

PLR
Pázmány
Law
Review
VIII. (2021)



PÁZMÁNY


Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences

Budapest

Pázmány Law Review
VIII. (2021)
ISSN 2064-1818 (Print)
ISSN 2786-393X (Online)

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. László KOMÁROMI dean
www.jak.ppke.hu

Corrector: Mariann WEISZER
Prepared for printing by Andrea SZAKALINÉ SZEDER

Printed and bound by PPKE University Press.

CONTENT

THEMATIC FOCUS

On the Break of History and Perspectives: Some Contemporary Approximations of the Natural Law Tradition

Andrea PADOVANI

L'insegnamento del diritto a Bologna

da Irnerio all'età di Dante. Le linee fondamentali dell'esegesi. 5

János ERDÓDY

SC Claudianum and *Levitas Animi* – a Gender Issue? 11

Dominic WHITEHOUSE OFM

The Influence of Petrus Iohannis Olivi (1248-98) upon the Formulation

of a Radically Voluntarist Conception of Natural Law. 31

András KOLTAY

Christianity and Human Rights – Perspectives from Hungary (Introduction) 37

Tommaso SCANDROGLIO

Il voto a favore di una legge ingiusta per limitare i danni. 43

Péter LAUTNER

Aristotle and Natural Justice. 57

Nadja EL BEHEIRI

Legis Actio in Rem and Adolf Reinach's Theory on Social Acts 67

ARTICLES

Milan HLAVAČKA

Die tschechisch-ungarischen Beziehungen

im 19. Jahrhundert und der Ausgleich. 83

Ernest C. BODURA

Das „antipandektistische Manifest“ von Leonard Piętak.

Zur nichtpandektistischen Strömung der galizischen Romanistik

in der zweiten Hälfte des XIX. Jh. 95

THEMATIC FOCUS:

*On the Break of History and Perspectives: Some Contemporary
Approximations of the Natural Law Tradition*

L'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO A BOLOGNA
DA IRNERIO ALL'ETÀ DI DANTE

Le linee fondamentali dell'esegesi

Andrea PADOVANI

professore (S. Pio X Facoltà di diritto canonico, Venezia)

Abstract

L'università di Bologna nasce dall'attività di studio e di insegnamento del Corpus Iuris Civilis di Giustiniano, finalmente ritrovato nella sua interezza a cavallo tra il sec. XI e il XII. La caratteristica del grande Irnerio, colui che avvia il rinnovamento della scienza giuridica occidentale, risiede nella sua precedente formazione teologica, ora proiettata nell'esegesi dei testi legali. Su questa linea i suoi discepoli avviano una riflessione che non si arresta al solo dato tecnico ma si allarga a comprendere e approfondire un tema – quello del diritto naturale – che si arricchisce di spunti teorici tratti dalla teologia e dalla filosofia loro contemporanea, soprattutto di matrice francese e parigina in particolare. Alla fine del sec. XII questo slancio scientifico si arresta con l'affermazione dei 'nostri doctores' (Giovanni Bassiano, Azzone e Accursio) ormai persuasi che la giurisprudenza sia disciplina autosufficiente, che poco o nulla deve alle arti liberali, giudicate con disprezzo assieme ai loro docenti.

Parole chiave: Irnerio, Università di Bologna, Diritto Naturale, Glossatori, Postacursiani

Egredi colleghi. Non debbo certo ricordare a Voi l'importanza della riscoperta dei testi componenti il *Corpus Iuris* di Giustiniano e lo studio di cui furono oggetto a Bologna dalla fine del Mille in poi.

Se esistono alcune tracce (ma sporadiche ed occasionali) di una qualche conoscenza del *Codex* – la raccolta delle costituzioni imperiali –, delle *Institutiones* – il manuale destinato ai giovani che iniziavano lo studio del diritto – e infine delle *Novellae*

– le ultime costituzioni di Giustiniano – in ambienti diversi fin dal IX-X secolo, è comunque certo che tutte queste fonti apparvero allora in una veste finalmente completa.

Ma è soprattutto il ritrovamento del Digesto, dimenticato e sconosciuto per più di 500 anni, a costituire l'elemento più importante e decisivo per la storia della civiltà giuridica europea. In esso era racchiuso l'inestimabile tesoro della giurisprudenza romana salvato, come in una nuova arca di Noé, dal diluvio delle invasioni barbariche che nell'intero Occidente avevano travolto non solo le istituzioni politiche, giudiziarie e amministrative impiantate da Roma, ma le stesse tracce della sapienza antica.

Ancora oggi i modi e i tempi della riscoperta del Digesto – quasi una 'resurrezione' – sono ignoti: è tuttavia possibile che quanto restava di questo imponente volume emergesse per fasi successive dagli scaffali di una qualche biblioteca monastica del territorio emiliano o ravennate, già bizantino, comunque non distante da Bologna.

Proprio in questa città il testo finalmente completo del Digesto cadde nelle mani di Irnerio, che a Bologna doveva avere acquistato da qualche tempo una buona fama come maestro di arti liberali: dunque di grammatica, retorica e dialettica.

Della personalità di Irnerio e della sua stessa nazionalità (italiana o tedesca?) si è discusso a lungo, fin dai tempi di Friederich Carl Von Savigny e ancora in questi ultimi decenni, perché alcuni studiosi sono giunti a ritenerlo addirittura una figura mitica, priva di consistenza scientifica: quasi una creatura fantastica creata dallo Studio bolognese per dare lustro e notorietà alle scuole di diritto civile.

Non entrerò nel merito di queste polemiche di cui mi sono già occupato altrove. Dal mio punto di vista esistono documenti attendibili che confermano il valore della tradizione: essere stato, insomma, Irnerio il primo maestro di diritto a Bologna, autore di glosse segnate 'Y.' o 'I.' quali appaiono in molti manoscritti; infine capostipite di una scuola che ebbe tra i maggiori discepoli Bulgaro, Martino, Iacopo ed Ugo, i celebri 'quattro dottori'.

Non è tutto, perché sono persuaso che Irnerio – di famiglia germanica – prima di occuparsi delle leggi romane, in Italia, s'era già segnalato come autore di un *Liber divinarum sententiarum* accuratamente edito, nel 1999, da Giuseppe Mazzanti.

Quest'opera giovanile, composta in ambiente normanno sotto l'influsso di Lanfranco da Pavia, abate del Bec (che già Roberto di Torigni, nella Cronaca, disse maestro di Irnerio) e di sant'Anselmo d'Aosta, raccoglie materiale patristico tratto principalmente da s. Agostino e ricucito insieme – secondo lo stile delle 'composizioni a mosaico' – mediante brevi annotazioni o interventi dello stesso Irnerio,

Se mi soffermo su questo punto è per evidenziare il fatto che fin da principio, a Bologna – ove prese avvio la moderna scienza giuridica e la nuova istituzione universitaria – l'insegnamento del diritto si lega alla teologia. Come dimostrato, a mio avviso, da alcune glosse irneriane che appunto riuscirebbero incomprensibili ove non si cogliesse l'afflato, l'ispirazione genuinamente religiosa del loro autore. Ciò che basta a confutare un pregiudizio ancor oggi diffuso, secondo il quale l'Università sarebbe nata in contrapposizione alla Chiesa, fino ad allora unica detentrica e custode della conoscenza.

Pregiudizi duri a morire, al pari di quelli che si ostinano a rigettare le testimonianze trasmesse da Odofredo († 1265), il maestro di diritto bolognese cui dobbiamo il

maggior numero di informazioni riguardo all'insegnamento di Irnerio esperto – a suo dire – oltre che di teologia, di dialettica o logica. Com'è dimostrato, nuovamente, da alcune glosse che in qualche caso – proprio per l'acutezza e il tecnicismo logico di cui danno prova – risultarono indecifrabili non soltanto ai giuristi che vennero dopo di lui, ma addirittura ad 'artisti' come Buoncompagno da Signa.

Nonostante tutto, il seme gettato da Irnerio non andò perduto, perché da lui scaturì una riflessione destinata a dare frutti rigogliosi. Anzi, decisivi per la storia della civiltà europea: e basterebbe pensare allo sviluppo impresso alla dottrina del diritto naturale.

Che, di esso, si fossero occupati già i Greci e sulla loro scia, Cicerone, è cosa ben nota. Lo stesso avevano fatto i giureconsulti romani riferiti nel Digesto: ma ciò che a questi ultimi era mancato – lo slancio speculativo – ora è proposto con vigore dagli allievi di Irnerio e dai loro seguaci.

Ai loro occhi si dispiega la visione di un universo retto dalla Sapienza divina, il *Logos* eterno che tutto ha disposto non a caso, ma secondo ordine e proporzione, dunque secondo *aequitas/aequalitas*.

Armonia misteriosa che la ragione umana, pur nel suo limite, intuisce ed ammira con stupore.

Come tale assonanza e mutua implicazione delle cose scaturisca – afferma Piacentino, sulla scorta di Giovanni Scoto Eriugena – “de occultis naturae sinibus”, dal seno insondabile di Dio, Somma Natura, è certo un mistero di cui la ragione coglie gli esiti, ma la parola umana non riesce a descrivere e riferire. Al pari del suono di una cetra che fonde toni acuti e gravi oppure di un concerto sublime che può essere solo ascoltato con intima commozione, ma non riprodotto a parole. Lo dicono bene i maestri di Chartres, forse memori del significato di ‘*nomos*’ – insieme ‘canto’ e ‘norma’ – trasmesso da Platone.

E ugualmente misteriosa è, in noi, la presenza di un senso innato che vuole il bene e rifugge dal male: riflesso della spirazione divina che ci ha dato vita all'atto della creazione. Per la sua luce vediamo, infine, quella luce che rende possibile il cammino dell'uomo nel mondo.

