovacchi, era un sacerdote zelante che difendeva gli interessi dei cattolici, e come tale era adatto a diventare vescovo.¹⁸ Con tutto ciò Csernoch fece di tutto per ostacolare la riorganizzazione delle diocesi, tagliate in due dai nuovi confini di stato, nel modo in cui i sacerdoti slovacchi proponevano.

L'accomodazione della sorte dei cattolici viventi negli stati successori della Monarchia Austro-Ungarica era in ultima analisi nelle mani della Santa Sede. Dal punto di vista di Roma gli interessi della chiesa cattolica avrebbero potuto essere tutelati nel miglior modo dal mantenimento della duplice monarchia di maggioranza cattolica e sotto la direzione di un sovrano cattolico, perciò la Santa Sede condusse una politica fino all'ottobre del 1918 in difesa dell'esistenza della Monarchia Austro-Ungarica e cercò di frenare le tendenze nazionalistiche che avrebbero generato

¹⁴ SEBŐK, László: A katolikus egyházszerkezet változásai Trianon óta. *Regio. Kisebbség, politika, társadalom*, 1991/3. 73.

¹⁵ Vö. Krisztina TÓTH: Instructions for Nuncio Lorenzo Schioppa at the beginning of his mission. In: András FEJÉRDY: *Rapporti diplomatici tra la Santa Sede e l'Ungheria (1920–2015)*. Città del Vaticano, 2016. 111–117.

¹⁶ SEBŐK op. cit. 68–70.

¹⁷ RÁCZ op. cit. 110.

¹⁸ Micara a Card. Gasparri. Praha, 15 febbraio 1920. Riprodotto in: HRABOVEC op. cit. 197.

conflitti ulteriori. Comunque, dopo che l'America ha respinto la proposta di firmare una pace separata con la Monarchia, la Santa Sede prese atto dello *status quo* e seguendo le tradizioni pragmatiche della diplomazia vaticana, e tra le nuove circostanze cercò di assicurare ai cattolici dei nuovi stati nel modo più integrale le condizioni per poter praticare la propria fede.¹⁹ Il segretario di stato cardinal, Pietro Gasparri già il 29 ottobre del 1918 mandò un'istruzione al nunzio di Vienna, Teodoro Valfré di Bonzo che specificava: la Santa Sede desiderava "entrare in rapporto amichevole coi nuovi Stati riconosciuti dall'Imperatore e dall'Intesa" ed intendeva entrare in rapporto con i vescovi, con speciale riguardo a quelli ungheresi.²⁰ L'azione della Santa Sede era guidata dal principio dell'universalità della chiesa cattolica, ma per considerazioni di ordine pastorale si dimostrava disponibile a dei compromessi di fronte ai particolarismi nazionali. Per concordare questi due punti di vista, a volte in contrasto tra di loro, ha svolto delle trattative e degli accordi bilaterali, o a volte multilaterali, così la politica relativa alla zona mitteleuropea della Santa Sede nel periodo tra le due guerre mondiali si inseriva organicamente nella nuova politica concordataria di Pio XI. Ad eccezione dell'Ungheria la Santa Sede ha stipulato un concordato, o almeno formato un *modus vivendi* con tutti gli stati successori della Monarchia Austro-Ungarica.

2. Sistemazione delle diocesi

Gli interessi degli stati successori della Monarchia e gli interessi dei cattolici viventi nei nuovi stati, accanto ad altre cause puramente importanti come quelle patrimoniali, si scontravano in due questioni contemporaneamente simboliche e pratiche: in quella del cambiamento dei confini delle diocesi tagliate in due dalle nuove frontiere statali e in quella del governo delle diocesi e parti di diocesi venute a far parte nei nuovi stati.

Le diocesi del Regno d'Ungheria nel nuovo ordinamento dell'Europa Centro-Orientale potevano avere quattro sorti diverse. Possiamo porre nel primo caso le diocesi che sono finite interamente al di fuori dei confini dell'Ungheria: i vescovadi di Nyitra (Nitra), di Besztercebánya (Banska Bystrica) e Szepes (Spiš) divennero parte della Cecoslovacchia, mentre la diocesi di Gyulaféhevár (Alba Iulia) in Transilvania, appartenne ormai alla Romania. Al secondo gruppo appartenevano le diocesi la cui sede vescovile e parte maggiore del loro territorio giacque nel territorio dei nuovi stati, ma una parte minore delle loro parrocchie rimase nel territorio dell'Ungheria. Nel caso della Cecoslovacchia tali furono le diocesi di Kassa (Košice) e Rozsnyó (Rožňava), mentre la stessa sorte toccò in Romania alle diocesi di rito latino di Szatmár (Satu Mare), Csanád e Nagyvárad (Oradea). La terza categoria delle diocesi del Regno d'Ungheria fu formata da quei vescovadi ed arcivescovadi le cui sedi vescovili rimasero in Ungheria, però gran parte del loro territorio venne

¹⁹ SALMIČ op. cit. 58.

²⁰ Cardinal Gasparri al nunzio apostolico Valfré di Bonzo, lettera del 6 novembre 1918, citata da: SALMIČ op. cit. 65.

a far parte degli altri stati. In questo gruppo le diocesi di Győr, Szombathely, Pécs e Eger perdettero solo una piccola parte delle loro parrocchie, dove per giunta, anche la proporzione dei fedeli ungheresi era modesta, dall'arcidiocesi di Kalocsa e soprattutto dall'arcidiocesi di Esztergom vennero tolte, a causa dei nuovi confini statali, gran parte delle parrocchie, spesso di maggioranza ungherese. Come conseguenza di tutto questo vi furono solo tre diocesi di rito latino (Székesfehérvár, Veszprém e Vác) a rimanere intatte nel territorio d'Ungheria.²¹

Nel caso delle diocesi del primo e del quarto gruppo il cambiamento dei confini non causò alcun problema alle diocesi. Nel secondo e nel terzo gruppo però, l'intenzione dei paesi successori era quella di sistemare i confini delle diocesi quanto prima, adeguandole ai confini di stato. Questa intenzione politica coincise il più delle volte anche con la volontà del clero cattolico non ungherese, interessato alla costituzione di una struttura ecclesiastica indipendente da quella storica del Regno d'Ungheria.

In Cecoslovacchia, per esempio, il governo di Praga propose sin dall'inizio la costituzione di una nuova diocesi nei territori dell'arcidiocesi di Esztergom venuti a far parte del nuovo stato,²² e allo stesso tempo cercò di suddividere tra le altre diocesi la diocesi di Rozsnyó (Rožňava) che contava un gran numero di fedeli di lingua ungherese.²³ L'obiettivo finale era quello di formare una nuova struttura ecclesiastica, appartenente alla chiesa locale della Moravia sotto la giurisdizione dell'arcivescovo di Praga come primate del paese e comprendente tutto il territorio della Cecoslovacchia. Il clero e il cattolicesimo politico slovacco era pure interessato a cambiare lo *status quo* del governo ecclesiastico.²⁴ Loro però guardavano alle istituzioni ecclesiastiche non ultimamente come a portatori privilegiati dell'autonomia e della tutela degli interessi nazionali, perciò esigevano la costituzione di una struttura ecclesiastica slovacca autonoma. Perciò per esempio nell'ottobre del 1921, 168 sacerdoti slovacchi si rivolsero in lettera a papa Benedetto XV in cui gli chiedevano di erigere dalle parrocchie staccate dall'arcidiocesi di Esztergom una nuova diocesi con centro a Nagyszombat (Trnava) che col tempo sarebbe diventata un'arcidiocesi autonoma slovacca.²⁵

²¹ Cfr. Istruzioni per Lorenzo Schioppa, nunzio apostolico in Ungheria. Vaticano, agosto 1920. Pubblicato da: MRKONJIĆ op. cit. 275–276. Non trattiamo qua la causa delle diocesi greco cattoliche, tra le quali fu particolarmente complicata soprattutto la situazione della diocesi di Hajdúdorog creata nel 1912. V. su questo: TÓTH op. cit. 111–117.; Tamás VÉGSHEŐ: I rapporti tra la Sede Apostolica e la Chiesa greco-cattolica ungherese nel periodo interbellico, in: Rapporti diplomatici tra la Santa Sede e l'Ungheria (1920–2015). In: FEJÉRDY op. cit. 195–225.

²² Il nunzio Micara al Card. Gasparri. 15 novembre 1920. S.RR.SS., AA.EE.SS., Austria-Ungheria, 1920, pos. 1456, fasc. 588, f. 13r-v. Riprodotto da: HRABOVEC op. cit. 251.; Nota della Segreteria di Stato sulle questioni da discutere con il ministro Beneš durante la sua visita in Vaticano (febbraio 1921) Riprodotto: Ibid. 254–255.

²³ Vedi: Milan KERDIK: *La diocesi di Rožňava negli anni 1918–1938 alla luce degli archivi vaticani*. Diss. PhD. Roma, PUG, 2014. 127–240.

²⁴ RÁCZ op. cit. 110.

²⁵ Lettera di 168 sacerdoti slovacchi al papa Benedetto XV, 6 ottobre 1921. S.RR.SS. AA.EE.SS., Cecoslovacchia, 1921, pos. 4, fasc. 4, ff. 28r–30v. Riprodotto da: HRABOVEC op. cit. 269–272.