Sarebbe certo interessante soffermarsi più a lungo su questi spunti teorici contenuti negli scritti dei primi maestri bolognesi: ma qui dev'essere sottolineato almeno il raffinato – per certi aspetti, ardito – svolgersi della speculazione avviata dai glossatori, volti a fondere insieme dati desunti dalle fonti romanistiche, per un verso, e dai testi patristici o filosofici per l'altro. Non si evidenzierà mai abbastanza l'ampiezza di sguardo che caratterizza questi grandi giuristi, ignari delle moderne specializzazioni scientifiche, degli sbarramenti artificiosamente costruiti tra una disciplina e l'altra negli odierni ordinamenti universitari. A loro preme, piuttosto, abbracciare la complessità dell'esperienza umana, sospesa tra cielo e terra, tra infinito e finito, tra eternità e tempo.

Eppure, già sul finire del secolo XII i cieli della metafisica e della poesia si oscurano sopra Bologna. La svolta è operata da Giovanni Bassiano per il quale l'unica, vera filosofia è la ‘*iurisprudencia*’. Dietro di lui si muoveranno l'allievo Azzone che, rimproverando il discepolo Bernardo Dorna per i suoi slanci letterari, intende colpire, in realtà, l'indomabile Piacentino; infine il grande Accursio che a

D. 1.1.10.2 glossa, alla frase “*Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia*”: “*Sed numquid secundum hoc oportet, quod quicumque vult iuris prudens vel iurisconsultus esse, debet theologiam legere? Respondeo, non*”. Se la giurisprudenza racchiude in sé la conoscenza delle cose divine ed umane, non v’è bisogno di cercare altrove, al di fuori del *Corpus Iuris*.

È la fine di un’epoca, anche se il metodo di esegesi delle fonti romanistiche e canonistiche (Decreto o Decretali) resta, a Bologna, sempre lo stesso di Irnerio: la glossa. Ma sotto il profilo dei contenuti, i discepoli diretti e indiretti di Giovanni Bassiano celebrano ormai il trionfo di una scienza giuridica sostanzialmente secolarizzata, comunque ispirata a un rigido, autarchico tecnicismo. Ai legisti – afferma risoluto l’influente Azzone – “*non licet allegare nisi Iustiniani leges*”. Dietro queste parole, scrisse Georges de Lagarde, “*si scorge un anticipo del moderno divorzio del diritto dalla scienza morale*”.

Non che tra i rappresentanti di questa linea scientifica manchino del tutto riflessioni sul diritto naturale: ma in sostanza la loro indagine manca di slancio speculativo e non si spinge molto oltre i nudi dati testuali offerti dalla giurisprudenza romana, già di per sé estranea e insensibile a stimoli di tipo filosofico.

Il frutto, l’esito più importante della disciplina elaborata dai “*nostri doctores*” – la linea vincente a Bologna, della quale fu antesignano Giovanni Bassiano – è costituita, com’è noto, dalla redazione della glossa ordinaria di Accursio all’intero *Corpus Iuris*, destinata ad un successo davvero straordinario in Italia come nel resto d’Europa.

Estranea al movimento dei “*nostri doctores*” resta l’altra scuola concorrente a Bologna, quella che, rifacendosi ad Ugolino Presbiteri e a Iacopo Baldovini, ha il suo massimo esponente in Odofredo. Proprio a quest’ultimo maestro spetta il merito di avere dato alla scienza del diritto un indirizzo imprevedibile, operando una svolta decisiva.

Se, infatti, egli condivide con i suoi avversari un sostanziale disinteresse per la riflessione teologica e filosofica, si distacca da loro per l’adozione di un nuovo metodo di analisi dei testi giustinianeî. Con la Lettura al Codice – l’ultima sua fatica, composta verso il 1263 – egli esibisce, a illustrazione delle singole leggi nel loro ordine, una dopo l’altra, un discorso lineare, esauriente, con un proprio sviluppo autonomo e coerente che non obbedisce più – come era avvenuto fino ad allora con la glossa – alla suggestione di questa o quella parola, ma ad un piano espositivo preordinato e razionalmente condotto in maniera consequenziale.

In breve, oggetto dell’analisi diviene l’intera legge colta nella sua *ratio* complessiva. Intesa come una proposizione o un insieme di proposizioni, ogni legge rivela la *proprietas* – il valore semantico – dei termini che in essa compaiono. Semplificando un poco la natura della svolta metodologica operata da Odofredo, si potrebbe dire che il movimento del pensiero va dall’intero alle singole parti – le parole – che lo costituiscono e non più dalle parole al tutto, in un faticoso cammino di ricomposizione sintetica comunque affidata dall’autore della glossa all’intelligenza e alla responsabilità del lettore.

Quando, tra il 1262 e il 1265 – si noti bene, l’anno stesso della nascita di Dante – muoiono i due caposcuola (prima Accursio e poi Odofredo, raccolti insieme nelle

arche marmoree poste dietro l'abside della chiesa di S. Francesco), lo Studio di Bologna si trova alle prese con due eredità scientificamente ben distinte. Da un lato si pone – come vetta maestosa ed insuperabile – l'apparato ordinario di Accursio. Dall'altro, si apre la strada appena tracciata da Odofredo. Procedere oltre l'impresa accursiana è ormai impossibile. Al più – e lo faranno in molti – si potranno proporre *additiones* ad essa, quasi glosse alla glossa chiarendo, di questa, punti oscuri o segnalandone le incongruenze (*glossae contrariae*).

Per quanto riguarda il lascito odofrediano, a Bologna per qualche tempo non vi sono continuatori, tanta è la forza della tradizione imposta dai “nostri doctores”. La sua lezione, grazie agli allievi francesi, prenderà la via che conduce oltre i confini italiani. Per poi tornare finalmente vittoriosa là dove era nata, a Bologna, con la Lettura al Codice di Cino da Pistoia, visibilmente debitore – non certo per caso – dei francesi Jacques de Revigni e Pierre de Belleperche.

Si inaugura così una nuova e fiorente stagione della scienza giuridica italiana ed europea, quella del commento che avrà il suo massimo esponente in Bartolo da Sassoferrato († 1357) e destinata a protrarsi fino al secolo XVI.

Ma contemporanei a Cino – in un arco di tempo che va dagli ultimi decenni del Duecento ai primi del Trecento – operano a Bologna giuristi, comunemente etichettati come ‘postaccursiani’, che si presentano con una precisa identità intellettuale. Innanzitutto nel metodo scientifico, che fa largo spazio alle tecniche della *divisio legis*, delle *oppositiones*, delle *quaestiones*, dei *notabilia* rinnovando ed ampliando la lezione di Odofredo.

Occuparmi estesamente di loro non è certo possibile in questa sede. L'ho già fatto in un libro che sarà presto dato alle stampe. Basti dire che su questi interpreti è gravata a lungo l'accusa di Savigny, che rimproverò a loro sia un piatto interesse alla pratica forense, sia una eccessiva – in fin dei conti, astratta – propensione per astruse sottigliezze dialettiche.

Rilievi e critiche, a ben vedere, contraddittorie, perché l'astrazione è inconciliabile con un preteso e banale praticismo. In realtà, giuristi come Iacopo Belvisi, Iacopo Buttrigari e Ranieri Arsendi (per non citare che i più noti ed emblematici tra i postaccursiani) tentarono di rinnovare l'esegesi giuridica cogliendo gli stimoli che a loro provenivano dai colleghi bolognesi docenti nelle facoltà di logica e grammatica, già sensibili alle innovazioni che, nei loro campi, provenivano dalla Francia e soprattutto da Parigi. Il precedente modello, costituito dall'insegnamento di Giovanni Bassiano, a fine del 1100, è ora largamente superato grazie agli indirizzi della logica moderna o terminista e – in misura ancora da valutare con precisione – dalla grammatica speculativa o modista.

Laddove converrà segnalare una circostanza non irrilevante: come Irnerio e i suoi continuatori diretti o indiretti unirono lo studio del diritto a quello della teologia e della filosofia, al chiudersi del Duecento la comunicazione dei saperi avviene tra diritto, dialettica e nuova grammatica. Operazione che, di fatto, supera l'ostilità – a parole – opponente i giuristi agli *artista*e (disprezzati come ‘*magistri*’, mai ‘*doctores*’) ed include entrambe le scuole in un complesso circolo comunicativo sebbene non privo di dissensi, di rimproveri ed accuse reciproche (come dimostrerà la plurisecolare ‘disputa delle arti’).

L'apertura dei *legum doctores* (ma non dei canonisti) alle tecniche diffuse, a Bologna, dai logici moderni produsse conseguenze di cui lo storico deve prendere nota. Perché, per un verso, l'attenzione dei postaccursiani si sposta verso l'esigenza di usare, nel loro lavoro, un metodo rigoroso e logicamente fondato. Anticipando, così, tendenze ed indirizzi culturali che alimenteranno i dibattiti dell'età moderna.

Per altro verso – e di nuovo significativamente per quanto ci riguarda ancor oggi – muta l'orizzonte e la valutazione del sapere: perché la verità non è più misurata sulla sua consistenza ontologica, ma logicamente, nella pura e semplice costruzione del linguaggio significativo. Segno e conseguenza di tempi nuovi, nei quali si parla sempre meno di ordine, di somiglianza, di analogia, di omogeneità tra conoscere ed essere.

Al declino dell'orizzonte metafisico – colpito dal trionfante nominalismo – si opporrà, sul finire del Trecento, in un ultimo sforzo volto al recupero dell'eredità tomista, il grande Baldo degli Ubaldi († 1400). Ma saranno gli ultimi bagliori di un medioevo ormai al tramonto.

SC CLAUDIANUM AND LEVITAS ANIMI
– A GENDER ISSUE?