In Romania nel 1920 furono i vescovi greco cattolici romeni, in rivalità con gli ortodossi, a promuovere, in parte per dimostrare i loro sentimenti nazionali, le trattative concordatarie che avrebbero toccato anche la trasformazione della struttura delle diocesi. Già nella prima versione, preparata dal sacerdote greco cattolico Vasile Lucaciu fu compresa la richiesta del governo romeno di abolire i vescovadi di rito latino di Szatmár (Satu Mare) e di Nagyvárad (Oradea), da fondare il primo nella diocesi di Transilvania, l'ultimo in quella di Temesvár (Timișoara), e allo stesso tempo prevedeva la sottomissione delle due diocesi cattoliche superstiti all'arcivescovo di Bucarest.²⁶

Nel Regno Regno dei Serbi, Croati e Sloveni i vescovi non intendevano fare delle iniziative autonomamente per eventuali trasformazioni della struttura delle diocesi, ma con il permesso della Santa Sede, nelle sedute della Conferenza Episcopale diedero inizio alla discussione sulla questione. Desideravano proporre al governo il progetto solo dopo una consultazione preliminare con la Santa Sede. Allo stesso tempo avanzarono la proposta che le parti delle diocesi finite che avevano la sede oltre il confine dello stato fossero mantenute nel periodo provvisorio sotto la direzione di amministratori apostolici nominati da Roma.²⁷

In contrasto con le iniziative degli stati successori di trasformare la struttura ecclesiastica, la Conferenza Episcopale Ungherese desiderava mantenere l'organizzazione storica e perciò diede inizio ad un'attività di lobby presso la Santa Sede. Poco dopo la caduta della Repubblica dei Consigli, nell'agosto del 1919 il vescovo di Veszprém, Nándor Rott partì per Roma per prendere le difese degli interessi ungheresi a nome di tutta la Conferenza Episcopale. Un anno dopo, nell'estate del 1920, si recò in Vaticano il primate principe Csernoch con lo stesso scopo.²⁸

Benché i vescovi ungheresi lottassero per il mantenimento dello *status quo ante*, prendendo atto della situazione postbellica non escludono nemmeno una soluzione di compromesso. Già nella loro seduta del marzo del 1920 accettarono perciò una presa di posizione in cui si stabilì che, se non si sarebbe potuto mantenere l'integrità territoriale delle diocesi tagliate in due dai nuovi confini di stato, a mettere in atto l'eventuale dismembrazione aveva diritto esclusivamente la Santa Sede, e non un qualsiasi governo o chiesa locale. In ogni caso, anche in una tale situazione desiderarono ottenere che i fedeli ungheresi rimanessero sotto la giurisdizione del vescovo della loro diocesi originale. Come soluzione alternativa, allo stesso tempo, ritennero accettabile anche l'erezione di nuove diocesi "nazionali" per gli ungheresi.²⁹

Ai sensi di queste considerazioni il primate principe Csernoch nella sua lettera relativa alla causa dell'arcidiocesi di Esztergom scritta nell'aprile del 1921 al

²⁶ MARCHUT op. cit. 5–6.

²⁷ VALENTE op. cit. 113.

²⁸ SALACZ op. cit. 131.; Verbale della conferenza episcopale del 17 marzo 1920. BEKE, Margit: *A magyar katolikus püspökkari tanácskozások története és jegyzőkönyvei 1919–1944 között*. München–Budapest, 1993. 45.; Verbale della conferenza episcopale del 27 ottobre 1920. *Ibid.* 59–60.

²⁹ Verbale della conferenza episcopale del 17 marzo 1920. BEKE op. cit. 47–51.

segretario di stato cardinal Gasparri affermò che benché l'esigenza del governo di Praga di far cessare la giurisdizione dell'arcivescovo di Esztergom fosse infondata, in quanto la Santa Sede intendesse staccare la parte dell'arcidiocesi venuta a far parte del territorio della Cecoslovacchia, questa non doveva diventare un'arcidiocesi nuova, ma un'amministrazione apostolica, posta direttamente sotto la Santa Sede, intanto lasciare i fedeli ungheresi sotto la giurisdizione dell'arcivescovo di Esztergom, o erigere per loro un'amministrazione apostolica ungherese autonoma.³⁰ I vescovi ungheresi durante le trattative del concordato con la Jugoslavia chiesero a Roma pure che le parrocchie ungheresi non venissero inglobate nelle diocesi croate o serbe, ma di essere congiunte in una, o due diocesi autonome.³¹