János ERDŐDY
associate professor (PPKE)

Abstract

During the reign of Emperor Claudius, a *senatusconsultum* from 52 AD contained provision concerning free women sustaining a relationship with the slave of another. In accordance with these provisions should she fail to abandon the relationship after the denouncement of the slave's master, will become the slave of the master denouncing her deed. The *senatusconsultum* also contains rules regarding the *status* of the children born from such a relationship. Some scholars tend to label this decree of the Roman Senate a "gender issue" despite the obvious anachronism of the statement. This paper aims at unfolding the sustainability of such a label. In the scope of this endeavour the common and generally known phrases, *levitas animi* and *infirmitas sexus* are also examined. Connected to *tutela feminarum*, the locutions *levitas animi* and *infirmitas sexus* turn out to contribute to a common, but mistaken opinion how women were regarded in ancient Roman society. Placed properly amongst primary sources, it turns out that they reflect an attitude stemming from Greek philosophy, and therefore not common throughout the entire history of Rome. As for the approach of male and female roles in Roman society, *mores maiorum* plays an undoubtedly important part in determining the actual content of social customs. There's also a strong endeavour to protect women in certain situations, and this is where *tutela mulierum* is supposedly originates from. Secondary literature does not rank SC Claudianum among "gender issues". In addition, the term "gender issue" as such covers a modern concept, and therefore anachronistic in Roman law research, as a consequence its use is at least doubtful.

Keywords: SC Claudianum, Emperor Claudius, slaves, slavery, enslavement, enslavement as a punishment, *tutela mulierum*, *levitas animi*, *infirmitas sexus*

1. Introduction

The senatorial decree dating from the age of Emperor Claudius was a case of enslavement as a punishment. The rules of the *senatus consultum* penalized any Roman woman with slavery upon cohabiting with the slave of another unless she chose to quit the relationship following a (presumably) threefold formal denouncement by the slave's master.¹

¹ Secondary literature on this topic would well fill libraries. Without the intent to give a comprehensive list, the following works are of importance; William Warwick BUCKLAND: *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*. Cambridge, Cambridge University Press, 1908. 401. sq.; Gaston MAY: L'activité juridique de l'empereur Claude. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, XXXVI (1936), 213–254.; Türkan RADO: Le senatus consultum Claudianum. *Ann. Fac. Droit d'Istanbul*, III (1954), 44–55.; H. R. HOETNIK: Autour du « Sénatus-Consulte Claudien ». In: (ed.): *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Lévy-Bruhl*. Paris, Sirey, 1959. 153–162.; P. R. C. WEAVER: Gaius i. 84 and the S.C. Claudianum. *The Classical Review*, XIV (1964), 137–139.; John CROOK: Gaius, Institutes, I. 84–86. *The Classical Review*, XVII (1967), 7–8.; Edoardo VOLTERRA: Senatus consulta. In: Antonio AZARA (ed.): *Novissimo Digesto Italiano*. XVI. 1969. 1047–1078.; Olivia ROBINSON: Slaves and the Criminal Law. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, XCVIII (1981), 213–254.; Jean GAUDEMONT: Esclavage et Dépendance dans l'Antiquité. Bilan et Perspectives. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, CXIX (1982), 119–156.; R. J. A. TALBERT: *The Senate of Imperial Rome*. Princeton, 1984. 431–459.; Bernardo ALBANESE: Apunti sul Senatoconsulto Claudiano. In: Matteo MARRONE (ed.): *Scritti giuridici vol. I*. Palermo – Torino, Palumbo Giappichelli, 1991. 29–39.; Jacques-Henri MICHEL: Du neuf sur Gaius? *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, XXXVIII (1991), 176–217.; Judith EVANS-GRUBBS: “Marriage More Shameful than Adultery”. Slave - Mistress Relationships, “Mixed Marriages”. *Phoenix*, XLVII (1993), mainly 128., and 136–137.; Elisabeth HERRMANN-OTTO: *Ex ancilla natus. Untersuchungen zu den “hausgeborenen” Sklaven und Sklavinnen im Westen des Römischen Kaiserreiches*. Stuttgart, Steiner, 1994. specifically 29., and other instances.; A. J. Boudewijn SIRKS: Ad senatus consultum Claudianum. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, CXI (1994), 436–437.; Michael MUNZINGER: *Vincula deterrimae condicionis. Die rechtliche Stellung der spätantiken Kolonen im Spannungsfeld zwischen Sklaverei und Freiheit*. München, 1998. 49–87.; Alfredina STORCHI MARINO: Restaurazione dei mores e controllo della mobilità socialea Roma nel I secolo d.C. Il senatusconsultum Claudianum “de poena feminarum quae servis coniugerentur”. In: Francesca REDUZZI MEROLA – Alfredina STORCHI MARINO (ed.): *Femmes–Esclaves. Modèles d'interprétation anthropologique, économique, juridique. Atti del XXI colloquio internazionale GIREA. Lacco Ameni, Schia 27–29 ottobre 1994*. Napoli, 1999. 391–426.; Hans WIELING: *Die Begründung des Sklavenstatus nach ius gentium und ius civile*. Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei. Forschungen zur antiken Sklaverei, Beiheft 1. Stuttgart, Steiner, 1999. 20 ssq.; Carla MASI DORIA: In margine a PS. 2.21a.11. In: Maria ZABŁOCKA (ed.): *Au-delà des frontières. Mélanges W. Wołodkiewicz I*. Varsovie, 2000. 507–519.; A. J. Boudewijn SIRKS: Der Zweck der Senatus Consultum Claudianum von 52 n. Ch. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, CXXII (2005), 138–149.; Pierangelo BUONGIORNO: *Senatus consulta Claudianis temporibus facta*. Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Università del Salento, N.S. 22. Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2010. 310–325.; Elisabeth HERRMANN-OTTO: *Sklaverei und Freilassung in der griechisch-römischen Welt*. Darmstadt, Wiss. Buchges., 2017. 2. Aufl. 226. sk. With regard to the postclassical history of SC Claudianum, see also: Kyle HARPER: The SC Claudianum in the Codex Theodosianus: Social History and Legal Texts. *The Classical Quarterly*, LX (2010), 610–638. <https://doi.org/10.1017/S0009838810000108>; Marco MELLUSO: *La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*. Besançon, Institut des Sciences et Techniques de

Concerning its content, primary *auctor*-sources come first to be examined, among them Tacitus and Suetonius holding the lead. In addition to the *auctores*, several legal sources pay special attention to the regulations of *SC Claudianum*: classical jurists, Gaius, Ulpian, as well as Paul analyse the decree in longer or shorter excerpts.² From among the postclassical reports, there should be mentioned certain texts in the Theodosian Code, in Justinian's Institutes³ and in the Code of Justinian.⁴

2. An overview of the sources

As for the *auctor*-sources, Tacitus reports on the content of the *senatus consultum*, whereas Suetonius describes the social background of the legislation.

According to Tacitus, the Emperor “proposed to the Senate a penalty on women who united themselves in marriage to slaves, and it was decided that those who had thus demeaned themselves, without the knowledge of the slave's master, should be reduced to slavery; if with his consent, should be ranked as freedwomen” (*pro libertis*).⁵

Suetonius, who links the senatorial decree to Emperor Vespasian, emphasises that “[l]icentiousness and extravagance had flourished without restraint; hence he induced the senate to vote that any woman who formed a connection with the slave of another person should herself be treated as a bond-woman [...]” (*ancilla*).⁶

The text by Tacitus is clearly an account given from a non-legal aspect, it rather aims to describe a punishment imposed specifically on women (*poena feminarum*), which means that the rules of the SC are not applicable exclusively to free women in

l'Antiquité, 2000. 47–59. <https://doi.org/10.3406/ista.2000.2209>; Judith EVANS-GRUBBS: Not the Marrying Kind. Exclusion, Gender, and Social Status in Late Roman Marriage Law. In: Sylvie JOYE – Christina LA ROCCA – Stéphane GIOANNI (ed.): *La construction sociale du sueji exclu (Ive – IXe siècle). Discours, lieux et individus*. Turnhout, Brepols Publisher, 2019. 257. <https://doi.org/10.1484/M.HAMA-EB.5.114410>; As for the approach of the Church Fathers cf. Amparo PEDREGAL: Nonnullae se libere et servis suis conferunt..., servili amore bacchata(e). Uniones entre mujeres libres y esclavos, y el orden del reino de los cielos. In: Marcelo CAMPAGNO – Julián GÁLLEGO – Carlos García MAC GAW (ed.): *Rapports de subordination personnelle et pouvoir politique dans la Méditerranée antique et au-delà. Buenos Aires, du 31 août au 2 septembre 2011. Actes du XXXIVe Colloque International du GIREA. III Coloquio Internacional del PEFSCA*. Besançon, 2013. 337–353.

² Cf. Gai. 1, 84; 1, 91 and 160; Ulp. 11, 11; Paul. 2, 21a, 1–18.

³ See mainly C. Th. 4, 12, 1–7; C. 6, 59, 9 and C. 7, 16, 3, as well as C. 7, 24, 1; Inst. 3, 12, 1. Additionally cf. HERRMANN-OTTO op. cit. (1994) 31–32.; MELLUSO op. cit. 49–59.; HARPER op. cit. 617–637.; PEDREGAL op. cit. 343–344.

⁴ WIELING op. cit. 22.

⁵ Tac. Ann. 12, 53: *Inter quae refert ad patres de poena feminarum quae servis coniungerentur; statuiturque ut ignaro domino ad id prolapsae in servitute, sin consensisset, pro libertis haberentur*. The English translation is quoted from the following work: Alfred John CHURCH – William JACKSON BRODRIBB – Sara BRYANT (ed.): *Complete Works of Tacitus*. New York, Random House, 1942.

⁶ Suet. Vesp. 11: “*Libido atque luxuria coercente nullo invaluerant; auctor senatui fuit decernendi, ut quae se alieno servo iunxisset, ancilla haberetur [...]*.” The English text is cited from this edition: J. C. ROLFE: *The Lives of the Twelve Caesars by C. Suetonius Tranquillus*. Loeb Classical Library, 1914.

Tacitus' book. In the case the master consented to that, Tacitus claims the woman to be *pro libertis*, which means that she was taken as *libertina*. We know via the legal sources that in the case of the master's consent, the woman remains free.⁷ Freedom could be obtained by birth or by manumission⁸ according to how Gaius classifies free people.