La direzione ecclesiastica ungherese fu disposta ad accettare meno compromessi nel caso delle diocesi diventate parte della Romania, composte prevalentemente da fedeli di lingua ungherese e in parte di lingua tedesca. Csernoch, nella sua lettera inviata nell'aprile del 1921 a Gasparri si oppose decisamente alle proposte avanzate nella bozza del concordato romeno, era avversario al dismembramento delle diocesi tagliate in due dai confini, a qualsiasi modifica dei confini delle diocesi e propose che i vescovi rimanessero nelle loro sedi e governassero le parti della propria diocesi, fatte parte di altri stati tramite amministratori apostolici.³² Un anno più tardi, la bozza alternativa alla proposta di concordato dei romeni preparata da Jusztinián Serédi, in quel tempo consigliere canonista, intese ottenere che la suddivisione delle diocesi non venisse cambiata, e che le diocesi transilvane di rito latino venissero poste direttamente sotto il Pontefice e solo le diocesi di rito latino della Romania prebellica facessero parte della giurisdizione dell'arcivescovo di Bucarest.³³

La strategia ecclesiastica ungherese accettata nella primavera del 1920 aperta a certi compromessi era comunque una strategia passiva, nel senso che indicava solo la direzione della possibile ritirata resa necessaria dalle circostanze: sostanzialmente prefiggeva come scopo la procrastinazione delle decisioni e l'accettazione di sole soluzioni provvisorie, come quella dell'erezione delle amministrazioni apostoliche. Di conseguenza, quando il nunzio apostolico di Budapest, Lorenzo Schioppa nel febbraio del 1921 chiese una nuova proposta per la suddivisione delle diocesi ungheresi, la Conferenza Episcopale per non sostenere in nessun modo il cambiamento dello *status quo* respinse la richiesta e invece della stessa fece avere al nunzio il decreto del 17 marzo 1921 della Conferenza Episcopale sul mantenimento della sua giurisdizione integrale.³⁴

In questa situazione complessa la Santa Sede ha formulato la propria posizione solo gradualmente. Benché all'inizio del 1919 il nunzio di Vienna Teodoro Valfrè di Bonzo, facendo riferimento a considerazioni di ordine pastorale non escluse la

³⁰ Card. Csernoch al Card. Gasparri. 15 aprile 1921. S.RR.SS., AA.EE.SS., Cecoslovacchia, 1921, pos. 4, fasc. 3, ff. 41r-47r. Riprodotto da: HRABOVEC op. cit. 263-264.

³¹ Verbale della conferenza episcopale del 14 ottobre 1925. BEKE op. cit. 159-160.

³² MARCHUT op. cit. 7.

³³ Ibid. 9-10.

³⁴ Verbale della conferenza episcopale del 10 febbraio 1921. BEKE op. cit. 72.

possibilità di sostenere il cambiamento dei confini delle diocesi,³⁵ la Congregazione degli Affari Ecclesiastici Straordinari nelle sue sessioni del 28 giugno e del 14 dicembre del 1919³⁶ rimandò la decisione a dopo la firma del trattato di pace, calmando così la gerarchia ungherese. Nell'estate del 1920, in seguito alla firma del trattato di pace del Trianon, papa Benedetto XV assicurò Csernoch che lo incontrò a Roma che la Santa Sede, nonostante le richieste urgenti degli stati successori non intendeva operare in maniera affrettata la trasformazione della struttura ecclesiastica del vecchio Regno di Ungheria. Allo stesso tempo assicurò il primate ungherese che nell'ambito delle trattative che si sarebbero avviate sei mesi dopo la ratifica del trattato di pace, il parere dei vescovi ungheresi sarebbe stato naturalmente preso in considerazione nel definire i novi confini delle diocesi.³⁷

Nel primo periodo le parti delle diocesi che erano state separate dalla sede vescovile tramite i nuovi confini di stato furono sottoposte alla guida dei vicari episcopali. I governi locali però non vedevano di buon occhio il fatto che alla guida delle unità di governo ecclesiastico del loro territorio stavano vicari sottoposti alla giurisdizione di un vescovo con sede in uno stato straniero. Così per esempio in Cecoslovacchia il governo non vedeva di buon occhio nemmeno l'attività del vicario arcivescovile Osvald, di sentimenti filo-slovacchi che Csernoch aveva nominato come gesto verso il nuovo stato. Nel Regno dei Serbi, Croati e Sloveni invece, la conferenza episcopale locale chiese invano al vescovo di Kalocsa, L. Árpád Várady tramite il segretario di stato cardinal Gasparri e il nunzio apostolico di Budapest di nominare un vicario generale per la parte della sua arcidiocesi che giaceva a sud del confine di stato, il governo di Belgrado non era disposto a riconoscere il vicario nominato, siccome vedeva nella sua attività la lesione della sua sovranità.³⁸ Col tempo perciò dalle parti di diocesi separate per via del confine di stato si andavano creando amministrazioni apostoliche. Così vennero creati le amministrazioni apostoliche il 18 maggio 1922 con le parti austriache delle diocesi di Győr e Szombathely, il 22 maggio 1922 con le parti cecoslovacche dell'arcidiocesi di Esztergom, sempre nel 1922 con le parrocchie staccate da Pécs, il 23 febbraio 1923, con le parti giacenti nel Regno dei Serbi, Croati e Sloveni delle diocesi di Szombathely e Csanád e dell'arcidiocesi di Kalocsa, mentre le altre parti delle diocesi tagliate dai confini furono affidate anche in seguito a vicari vescovili.³⁹