The fact that Suetonius attributes SC Claudianum to Emperor Vespasian is highly probable to be a mistake or a misconception.⁹ In secondary literature, there is a vivid polemic on the actual date of the SC: based on the primary sources, some point 52 AD, whereas others 54 AD as to when the SC was passed.¹⁰ It is highly probable that the actual date cannot be established by absolute certainty. Certain is that this *senatus consultum* is dated to the mid-first century AD; its name in primary sources links it directly with Emperor Claudius.

Suetonius, as the only author to deal with the aims and background of this decree, mentions *libido* and *luxuria* as direct decisive factors on which SC Claudianum was based. Drawing the conclusion that *senatus consultum* generally aimed at haltering moral decline in society and preventing certain sexual offences and abuses, does not seem far-fetched. On the contrary, secondary authors hasten to override this opinion by pointing out that the main effort behind the regulation was to defend the interest of the slave's master.¹¹ The approach by Weaver and Evans-Grubbs is remarkable. They initially posit a recognition: despite the obvious existence of the phenomena regulated by the SC, no republican rules are reported on this topic. A possible reason for this could be that the background of *SC Claudianum* was different. At this point the two authors claim that the essential motive for the SC was preservation of the imperial family, *familia Caesaris* and the protection of the interests of the *fiscus*.¹² Though the argument is logical, it should not be neglected that literature is unanimous about the premise that cases described by *SC Claudianum* fall under the chapter of enslavement as a punishment.¹³ Consequently, if a free woman pursuing

⁷ Cf. Gai. 1, 84; Inst. 3, 12, 1.

⁸ See Gai. 1, 10: *Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini*.

⁹ Contrary to this cf. SIRKS op. cit. p. 142., who argues that this report is entirely consistent with other sources. He basically regards this coverage as the description of a reinforcement of the former measures by Emperor Claudius, one generation earlier. Correspondingly, see also STORCHI MARINO op. cit. 411–412.

¹⁰ The date 52 AD is accepted by Theodor MOMMSEN: *Römisches Strafrecht*. Darmstadt, Wiss. Buchges., 1899. 854.; BUCKLAND op. cit. 401. and 412.; HOETNIK op. cit. 153.; WEAVER op. cit. 138.; CROOK op. cit. 7.; HERRMANN-OTTO op. cit. (1994) 29.; HERRMANN-OTTO op. cit. 226.; while 54 AD is asserted by amongst others MAX KASER: *Das römische Privatrecht*. Bd. 1. Handbuch der Altertumswissenschaft. München, C. H. Beck, 1971. 2. Aufl. 289.; WIELING op. cit. 20. Albanese and Robinson do not mention this issue at all; cf. ALBANESE op. cit. 29–39.; ROBINSON op. cit. 242. and 245.

¹¹ Cf. in detail WIELING op. cit. 20.; HERRMANN-OTTO op. cit. (2017) 226.

¹² For a detailed analysis see also Paul R. C. WEAVER: *Familia Caesaris. A Social Study of the Emperor's Freedmen and Slaves*. Cambridge University Press, 1972. 162–166.; EVANS-GRUBBS op. cit. (1993) 128.

¹³ On this see also Tac. Ann. 12, 53: „*Inter quae refert ad patres de poena feminarum quae servis coniungerentur [...]*”; correspondingly cf. e. g. PEDREGAL op. cit. 343.

relationship with a *servus Caesaris* becomes the slave of her partner's master, it could not unconditionally be regarded as a simple punishment with a view to chances of promotion for *servi Caesares*.

From among the legal sources the first to cite is the Institutes of Gaius, which tackles the topic in several fragments. In the first texts, Gaius outlines a situation in which a Roman woman has sexual intercourse with a slave of another. According to Gaius' report, she will remain free herself while her baby will be born as a slave as a result of an agreement (*pactione*) concluded between her and the slave's master.¹⁴

SC Claudianum is also mentioned as an example of *capitis deminutio*, more specifically *capitis deminutio maxima*, stating that someone may lose citizenship and freedom at the same time. Amongst many examples, the excerpt enumerates this SC regarding women.¹⁵

In a model case Gaius describes a situation where a Roman woman becomes a slave under the SC Claudianum while being pregnant. This could occur when the woman had intercourse with the slave of another, and she was then denounced by the slave's master. The potential legal consequences vary depending on the fact that they are applicable to the woman or to her baby. According to the SC, the woman becomes a slave; whereas the child's *status* depends on whether the parents were lawfully married or not. If the child was conceived in lawful marriage, he / she will be born a Roman citizen. If, however, the baby was conceived in a promiscuous intercourse, the child will be born as the slave of the person to whom his mother belongs.¹⁶

Justinian's Institutes cites the famous rule of the senatorial decree as an unfair or unjust legislation, mentioning that this was the main reason to abolish this decree, omitting it even from the Digest (*a nostra civitate deleri et non inseri nostris digestis concessimus*). In Justinian's text SC Claudianum appears as an unworthy way of universal acquisition (*miserabilis per universitatem adquisitio*), when a free woman who is (as the wording puts it) frenzied by love for a slave of another, will lose her own liberty along with her property.¹⁷ The Institutes reports only about the

¹⁴ Cf. Gai. 1, 84. Gaius himself cites the legislation by Emperor Hadrian who considered the rules of the *senatus consultum* unjust and contrary to the spirit of the law, therefore reinstated the rule of *ius gentium*, according to which if the woman herself remained free, her child was also born free. This text is analysed on several occasions by secondary authors; cf. e. g. Joseph PLESCIA: The Development of the Doctrine of *Boni Mores* in Roman Law. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, XXXIV (1987), 297. and 302.; MICHEL op. cit. 190., as well as 214.; GAUDEMONT op. cit. 138.

¹⁵ Cf. Gai. 1, 160. Vele egyezően ld. Ulp. 11, 11: *Maxima capitis deminutio est, per quam et civitas et libertas amittitur, veluti cum incensus aliquis venierit, aut quod mulier alieno servo se iunxerit denuntiante domino et ancilla facta fuerit ex senatus consulto Claudiano*. Lately on this text see mainly Martin AVENARIUS: *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung*. Göttingen, Wallstein, 2005. 306., who points out that the Vatican manuscript contains the term "*diminutio*" instead of "*deminutio*".

¹⁶ Gai. 1, 91.

¹⁷ Cf. Inst. 3, 12, 1. On this text see also MELLUSO op. cit. 148.; Charles PAZDERNIK: Libertas and "Mixed Marriages" in Late Antiquity. Law, Labor and Politics in Justinianic Reform Legislation. In: Dennis

Emperor's determination to do away with this unjust regulation, the actual decree on the abrogation of the *senatus consultum* is preserved in *Codex Iustinianus*.¹⁸

The most informative texts are those by Paul in his *Sententiarum libri V*. The jurist examines several case variations in connection with *SC Claudianum*; the institution of *denuntiatio* is thoroughly elaborated, and Paul analyses numerous situations depending on the actual status of both the slave and the free woman.¹⁹

Paul. 2, 21a, 1

Si mulier ingenua civisque Romana vel Latina alieno se servo coniunxerit, si quidem invito et denuntiante domino in eodem contubernio perseveraverit, efficitur ancilla.

With regard to the *sedes materiae*, Paul's first fragment deserves full attention: if a freeborn woman of Roman or Latin origin pursued a relationship with a slave of another master, and this relationship remains sustained against the will of the master and despite his denunciation, then the woman becomes a slave.²⁰ As a postclassical change, Paul mentions the necessity of threefold denunciation, and also the fact that the loss of freedom does not occur *eo ipso*.²¹

3. *SC Claudianum* as a “gender issue”?

I had a contribution on the rules in *SC Claudianum* during the 2019 SIHDA in Edinburgh.²² At the end of my contribution, one of the colleagues remarked: “This was after all a gender issue”. It was not a specifically elaborated or underpinned statement, and his overall remarks concerned other segments of my contribution; this single statement was sort of an *obiter dictum*. In my response, I only lingered with

P. KEHOE – Thomas MCGINN (ed.): *Ancient Law, Ancient Society*. University of Michigan Press, 2017. 176.

¹⁸ Cf. C. 7, 24, 1. The text itself comes into two parts: the first one contains rules regarding free women and the abrogation of *SC Claudianum*; whereas the second part deals with slaves and *adscripti*. On this see also SIRKS op. cit. (1994) 436–437; MELLUSO op. cit. 50–51.; PAZDERNIK op. cit. 179. Interestingly, both the Institutes and the Codex contribute substantially to the term *naturalis libertas*. Despite its importance, even Justinian failed to fully abolish slavery. Correspondingly cf. MELLUSO op. cit. 50., and specifically footnote no. 131.

¹⁹ Specifically, the *denuntiatio* carried out by a *filius familias* or a *tutor* (Paul. 2, 21a, 2–5); a relationship pursued by a *libertina* (Paul. 2, 21a, 6–14); or even the issues related to a slave in co-property (Paul. 2, 21a, 15–18) could all equally be mentioned. In secondary literature see also ROBINSON op. cit. 242., with this regard.

²⁰ Cf. also ROBINSON op. cit. 245.

²¹ Cf. Paul. 2, 21a, 17: „*Tribus denuntiationibus conventa etsi ex senatus consulto facta videatur ancilla [...]*”), even though Kaser doubts its originality. See also KASER op. cit. 299., specifically footnote no. 39.

²² Cf. ERDŐDY János: *SC Claudianum – Modern Questions, Ancient Answers?* LXXIII^e Session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité, Edinburgh, September 3–7, 2019.

this statement briefly when remarking that without any profound analysis, it is safe to say that the Roman approach towards “gender issues”, have they had any, it would be different from today’s popular attitude. Though our opinions on this were obviously different, no further comments followed. But this rough-and-ready statement I had a splinter-like feeling at the back of my mind. I was looking to find any clues or references in connection with this statement, which rather seems a somewhat all but plausible comment with its rough simplification and crudely obvious anachronism.

When *SC Claudianum* is approached in an analytical and source-centred evaluation, it is plain to see that its rules are centred on the enslavement of a free woman pursuing a relationship with another master’s slave. A baby born in such a relationship will undoubtedly become a slave, while the mother only in the case the relationship was pursued against the master’s will.²³ Primary authors cover this issue in connection with many different topics, which may lead us to draw conclusions about the Roman thought on this *senatus consultum*. Thematically, it appears in primary texts as a particular case of enslavement, an example of *capitis deminutio*, as an organising principle to determine the *status* of a child to be born, and as a peculiar way of universal acquisition of the woman’s assets. To this list the report by Suetonius could also be added, which report put the fight against *libido* and *luxuria* in the centre as the reason for this legislation. This is what we get to know about *SC Claudianum* from the primary sources. In secondary literature, however, it is almost a canonical assertion that any relationship of free people and slaves was prohibited on the proviso that it occurred between a free woman and a slave. A relationship between a free male and a female slave did not fall under any punishment, though such a relationship did not even entail positive consequences, either.²⁴ In other words, a relationship between a free woman and a slave was punishable, whereas the same occurring between a free male and a female slave was not. This is undoubtedly an important recognition; however, two fundamental phenomena should be added to make this statement clearer. Primarily, the Roman thought (and therefore every Roman legal institution) was centred around *connubium* and marriage (*nuptiae*, *matrimonium*) within the framework of *ius civile*.²⁵ Secondly, when saying that a relationship between a free male and a female slave did not entail any punishment, the proper wording would be: there was no punishment linked with such a relationship, the result of which would have been similar to that regulated in *SC Claudianum* (loss of freedom and assets). Of course, the baby born in such a relationship became a

²³ Cf. KASER op. cit. 289. See also Gai. 1, 91.

²⁴ Cf. EVANS-GRUBBS op. cit. (1993) 126.

²⁵ On this in the primary sources see also Ulp. 5, 3: *Conubium est uxoris iure ducendae facultas*. Mod. D. 23, 2, 1 (1 reg.): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. The term *matrimonium* appears in connection with *ius naturale*; cf. Ulp. D. 1, 1, 3 (1 inst.): *„Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus [...]”*. See also Adolf BERGER: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia, American Philosophical Society, 1953. s. v. „conubium”.

slave, but this consequence was no novelty, as it was in accordance with the rules of *lex Minicia* from the 1st century BC.²⁶

Despite all these additional remarks, the above-mentioned recognition is important, yet it cannot be excluded that this is merely an implication of a tendency in the (originally male-centred) Roman society.²⁷

3.1. The order of *ius civile*: power and “institutions”

Ius civile is essentially based on power, more specifically, physical power. Several expressions reflect manual apprehension even in the scope of legal power (cf. e.g. *manus*, *mancipatio*, *manumissio*, etc.). In a male-centred society, if one man violated the *dominica potestas* of another man over his female slave, *ius civile* had proven to be ensured sufficient legal means to demand compensation. This was due to the fact that the two male citizens were deemed equal, both in social and legal aspects. Hence, the slave’s master could claim compensation or damages, naturally when all legal prerequisites of such a claim were met. Amongst these prerequisites, the most fundamental one is the claimant’s obligation to show that loss, injury or harm in the female slave’s value resulted from the relationship pursued with the free male.

Cases regulated by *SC Claudianum* are mostly similar: a relationship of any sort, pursued by a free woman with the slave of another master violates the master’s *dominica potestas*, his power over the slave. Consequently, violation of power persists, only the characters involved are different. The equality of the two men in the previous example is no longer upheld since the one who commits the violation is a free female. The legally critical issue stems from the fact that women, regardless of their age, were subject to power: paternal or marital power, or tutelage in the absence of their father, or in case of a marriage, without *conventio in manu*. The Latin term for tutelage used by Gaius is *tutela*, which as a legal term means tutelage. However, the actual meaning of *tutela* is far wider: whatever the father does with regard to his daughter, or whatever the husband carries out regarding his wife, is likewise called *tutela*. This leads us to the true meaning of what Gaius asserts in his institutes concerning *tutela mulierum: veteres voluerunt feminas [...] in tutela esse*.²⁸

²⁶ On *lex Minicia* see for instance Giovanni ROTONDI: *Leges publicae populi Romani*. Milano, Soc. Editrice Libraria, 1912. 338.; BERGER op. cit. s. v. „Lex Minicia”; Richard BÖHM: Zur lex Minicia (Gaius, Inst. I, 77–78). *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung*, LXXXIV (1967), 363–371.; David CHERRY: The Minician Law. Marriage and the Roman Citizenship. *Phoenix*, XLIV (1990), 244–266.

²⁷ Good examples of this are thoroughly analysed in Hungarian secondary literature; cf. PÉTER Orsolya: »Feminae improbissimae«. A nők közszereplésének és nyilvánosság előtti fellépésének megítélése a klasszikus római jog és irodalom forrásaiban [The Opinion on the Public Appearance of Women in the Sources of Classical Roman Law and Literature]. *Miskolci Jogi Szemle*, III (2008), 77–94., with abundant literature.

²⁸ Cf. Gai. I, 144. On this see also Pierluigi ZANNINI: *Studi sulla tutela mulierum. Vol. I. Profili funzionali*. Memorie dell’Istituto Giuridico. Torino, Giappichelli, 1976. 35. skk.; Olga E. TELLEGEN-COUPERUS: Tutela mulierum, une institution rationnelle. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, LXXXIV (2006), 425.; PÉTER op. cit. 78–81.

The tutelage of women was therefore prescribed *ex lege*. It could be interesting to compare the *ex lege* obligation of *tutela mulierum* with the extra protection of *minores* granted by *lex Laetoria*.²⁹ In both cases the protection is established *ex lege*: in case of women the appointment of a *tutor*, as for *minores* the availability of *actio poenalis*, as well as the appointment of a *curator*. In both cases, it is true that women and *minores* were capable of administering their own businesses, yet experiences drawn from everyday cases resulted in the decision that it seemed highly useful to provide them an *ex lege* protection, so that any loss of their assets could more effectively be avoided. Additionally, in case of women the participation or contribution of the *tutor* was not necessary in all business affairs, only in instances where the business value exceeded a regular standard. What this regular standard actually meant, always depended on a social consensus, thus it was not exclusively and necessarily a legal question: legally binding custom and normative rules were highly affected by a *communis opinio* of a particular community.

In connection with tutelage over women, Gaius mentions its reason, claiming that it is inevitable due to *propter animi levitatem*, which term in the English translations appears as ‘on account of the levity of their disposition.’³⁰ As the text continues, Gaius makes it clear that this rule was not by all means applicable to all women, as the Vestal Virgins were exempt³¹ from tutelage: “*Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberatas esse voluerunt [...]*” (Gai. 1, 145).³² If the Romans had wanted to link womanhood to the necessity of

²⁹ Secondary literature on *lex Laetoria* is ample. To compare it with works related to female tutelage, suffice it to refer to the works as follows: Settimio DI SALVO: *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C.* Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Camerino. Napoli, Jovene Editore, 1979. ; Andreas WACKE: Zum Rechtsschutz Minderjähriger Gegen Geschäftliche Übervorteilungen. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 48 (1980); Hans-Georg KNOTHE: *Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung.* Frankfurt – Bern, Peter Lang Verlag, 1983. ; Francesco MUSUMECI: L’interpretazione dell’editto sui minori di 25 anni secondo Orfilio e Labeone. In: Silvio ROMANO (ed.): *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo.* II. Napoli, Jovene Editore, 1997. 39–58.; Francesco MUSUMECI: *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e ius controversum in età imperiale.* Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Catania. Torino, Giappichelli, 2013. ; Elisabeth Christine ROBRA: *Die Drittwirkung der Minderjährigenrestitution im klassischen römischen Recht.* Berlin, Duncker & Humblot, 2014.

³⁰ Gai. 1, 144.

³¹ Besides the cited Gaius-text, the following source is also important: Gell. 1, 12, 9: „*Virgo autem Vestalis simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit et ius testamenti faciendi adipiscitur*”; Plut. Numa 10, 5: „τιμὰς δὲ μεγάλας ἀπέδωκεν αὐταῖς, ὧν ἔστι καὶ τὸ διαθέσθαι ζῶντος ἐξεῖναι πατρὸς καὶ τὰλλα πράττειν ἄνευ προστάτου διαγούσας, ὡσπερ αἱ τριπαιδες”. In connection with this text cf. Osvaldo SACCHI: Il privilegio dell’esonazione dalla tutela per le vestali. *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, L (2003), 321–325. See also ZANNINI op. cit. 173. Zannini himself examines the essential difference between *tutela impuerum* and *mulierum*; cf. ZANNINI op. cit. 11–15.

³² On the Gaian text in general, see also SACCHI op. cit. 326–327.; on the originality of the text cf. mainly ZANNINI op. cit. 16. sq., with literature.

appointing a *tutor* in such a way to potentially result in discriminating women, upon this exception then one might get to the (false) assumption that *honor sacerdotis* (as well as *ius liberorum* as of Gellius and Plutarch) “override” womanhood. Nevertheless, a Vestal Virgin, an *ingenua* with three, or a *libertina* with four children were women, after all. We are thus right to deduce that the wording of the law is a mere reflection on the social-economic reality; there is a living experience in the community a rule and its exception run parallel with. The cited text by Plutarch also shows that all these privileges were donated by the king (traditionally by Numa Pompilius). The noun ‘*honor*’ in the term *honor sacerdotis* does not aim at picking Vestal Virgins (i.e. certain women) from the circle of women via administrative measures. In our understanding, this term underpins their divine protection as the priestesses of Vesta, hence their different social status and position as compared to other women.³³ The same applies to women exempt from tutelage *iure liberorum*. Plutarch is unsure about the origins of guarding the perpetual fire with virgins: it is probable that chastity and pureness („καθαρὰν καὶ ἄφθαρτον”) are the reasons for this rule, but the uncorrupted nature („τὴν [...] οὐσίαν ἀκηράτοις καὶ ἀμιάντοις”) is also a possible explanation for this legislation.³⁴

There are some cases in the sources when a position or a job was unavailable to women, and the masculine character of that particular position, upon tradition, underpinned this restriction.³⁵

The term *levitas animi* might raise the suspicion that the reason for whole lifespan of women was due to their loose nature. If this were the case, then the remark concerning *SC Claudianum* as a “gender issue” would come through. In order to convey the meaning of *levitas animi* properly, the origins, the different meanings and the occurrences of this expression are to be analysed.