Accanto alle soluzioni provvisorie la Santa Sede desiderava ottenere una sistemazione più stabile dei confini delle diocesi con l'aiuto degli accordi

³⁵ Vedi p. e. il dispaccio del nunzio Valfrè di Bonzo al Card. Gasparri. 18 gennaio 1919. S.R.R.SS., AA.EE.SS., Austria-Ungheria, 1919, pos. 1320, fasc. 519, ff. 41r–44r. Riprodotto da: HRABOVEC op. cit. 110.

³⁶ Raduno della Congregazione per gli Affari ecclesiastici straordinari. 28 giugno 1919. S.R.R.SS., AA.EE.SS., Rapp. Sess., 1919, n. 1227, stampa 1065. Riprodotto da: HRABOVEC op. cit. 167–171., Raduno della Congregazione per gli Affari ecclesiastici straordinari. 14 dicembre 1919. S.R.R.SS., AA.EE.SS., Rapp. Sess., 1919, n. 1231, stampa 1071. Ibid. 191–194.

³⁷ Verbale della conferenza episcopale del 27 ottobre 1920. BEKE op. cit. 59–60.; SALACZ op. cit. 131.

³⁸ VALENTE op. cit. 125–126.

³⁹ SALACZ op. cit. 107., 132.; SEBŐK op. cit. 75–88.

internazionali. Nel caso della Cecoslovacchia la Santa Sede dopo dure trattative ha stipulato col governo di Praga il 17 dicembre 1927 un accordo sul *modus vivendi* che avrebbe sistemato i confini delle diocesi in maniera corrispondente ai confini di stato, eppure le trattative sulla messa in atto dell'accordo alla fine fallirono per via del comportamento intransigente del governo nelle questioni economico-finanziarie.⁴⁰ Così un decennio dopo, papa Pio XI prese una decisione unilaterale: con la sua bolla datata del 2 settembre 1937, *Ad ecclesiastici regiminis* separava canonicamente l'amministrazione apostolica di Nagyszombat dall'arcidiocesi di Esztergom, sottoponendola assieme alle diocesi di Rozsnyó e Kassa direttamente alla Santa Sede. Contemporaneamente elevava le parti delle due ultime diocesi giacenti nel territorio dell'Ungheria al rango di amministrazioni apostoliche. A lungo andare propose l'erezione di un'arcidiocesi di rito latino, ed una di rito greco, in territorio slovacco.⁴¹

Nel caso della Romania, fu scelto pure il concordato come mezzo per sistemare la sorte delle tre diocesi tagliate in due, Szatmár, Csanád e Nagyvárad. Nel documento firmato il 10 maggio 1927, nella questione della trasformazione della struttura ecclesiastica la Santa Sede ottenne una soluzione di compromesso. In maniera corrispondente alle pretese romene tutta la struttura ecclesiastica della Romania fu sottoposta all'unica provincia ecclesiastica con sede a Bucarest, però le diocesi di Szatmár e Nagyvárad non vennero inglobate nelle diocesi di Transilvania e di Csanád, ma eressero una nuova diocesi unica. Dalle parti della diocesi di Csanád rimaste in Romania crearono la diocesi di Temesvár, mentre la parte giacente in Ungheria continuò a funzionare come diocesi autonoma con sede a Szeged. Con le parrocchie delle diocesi di Nagyvárad e di Szatmár che rimasero in Ungheria eressero due amministrazioni apostoliche.⁴²

3. Governo delle diocesi

Per tutti gli stati successori della Monarchia Austro-Ungarica risultò una questione centrale che i dirigenti delle chiese funzionanti nei loro territori fossero leali col nuovo potere di stato. Per ottenere questo scopo fecero di tutto per allontanare i vescovi ungheresi, considerati nemici dalle loro sedi che non si trovavano più in territorio ungherese. Contemporaneamente così facendo pretesero anche di avere un'influenza sulle nuove nomine. Con riguardo al fatto che una sede vescovile secondo il diritto canonico diventa vacante quando il vescovo muore, si dimette, o viene deposto, i nuovi governi (quando non avevano abbastanza pazienza per attendere la morte del dato vescovo) cercarono di forzarli alle dimissioni.

⁴⁰ Pubblicato: *Acta Apostolicae Sedis*, 20 (1928) 65–66.