3.2. *Levitas animi* and *infirmitas sexus* – woman nature?

The most obvious text concerning the tutelage of women is a short excerpt in the Institutes of Gaius. In this text, the classical jurist informs us about the rule in the Law of the XII Tables and provides a reason for introducing this institution.

³³ See also ZANNINI op. cit. 174.

³⁴ Cf. Plut. Numa 9, 5

³⁵ A good example of this is a text by Paul on *SC Velleaenum* (Paul. D. 16, 1, 1 [30 ad ed.]), in which the jurist points out that *civilia officia* were *moribus* unavailable for women. Paul emphasises that it is *aequum* to aid women this way (*succurri*). To support his argument, Paul does not refer to the rhetoric commonplaces of *levitas animi* or *infirmitas sexus*, nor does he deny female capacity to hold an office; his explanation is grounded on *mos* instead. A corresponding opinion can be found in Ulpian, with the minor difference that he deems these rules applicable to *impuberes* as well (cf. Ulp. D. 50, 17, 2 [1 ad Sab.]). In detail see also Suzanne DIXON: *Infirmitas Sexus. Womanly Weakness in Roman Law. Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LII (1984), 360.; Birgit FELDNER: *Zum Ausschluss der Frau vom römischen Officium. Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, XLVII (2000), 382–383.; PÉTER op. cit. 77–81.

Gai. 1, 144

Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.

The jurist bases the introduction of this legal disposition on an ancient decision (*veteres voluerunt*); he deducts from this the rule that women, even if being of age (*etiamsi perfectae aetatis sint*) were subject to tutelage (*in tutela esse*). He adds as an explanation, that this is due because of their *animi levitas*.

Tutela mulierum is not strictly separated from *tutela impuberum* in the sources, yet, while *tutela impuberum* lasts no longer after the *minor* reached puberty, *tutela mulierum* is *perpetua*.³⁶ *Tutela impuberum* is explained by *naturalis ratio*.³⁷ *Levitas animi* and *infirmitas sexus* appear exclusively in connection with tutelage over women.³⁸

3.2.1. *Levitas animi*

In the expression to be analysed, the component *levitas* means *mobilitas* or *inconstantia*.³⁹ Relying on these synonyms, “frivolity”, “volatility”, “rashness” or “thoughtlessness” would be the words to reflect the sense of *levitas*.⁴⁰

A semantic analysis leads us to conclude that neither *Totius Latinitatis Lexicon*, nor Finály’s Latin dictionary link the concept expressed by the term *levitas* with women. According to *Thesaurus Linguae Latinae*, this locution signifies *defectus firmitatis*, ἀσθένεια, and *imbecillitas*.⁴¹ This approach and the primary sources correspond to the ablative form of the noun *levitas* appears in connection with age in one of

³⁶ Cf. ZANNINI op. cit. 12–13.

³⁷ Cf. Gai. 1, 189: „[...] *id naturali rationi conveniens est [...]*”. Correspondingly ZANNINI op. cit. 31.; FELDNER op. cit. 386.

³⁸ Concerning *levitas animi* as a ground for tutelage, see FELDNER op. cit. 386., with restrictions. Quoting Gaius (Gai. 1, 190), she emphasises that *levitas animi* merely serves as a grandiloquent rhetorical reason (*speciosa ratio*) with less basis.

³⁹ On this see also Egidio FORCELLINI – Jacopo FACCIOLOTTI: *Totius Latinitatis Lexicon*. Patavii, 1711. s. v. “levitas” II, 1. Concerning the core meaning of *levitas* cf. additionally Alfred ERNOUT – Antoine MEILLET: *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*. Klincksieck, 1951 s. v. “lēvis”

⁴⁰ Cf. Henrik FINÁLY: *A latin nyelv szótára*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 2002. s. vv. “levitas”, “mobilitas”, “inconstantia”. The latter ones mean inconsistency, volatileness in Finály’s interpretation. Correspondingly see Peter G. W. GLARE (ed): *Oxford Latin Dictionary*. Oxford, Clarendon Press, 1968. s. h. vv., especially “levitas³⁹”. Also cf. Hermann Gottlieb HEUMANN – Emil SECKEL: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. Jena, Verlag Gustav von Fischer, 1907. s. v. “levitas”. It should also be noted that the definition “Leichtsinn” corresponds with the approach of other dictionaries, it is still extremely simplifying.

⁴¹ Cf. ThLL s. v. “infirmitas”, where *infirmitas sexus* is specified under I, A 1, b, whereas *infirmitas mulierum* is presented under I, A 2, b.

Paul's opinions.⁴² Nevertheless, we need to point out that Oxford Latin Dictionary explicitly cites the above quoted text by Gaius (Gai. 1, 144), which appears in the textual reconstruction of the Law of the Twelve Tables. In addition to this, it should also be remarked that there is another Gaian text (Gai. 1, 190) which also contains this expression, but in this latter excerpt, the jurist's approach is critical. We are going to get back to this finding later.

As a partial conclusion and, with reference to the concept of *levitas* in primary sources, womanhood does not come up either as a key example (cf. Totius Latinitatis Lexicon, Finály, Heumann – Seckel), or as an exclusive example (cf. Oxford Latin Dictionary). Moreover, the examples in the dictionaries clearly indicate that the fragments of the Digest reflect the everyday usage of this term.

3.2.2. *Infirmitas sexus*

Besides *levitas animi*, another expression worth mentioning as a typical description is the phrase *infirmitas sexus*.⁴³ It should immediately be pointed out that the word *infirmitas*, as well as its most common counterpart, *imbecillitas* both refer first and foremost to a physical weakness.⁴⁴

The use of the term *infirmitas sexus* could be traced back to two reports by Cicero in his speech *Pro Murena*, and by Livy respectively. In these texts, both authors agree that tutelage over women was first introduced by those who came before (*maiores*), and that the introduction was necessary; *propter infirmitatem consilii*.⁴⁵

Cic. Mur. 12, 27

„*Nam, cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnis propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt [...]*”

⁴² See also Paul. D. 4, 4, 24, 2 (1 sent.): *Scaevola noster aiebat, si quis iuvenili levitate ductus omiserit vel repudiaverit hereditatem vel bonorum possessionem, si quidem omnia in integro sint, omnimodo audiendus est: si vero iam distracta hereditate et negotiis finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est: multoque parcius ex hac causa heredem minoris restituendum esse.* Cf. MUSUMECI op. cit. (2013) 48–49., and specifically with regard to the term *iuvenili levitate ductus* 123., with further sources. Likewise see HEUMANN–SECKEL op. cit. s. v. “levitas”, where this text appears as the sole reference from the Digest.

⁴³ From the secondary literature of *levitas animi* and *infirmitas sexus* the following works should be cited: Siro SOLAZZI: *Infirmitas aetatis e infirmitas sexus.* *Archivio Giuridico*, CIV (1930), 3–31.; Fritz SCHULZ: *Classical Roman law.* Oxford, Clarendon Press, 1951. 180–185.; ZANNINI op. cit. especially 44–47. and 60–65.; Joëlle BEAUCAMP: *Le vocabulaire de la faiblesse féminine dans les textes juridiques romains du III^e au VI^e siècle.* *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, LIV (1976), 485–508.; DIXON op. cit. 343–371.; PÉTER op. cit. specifically 79., and footnote no. 8.

⁴⁴ It could be a good contribution to this topic when we refer to the Gaian text on *vis maior*, which describes *vis maior* as event or phenomenon which human inferiority is unable to resist (cf. Gai. D. 44, 7, 1, 4 [2 aur.]: „[...] *cui humana infirmitas resistere non potest [...]*”).

⁴⁵ Cf. correspondingly DIXON op. cit. 343.

Liv. 34, 2, 11

„*Maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt, in manu esse parentium, fratrum, virorum [...]*”

In the first quoted text, Cicero points out that the ancestors excellently settled many issues by the laws (*cum permulta praeclare legibus essent constituta*), yet most of them have been depraved and corrupted (*corrupta ac depravata sunt*) by the genius of the lawyers (*iuris consultorum ingeniis*). As an example, he cites the rule of the ancestors (*maiores*) which determined that women should be under the protection of *tutores* (*in tutorum potestate*) on account of the inferiority of their understanding (*infirmitas consilii*).⁴⁶

The text by Livy asserts that the ancestors (*maiores*) permitted no woman to conduct even personal business (*privatam rem*) without a guardian to intervene on her behalf (*sine tutore auctore*); they wished them to be under the control of husbands (*in manu*)⁴⁷, fathers, brothers.⁴⁸

At first sight the texts seem to imply that lifelong tutelage over women would have been linked with their incapacity of some sort.⁴⁹ Classical jurist, Gaius and Ulpian also mention this late republican and early imperial commonplace of tutelage over women: in these texts⁵⁰ references are made to a practice to be traced back to the time of the ancestors. These mentions lack any evaluation.⁵¹

The term *infirmitas sexus* became more and more emphatic by the gradual change of both the meaning and the content of *tutela mulierum*.⁵² Classical texts show clearly that the expressions *infirmitas* and *imbecillitas* were rhetorical commonplaces of the 1st century BC, which τόποι are used to refer to female inferiority or incapacity, without any detailed explanation.⁵³ These τόποι however designated physical weakness in the texts.⁵⁴

The original significance of physical weakness got gradually extended by further, more abstract meanings. These alterations are easily proven and reconstructed in some instances, such as the expression *infirmitas oculis* by Pliny: the weakness

⁴⁶ With special attention to such meaning of *consilium* as “thoughtfulness”, “cunning”, “understanding”, “sense” cf. FINÁLY op. cit. s. h. v.; *Oxford Latin Dictionary* s. h. v.; and correspondingly in general HEUMANN–SECKEL op. cit. s. h. v.

⁴⁷ Cf. FINÁLY op. cit. s. v. „manus”.