⁴¹ Lettera apostolica *Ad ecclesiastici regiminis* incrementum. *Acta Apostolicae Sedis*, 29 (1937) 366–369.

⁴² *Inter Sanctam Sedem et Romaniae Regnum sollemnis conventio*. *Acta Apostolicae Sedis*, 21 (1929) 441–451.

In Cecoslovacchia il governo di Praga cercò di ottenere la sostituzione di tutta la conferenza episcopale ungherese. I vescovi Farkas Radnai di Besztercebánya e Vilmos Batthyány furono espulsi dal paese e forzati a presentare le dimissioni già nel marzo del 1919.⁴³ Il vescovo di Szepes, Sándor Párvy poté evitare questa sorte, perché nel frattempo morì a Budapest il 24 marzo 1919. Il potere cecoslovacco tentò ripetute volte di allontanare anche i vescovi Lajos Balás di Rozsnyó e Ágoston Fischer-Colbrie di Kassa. Per esempio il ministro degli esteri Beneš, nel suo dispaccio inviato all'incaricato d'affari presso la Santa Sede, Krofta il 17 settembre 1920 scrisse espressamente: "c'è bisogno di »liquidare« il Fischer-Colbrie a Kosice e Balás a Roznava che non parla slovacco."⁴⁴ Il vescovo Balás, vessato più volte, morì proprio il giorno dopo l'invio di questo telegramma, il 18 settembre, mentre tra i vescovi ungheresi l'unico che godeva di simpatia fra gli slovacchi,⁴⁵ Ágoston Fischer-Colbrie fu tollerato fino alla sua morte avvenuta nel 1925.

In Romania i vescovi delle diocesi di Nagyvárad e Szatmár, Miklós Széchenyi e Tibor Boromisza potevano governare le loro diocesi fino alla loro morte, avvenute rispettivamente nel 1923 e nel 1928,⁴⁶ mentre Gyula Glattfelder che sotto il cambio di impero divenne *persona non grata* per il nuovo governo fu costretto a lasciare la sua diocesi. Glattfelder comunque non si dimise dal suo ufficio, ma trasmise la sua sede a Szeged e continuò il suo ministero episcopale.⁴⁷

Nel riempimento delle diocesi diventate ormai in uno di questi modi vacanti, quasi tutti gli stati successori della Monarchia cercarono di far valere il diritto di patronato che precedentemente spettava al re ungherese,⁴⁸ proponendo candidati propri alla guida delle sedi vacanti.⁴⁹ La Santa Sede però, difendendo il diritto di libera nomina del pontefice respinse tutti questi tentativi e, in base a diversi accordi informali, o semiufficiali, come per esempio l'intesa semplice ungherese stipulato nel 1927, era disposta solo a promettere nel caso di tutti i governi: che nelle nomine si sarebbe tenuto presente se contro una data persona ci sarebbero state critiche di tipo politico. Il papa comunque si ritenne il diritto di controllare e valutare gli argomenti proposti contro il candidato della Santa Sede.⁵⁰

⁴³ SALACZ op. cit. 13.; HRABOVEC op. cit. 110., 129., 139–144., 146., 150.; KERDIK op. cit. 104.

⁴⁴ Citato da: KERDIK op. cit. 136.

⁴⁵ Nunzio Valfrè di Bonzo al Card. Gasparri. 18 gennaio 1919. S.RR.SS., AA.EE.SS., Austria-Ungheria, 1919, pos. 1320, fasc. 519, ff. 41r-44r. Riprodotto da: HRABOVEC op. cit. 108–109.

⁴⁶ SALACZ op. cit. 81.

⁴⁷ Ibid. 66.

⁴⁸ Cfr. Istruzioni per Lorenzo Schioppa, nunzio apostolico in Ungheria. Vaticano, agosto 1920. Pubblicato da: MRKONJIĆ op. cit. 282–284.

⁴⁹ P. e. vedi per la Cecoslovacchia: Il nunzio Micara al Card. Gasparri. 20 novembre 1920. S.RR.SS., AA.EE.SS., Austria-Ungheria, 1920, pos. 1463, fasc. 591. In: HRABOVEC op. cit. 231–234.; Per l'Ungheria vedi: Istruzioni per Lorenzo Schioppa, nunzio apostolico in Ungheria. Vaticano, agosto 1920. Pubblicato da: MRKONJIĆ op. cit. 282–284.