⁴⁸ On these two texts see also ZANNINI op. cit. (1976) 19.

⁴⁹ Cf. DIXON op. cit. 343. She deems the Cicero text to be its first appearance.

⁵⁰ See also Gai. 1, 144; Ulp. 11, 1.

⁵¹ Correspondingly cf. ZANNINI op. cit. 44.; DIXON op. cit. 360.

⁵² Cf. ZANNINI op. cit. 9.; DIXON op. cit. 356.

⁵³ On this cf. in the primary sources e. g. in Valerius Maximus on the *lex Oppia*, where *imbecillitas mentis* appears (Val. Max. 9, 1, 3); in Quintilian in connection with *matrimonium* the term *imbecillior sexus* (Quint. Decl. min. 368); or even in Tacitus the already known expression of *imbecillitas sexus* (Tac. Ann. 3, 33).

⁵⁴ Cf. SCHULZ op. cit. 182.; ZANNINI op. cit. 65–66.; DIXON op. cit. 356–357.

of the eyes obviously refer to the worsening eyesight.⁵⁵ Other examples, however, are less apparent, such as *infirmitas animi* or *mentis*. The appearances of the terms *infirmitas*, *imbecillitas* and *fragilitas*, which lack any attribute are even harder to comprehend.⁵⁶

3.2.3. *Infirmitas sexus* in the Digest

In 1930, the excellent Naples scholar, Siro Solazzi published a lengthy paper on the occurrence and the possible meanings of the terms *infirmitas sexus* and *infirmitas aetatis*.⁵⁷ In his work, Solazzi meticulously quotes the sources containing these expressions, first and foremost from a standpoint of *Interpolationenjagd*. Relying mainly on the findings of Beseler, Solazzi presumed the existence of interpolations, and came to the conclusion that that neither *infirmitas sexus* nor *infirmitas aetatis* are of classical origin.⁵⁸ He examined the texts in the Digest and imperial decrees on this topic in *Codex Iustinianus*, and the result of his comparison let him conclude that these two terms are outcomes of postclassical insertions.⁵⁹ He also believed that the texts by Gaius and Ulpian are also yields of postclassical alterations.⁶⁰

In one volume of the 1976 issue of *Revue historique de droit français et étranger*⁶¹ Joëlle Beaucamp dedicated another extensive paper to the meanings of *infirmitas*, *imbecillitas*, *fragilitas*, with special focus on the texts in *Novellae*.⁶² Contrary to the opinion of Solazzi, she concluded that the expression *infirmitas sexus* was not unfamiliar to the jurists of the 3rd century AD, however the sense of these expressions became gradually broadened by an intensifying negative connotation attributed to them. This phrasing was to support the fact that women were excluded from certain spheres of everyday life.⁶³ Besides the occurrence of *infirmitas sexus*, Beaucamp also

⁵⁵ Cf. Plin. Ep. 7, 21: „*Pareo, collega carissime, et infirmitati oculorum ut iubes consulo.*” On this see also DIXON op. cit. 357.

⁵⁶ Cf. DIXON op. cit. idem.

⁵⁷ Cf. SOLAZZI op. cit. 3–31. (= Siro SOLAZZI: *Infirmitas aetatis e infirmitas sexus*. In: N. N. (ed.): *Scritti di diritto romano III*. Napoli, Jovene, 1960. 358–377.)

⁵⁸ Correspondingly see DIXON op. cit. 358. With a sensitive but hyper-critical analysis of Solazzi’s work cf. ZANNINI op. cit. *passim*, and especially 39., or 47.

⁵⁹ See also SOLAZZI op. cit. 18., as well as 26., 28.

⁶⁰ SOLAZZI op. cit. 29–31.

⁶¹ BEAUCAMP op. cit. 485–508.

⁶² Cf. BEAUCAMP op. cit. 486.

⁶³ Cf. BEAUCAMP op. cit. 499. and 503–504.; DIXON op. cit. 358. It is worth referring to three passages of the Digest in Beaucamp’s analysis. In an opinion by Neratius (Ner. D. 27, 10, 9 [1 membr.]) a case is presented when the heir of a *curator*, obliged to administer a property, is unable to tend to the affairs *propter sexus vel propter aetatis infirmitatem*. Similarly, the difference in *dignitas* between the original *curator* and his heir could also be an obstacle. The locution used in the text is in tandem with the commonplaces used in the texts by Gaius and Ulpian. On this, see in detail BEAUCAMP op. cit. 493–494. In another case, the jurist Paul examines the actual applicability of the principle in connection with legal and factual errors (Paul. D. 22, 6, 9 pr. [de i. et f. ign.]). Legal error is sometimes acceptable in case of *minores* and women; in the latter case the phrase *propter sexus*

discovered the appearance of locutions such as *infirmitas feminarum*, *imbecillitas sexus*, as well as *fragilitas*. Regarding female *intercessio* and *SC Velleaenum*, she analysed a text by Ulpian (Ulp. D. 16, 1, 2, 3 [29 ad ed.]). In this excerpt the word *infirmitas* appears as the counterpart of *calliditas*: the jurist asserts that women should be protected on account of *infirmitas* and not because of *calliditas*. These two notions are not opposite to each other, it is more likely that Ulpian used them together to bring, the reader to a better understanding of the concept of *infirmitas*.⁶⁴ The term *imbecillitas sexus* appears in one text in the Digest (Ulp. D. 16, 1, 2, 2 [29 ad ed.]), and in one in *Codex Iustinianus* (C. 5, 4, 23 pr.). The phrase *fragilitas* could exclusively be found in postclassical compilations (C. Th. 4, 14, 1, 2 = C. 7, 39, 3, 1a; C. 4, 29, 22 pr.; C. 5, 3, 20; C. 5, 13, 1, 15b; C. 8, 17, 12, 2.).⁶⁵

4. Conclusions in connection with *levitas animi*

From the dictionary corpora, it is apparent that primary sources do not link *levitas (animi)* to womanhood (Totius Latinitatis Lexicon, Finály, Heumann – Seckel), or references to women do not serve as exclusive examples for restrictions (Oxford Latin Dictionary). Consequently, these findings underpin the premise that there was no “gender issue” in the background of regulations related to women. The next question reasonable to ask is if there was any “gender issue” at all.

The general Roman law stance on women cannot be separated from the institution of lifelong tutelage over women. Originally, this institution must have been established in order to keep family property together, and it was only later that its protective character gained emphasis. With regard to *tutela impuberum*, primary sources of the late Republic unanimously put this protective character in the centre.⁶⁶ As a result of all these, it is reasonable why the definition by Paul in the Digest (which stems originally from Servius Sulpicius) focuses on this protective character (cf. Paul. D. 26, 1, 1 [38 ad ed.]).⁶⁷

infirmitem serves as an explanation. On this cf. BEAUCAMP op. cit. 496. A passage by Marcianus on the applicability of *SC Turpillianum* (Marci. D. 48, 16, 1, 10 [1 ad SC Turpill.]) show different cases when charges could and could not be brought against a person. Again, bringing charges against women is unavailable *propter sexus infirmitatem*. Other cases of inadmissible charges are *propter status turpitudinem* and *[propter] temporis finem*. Cf. BEAUCAMP op. cit. 494–495. On these texts see also ZANNINI op. cit. 46., and footnote no. 4.

⁶⁴ Cf. BEAUCAMP op. cit. 491.

⁶⁵ Cf. BEAUCAMP op. cit. 486.

⁶⁶ See also Gellius Noct. Att. 5, 13, 2, 5: “[...] *defendi pupillos quam clientem non fallere [...]*”. Similarly, in Cicero’s *De officiis* the author compares the tasks and duties of a *tutor* to a *res publica* (cf. Cic. off. 1, 25, 85).

⁶⁷ Cf. Paul. D. 26, 1, 1 (38 ad ed.): *[pr] Tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa. [1] Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur. [2] Mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem praebere non potest. [3] Surdum non posse dari tutorem plerique et Pomponius libro sexagesimo nono ad edictum probant, quia non tantum loqui,*

As János Zlinszky pointed out on several occasions, it was common in ancient Roman law to use two or three parallel notions to designate the very same entity. Good examples of this are notions used to refer to property (*familia pecuniaque*), theft (*furtum – peculatus*), money (*aes – as – pecunia*), and marriage (*connubium – matrimonium*). In some cases, these duplicated notions resulted in parallel institutions the double origins of which had long been forgotten; a typical example of this is the institutions of *tutela* and *cura*.⁶⁸ The original aim was to ensure a substitute for paternal care and to secure the integrity of family property – an effort reflected in the hereditary rules of the Law of the Twelve Tables.⁶⁹ Another token of this endeavour is the regulation applicable before the reign of Emperor Claudius on *tutores feminarum*, according to which *tutores* should have belonged to the *agnatio*.⁷⁰ This fact and the linguistic background of *cura* and *tutela*⁷¹ may lead us to conclude that supplementary institutions of paternal care were originally not separated upon whether they referred to underage persons or women. The basic institution could be *tutela impuberum*; the difference between the tutelage over underage persons and women is traced in the fact that an underage person was entitled to ancient *actio de rationibus distrahendis* against a fraudulent *tutor*; this aid was unavailable to women.⁷² According to Gaius, the reason for this difference is that tutelage was a mere formality for women.

Quoting the rule in the Law of the Twelve Tables, it is safe to say that the origins of tutelage could also be connected to the ancient hereditary circumstances. After the death of the *paterfamilias*, family heirloom was divided in the first place amongst *sui heredes*.⁷³ This consisted of the children of the deceased (regardless of their sex!), and his widowed wife *in manu*. Still, tutelage was applicable for the period of impuberty or permanently, as for women.⁷⁴

This latter institution, tutelage over women fell gradually into oblivion by the postclassical era: neither *Codex Theodosianus*, nor the books of Justinian's codification contain the term *tutela mulierum*.⁷⁵ Regarding the origins of power over women, we

sed et audire tutor debet. On this see also ZANNINI op. cit. 50–51.; DIXON op. cit. 350., as well as 356., with a critical approach.