⁵⁰ Vedi p. e. Nota della Segreteria di Stato sulle questioni da discutere con il ministro Beneš durante la sua visita in Vaticano (febbraio 1921). In: HRABOVEC op. cit. 254.; Per l'Intesa semplice ungherese vedi: intesa semplice: CSIZMADIA, Andor: *A magyar állam és az egyházak jogi kapcsolatainak kialakulása*

Il riempimento delle sedi episcopali continuò ad essere comunque abbastanza difficile. Le nomine alla guida delle diocesi, venute a far parte integralmente degli stati nuovi, filavano relativamente liscio. Così per esempio, dopo le dimissioni dei predecessori ancora in vita (Vilmos Batthyány e Farkas Radnai), o rispettivamente la morte (Sándor Párvy) alla guida delle diocesi di Nyitra, Besztercebánya e Szepes nel 1921 si riuscirono a nominare sacerdoti slovacchi accettati anche da parte del governo di Praga (Károly Kmetko, Marián Blaha e Jan Vojtassák).⁵¹ Un altro successo della Santa Sede fu quando nel 1940 alla guida della diocesi di Szatmár-Nagyvárad fu posto l'ungherese Áron Márton in qualità di amministratore apostolico, contro Josif Pop, patronato dal governo romeno.⁵²

Alla guida delle diocesi venute a far parte degli stati successori assieme alla sede episcopale, ma solo con una parte del territorio dopo la morte dei vescovi, generalmente vennero nominati solo dei amministratori apostolici. Così per esempio, dopo lunghe trattative, nel 1925 Jozef Cársky divenne il amministratore apostolico della diocesi di Rozsnyó divenuta vacante dopo la morte di Lajos Balás, avvenuta nel 1920.⁵³ In Romania invece, dopo che nel 1923 la sede episcopale romano cattolica di Nagyvárad divenne vacante, fino alla nomina del vescovo diocesano della diocesi riunita di Nagyvárad-Szatmár nel 1930 nella persona di József Friedler la diocesi fu guidata da amministratori apostolici (Imre Bjelik, Antal Mayer, István Szabó).⁵⁴

Le parti delle diocesi, le cui sedi erano rimaste in Ungheria, come vi abbiamo già accennato sopra, furono governate inizialmente da vicari episcopali, poi da amministratori apostolici nominati anch'essi dalla Santa Sede: le parrocchie staccate dalla diocesi di Pécs da parte del vescovo di Diakovár, le parti della diocesi di Szombathely divenute territorio del Regno Regno dei Serbi, Croati e Sloveni da parte del amministratore apostolico di Maribor, le parti austriache delle diocesi di Szombathely e Győr da parte dell'arcivescovo Pffiff di Vienna, in qualità di amministratore apostolico.⁵⁵ L'amministrazione apostolica di Bácska, creata dalle parti staccate dall'arcidiocesi di Kalocsa e finite nel Regno Regno dei Serbi, Croati e Sloveni fu guidata dal precedente vicario, dal 1923 in poi da Ludovik Budanović in qualità di amministratore apostolico, mentre alla guida dell'amministrazione apostolica del Banato, creata dalle parti della diocesi di Csanád, diventate territorio

és gyakorlata a Horthy-korban. Budapest, Akadémiai, 1966. 301–309.; Andor CSIZMADIA: *Rechtliche Beziehungen von Staat und Kirche in Ungarn vor 1944.* Budapest, Akadémiai, 1971. 118–120.; Johan ICXX: *Rilevanza dei documenti custoditi nell'Archivio Storico della Sezione per i Rapporti con gli Stati della Segreteria di Stato per la storiografia ecclesiastica ungherese*, in: *Rapporti diplomatici tra la Santa Sede e l'Ungheria (1920–2015)*. In: FEJÉRDY op. cit. 62–69.

⁵¹ HRABOVEC op. cit. 230.; Sulla loro consacrazione: Il nunzio Micara al Card. Gasparri. 27 febbraio 1921. S.RR.SS., AA.EE.SS., Austria-Ungheria, 1921, pos. 1477, fasc. 602, ff. 46r–56r. In: HRABOVEC op. cit. 234–240.

⁵² SALACZ op. cit. 83.

⁵³ KERDIK op. cit. 153. Per le discussioni intorno alla provvista della sede di Rožňava vedi: Ibid. 136–153.

⁵⁴ SALACZ op. cit. 65.

⁵⁵ Ibid. 107., 132; VALENTE op. cit. 214.

jugoslavo (nonostante la protesta iniziale del governo di Belgrado) sempre nel 1923 fu nominato dalla Santa Sede Raphael Rodic come amministratore apostolico.⁵⁶

Merita un'attenzione particolare la sorte della parte che dell'arcidiocesi di Esztergom venne a far parte della Slovacchia. Su proposta del nunzio Valfrè di Bonzo la Santa Sede nel gennaio del 1919 ebbe intenzione di nominare un delegato apostolico provvisorio alla guida di tutta la chiesa slovacca nella persona dell'unico vescovo ungherese accettato da parte del governo di Praga, il vescovo Fischer-Colbrie di Kassa.⁵⁷ Tale progetto fu però chiamato dal primate Csernoch, come vi abbiamo accennato sopra, un errore politico, siccome con una tale nomina la Santa Sede avrebbe riconosciuto in anticipo le occupazioni territoriali dei cechi. In seguito agli argomenti del primate, Fischer-Colbrie rinunciò alla nomina,⁵⁸ così questo territorio venne governato prima dal vicario arcivescovile slovacco Frantisek Richard Osvald, nominato da Csernoch, e infine, seguendo la proposta del nunzio Micara avanzata già nell'ottobre del 1919,⁵⁹ il 29 maggio del 1922 venne nominato un amministratore apostolico a Nagyszombat nella persona di Pavol Jantausch, il quale svolse tale incarico fino alla sua morte avvenuta nel 1947.

4. Conclusione

Riassumendo la nostra succinta panoramica possiamo stabilire che le decisioni della Santa Sede furono guidate prima di tutto dai punti di vista pastorali universali, quando, dopo la prima guerra mondiale mise in atto una serie di cambiamenti nella struttura ecclesiastica millenaria del Regno d'Ungheria. A prima vista questi cambiamenti, anche se con dei compromessi, cambiando lo *status quo ante*, sembravano coincidere con gli interessi delle chiese "nazionali" e dei governi degli stati successori della Monarchia Austro-Ungarica. Il comportamento anti-cattolico dei governi di Praga, Bucarest e Belgrado però, sin dall'inizio, spinsero la Santa Sede a compiere i passi verso il cambiamento solo cautamente e gradualmente. In base alle esperienze delle trattative bilaterali svolte con i singoli governi, col tempo, convinsero sempre di più il Vaticano che non era possibile e non ne valeva la pena, prefiggere come scopo una sistemazione comprensiva e stabile della struttura ecclesiastica mitteleuropea. La Santa Sede perciò trasformò le strutture ecclesiastiche precedenti solo nella misura strettamente necessaria e solo con carattere provvisorio. Allo stesso tempo ebbe l'intenzione di far valere il diritto del papa alla libera nomina dei vescovi per porre alla guida delle unità di governo ecclesiastico create persone affidabili dal punto vista

⁵⁶ VALENTE op. cit. 170., 173–174., 210.

⁵⁷ Il nunzio Valfrè di Bonzo al Card. Gasparri. 23 gennaio 1919. S.RR.SS., AA.EE.SS., Austria-Ungheria, 1919, pos. 1320, fasc. 519, ff 47r-51r. In: HRABOVEC op. cit. 116–117.

⁵⁸ Il nunzio Valfrè di Bonzo al Card. Gasparri. 8. marzo 1919. ASV, Arch. Nunz. Cecoslovacchia, 1919-1923, b. 12, fasc. 44, ff 17r–42v. Riprodotto in: *ibid.* 119., 122–125.

⁵⁹ Micara al Card. Gasparri. 27 ottobre 1919. S.RR.SS., AA.EE.SS., Austria-Ungheria, 1919, pos. 1332, fasc. 527, ff. 33r–43v. *Ibid.* 188–189.

ecclesiastico e pastorale, adeguate per le comunità cattoliche locali, trascurando i criteri politici e nazionali dei dirigenti dei singoli stati.

Quando poi a partire degli anni 1930, cambiò la situazione geopolitica della regione mitteleuropea, la Santa Sede cominciò a considerare l'Ungheria come il difensore più affidabile dei valori e degli interessi cattolici nell'Europa Centro-Orientale. Così si capisce come in seguito ai cambiamenti dei confini, dopo il 1938, fu subito disponibile a ripristinare anche i confini diocesani precedenti. Per aggiunta lo fece non solo nel caso delle amministrazioni apostoliche considerate per definizione come soluzioni provvisorie, ma anche nel caso delle diocesi create *ex novo*, per esempio quando nel 1941 eresse di nuovo due diocesi, dalla diocesi di Szatmár-Nagyvárad, riunita nel 1930. In seguito al comportamento dimostrato dalla Santa Sede per la politica estera ungherese, la quale vedeva nel Vaticano un alleato naturale, nonostante i compromessi concessi agli stati successori le relazioni tra l'Ungheria e la Santa Sede crebbero di importanza. L'attività della diplomazia pontificia svolta nell'interesse della chiesa cattolica sostenne infatti in maniera indiretta le intenzioni revisionistiche ungheresi. Eppure la politica della Santa Sede che rappresenta ogni fedele cattolico di tutta la chiesa universale fu sopra gli interessi nazionali e seguì criteri pastorali, e se nei decenni tra le due guerre mondiali si spostò verso gli interessi ungheresi, ciò avvenne solo in seguito a circostanze esterne che fecero coincidere in più punti gli interessi nazionali ungheresi con gli interessi cattolici universali.