⁶⁸ ZLINSZKY János: *Állam és jog az ősi Rómában* [State and Law in Ancient Rome]. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1997. 100–110., and mainly 106., with abundant literature.

⁶⁹ Cf. *lex XII tab.* 5,3 and 5,4; Gai. 2, 224; Pomp. D. 50, 16, 120 (5 ad Quint. Muc.); cf. also ZLINSZKY op. cit. 195.

⁷⁰ On this see also Ulp. D. 26, 4, 1 pr. (14 ad Sab.); Gai. 1, 157 and 171; Ulp. 11, 8; DIXON op. cit. 345. and 348.

⁷¹ Cf. ERNOUT–MEILLET s. vv. “cura”, “tutela”; Alois WALDE – Johann Baptist HOFMANN: *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*. Heidelberg, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1910. s. vv. “cura”, “tueor”; ZLINSZKY op. cit. 106.

⁷² Cf. Gai. 1, 191–192.; DIXON op. cit. 349.

⁷³ See also *lex XII tab.* 5, 4.

⁷⁴ On this see also DIXON op. cit. 345.; ZLINSZKY op. cit. 195–197. On the content of *tutela* cf. DIXON op. cit. 345–346., with literature.

⁷⁵ TELLEGEN-COUPERUS op. cit. 424.

should turn to one of Cicero's orations. In his speech held in defence of Lucius Licinius Murena (*Pro Murena*) there is a passage to quote an Aristotelian idea.

Arist. Pol. 1260a

ὁ μὲν γὰρ δοῦλος ὄλως οὐκ ἔχει τὸ βουλευτικόν, τὸ δὲ θῆλυ ἔχει μὲν, ἀλλ' ἄκυρον, ὁ δὲ παῖς ἔχει μὲν, ἀλλ' ἀτελής.

The core notion of the Aristotelian passage is the word βουλευτικός, the Latin counterpart of which (*consilium*) is used by Cicero as well. Both locutions designate “intellect”, “reason”, “understanding”. Aristoteles differentiates between slaves, women, and children on the basis of the extent of βουλευτικός they possess; since slaves lack this, in case of women it is imperfect (ἄκυρος), and in case of children it is undeveloped (ἀτελής). The Greek term ἄκυρος equals the Latin *infirmus*. Consequently, when Roman authors or jurists make reference to *infirmitas* in connection with women that has clear Aristotelian origin. Thus, *levitas animi*, and *infirmitas sexus* are rhetorical phrases used even in everyday language. When we read Cicero, Gaius, Ulpian, it is evident that they all rely on these notions as part of their reasoning: all these preclassical and classical authors aspire to give a plausible explanation why the ancestors introduced the institution of tutelage over women.⁷⁶ Schulz points out that the original reason for the protection of women was not the female nature, but rather in the fact how society was arranged and organised.⁷⁷ Initially, the rules of Roman hereditary law reflect the endeavour to avoid the fragmentation of family property, and as the importance of *agnatio* had gradually changed, so did the meaning and the actual content of tutelage over women. Though traditions rooted in ancient law still subsisted, by the end of the Republican Age the rearrangement of ancient society had brought about the transformation of certain institutions, such as tutelage.⁷⁸ As already seen above, the Institutes of Gaius contains a passage, which derives tutelage over women from the commonplace of *levitas animi* (Gai. 1, 144), whereas there is another fragment in which the jurist argues for the inexistence of any good reason to underpin the institution of tutelage over women. There and then, any reference to *levitate animi* is regarded as totally useless (Gai. 1, 190).⁷⁹ In this latter text, Gaius underlines that women who are of age administer their affairs by themselves; *auctoritas tutoris* as enforced by the *praetor* in many cases was mere formality. It is also certain that restrictions on women to administer their own affairs was not an all-out constraint, but it was applicable in business transaction exceeding a certain

⁷⁶ Correspondingly cf. SCHULZ op. cit. 181.; DIXON op. cit. 352–353.

⁷⁷ Cf. SCHULZ op. cit. 182–183. Essentially agrees TELLEGEN-COUPERUS op. cit. 434–435.

⁷⁸ Cf. DIXON op. cit. 347–348.

⁷⁹ Cf. SCHULZ op. cit. 182., who also mentions certain doubts with regard to the originality of the passage. Similarly cf. DIXON op. cit. 352–353.

value regarded as regular or customary in everyday practice.⁸⁰ During the time of Emperor Augustus, a woman was exempt from the limitation constituted by *tutela perpetua* on them *iure trium liberorum*, or if the woman was a *libertina*, then *iure quator liberorum*.⁸¹ The argument by Schulz is well-grounded, according to which if the commonplace of *infirmitas sexus* had been genuine, then the favour granted to women with three or four children would have actually resulted in jeopardising their interests because *infirmitas* would have existed despite the statutory concessions.⁸² All these considerations leave us to conclude that the characteristics of tutelage over women originate from the ancient order of society. In the scope of this social order, the role of men and women were different, they had all different tasks on a social scale, all pointing towards maintaining the integrity of the community. However, these different roles never aimed to segregate the members of the community based on sex, it was rather a functional differentiation. Yet these different functions added up to the Roman community, the Roman society as such. As the composition of society changed depending on overall circumstances, these ancient social functions were gradually obscured by new expectations, and these were underpinned by an idea taken from Greek philosophy. This is the point when locutions like *levitas animi*, *infirmitas sexus*, *imbecillitas sexus* and *fragilitas* make their first appearances, all of them referring to the understanding or the nature of women. In addition to this, primary sources clearly show that even the meanings attributed to these “borrowed” designations also changed eventually.⁸³ True as it may be that public offices were unavailable to women by the end of the Republican Age, however they were free to administer their own affairs, even if it was not altogether exempt from restrictions.⁸⁴ The idea by Cicero in his *Pro Murena* speech⁸⁵ is even more interesting because Cicero’s wife, Terentia was likewise famous for her independence to the extent that she could have been the classic example of a self-reliant woman,⁸⁶ her strong and unyielding mindset left even Cicero in awe.⁸⁷ Similarly, the appearance of *infirmitas sexus* by Tacitus (Tac. Ann. 3, 33) is a report on a tense speech by Severus Caecina senator in front of his fellow senators. He suggested that provincial magistrates and

⁸⁰ Cf. Gai. 1, 190: “[...] mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri i praetore cogitur”. Correspondingly see also SCHULZ op. cit. 182.; DIXON op. cit. 346.

⁸¹ Cf. Gai. 1, 145: “[...] tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae”. See also Plut. Num. 10, 5; Gell. 1,12, 9; SACCHI op. cit. 321. and 326.

⁸² SCHULZ op. cit. 182.

⁸³ Dixon’s idea is noteworthy, when saying that this explains Solazzi’s remarks on interpolation. In detail cf. DIXON op. cit. 358.

⁸⁴ On female business administration cf. TELLEGEN-COUPERUS op. cit. 426–434.

⁸⁵ When considering the speech as a whole, it is common sense that the argumentation essentially aims to underline that the ancestors’ original intent was different, and due to the interpretation of jurists, it had gradually developed its new content known by the age of Cicero. In detail cf. DIXON op. cit. 343.

⁸⁶ On this see also Cic. Ad fam. 7, 21; TELLEGEN-COUPERUS op. cit. 431–434.

⁸⁷ Cf. Cic. Ad fam. 14, 7: “Cohortarer vos, quo animo fortiore essetis, nisi vos fortiores cognossem quam quemquam virum”. Correspondingly cf. SCHULZ op. cit. 184.

governors should not be allowed to get accompanied by their wives. He supported his argument by long lamenting on the manifold problems women caused.⁸⁸ This report by Tacitus, or Livy's account on the abrogation of *lex Oppia* both show that the change took place in how women themselves regarded the world around them. Nevertheless, this was far from a general tendency in society: not all women were intriguing and greedy of power as Tacitus puts it. There were still many to leave themselves to supportive contribution when doing business, who were ready to ask for help or advice. In other words, female attitude towards tutelage was personal; therefore, it varied greatly how and to what extent they relied on the contribution of their *tutor*.⁸⁹

5. Summary: SC *Claudianum* as a gender issue?

„Nach dem SC *Claudianum* [...] wird die Bürgerin versklavt, die mit einem Sklaven wider Willen seines Herrn trotz dessen (dreimaliger?) Warnung geschlechtlich verkehrt“.⁹⁰ Max Kaser's short overview in the columns of his monumental work "Das römische Privatrecht" is a good indication of how secondary literature tends to approach *SC Claudianum*. Secondary authors classify this senatorial decree as a case of enslavement. Not even those authors who do research in the field of womanhood in Roman law mention this SC amongst the rules imposing restrictions on women.⁹¹ It would nevertheless be possible that this SC (through its limitative character) was aiming to introduce discriminative measures on women.

On the grounds of our analysis of the phrases *levitas animi* and *infirmitas sexus*, as well as sketchy examination of tutelage over women, we believe that the most apparent experience is the constant change in the approach towards women in Roman society. This attitude goes hand in hand with the social and economic development in Rome. Legal measures merely follow the realignment of social roles and the change of economic conditions. The only solid point of reference was *mores maiorum*. Changes affecting rules and regulations applicable to women render it inconclusive to pose questions with regard to a "gender issue" in ancient Rome and Roman law. We tend to view ancient Rome as a still picture, unfortunately failing to notice the course of lengthy centuries of Roman history. However, the course of time itself leads to a vast trial and error vis-à-vis any reference to a potential "gender issue".

Roman society was famous for the different male and female roles played by men and women, and even expectations of these roles based on traditions and conventions varied from age to age. Instead of applying notions and concepts of our age to Roman history and society, it seems more adequate to interpret phenomena, events, and measures through their own contemporary concepts, otherwise we find ourselves

⁸⁸ Correspondingly cf. PÉTER op. cit. 84., with literature in the footnotes.

⁸⁹ Correspondingly cf. TELLEGEN-COUPERUS op. cit. 434.

⁹⁰ KASER op. cit. 292.

⁹¹ Suffice it to cite the contemporary works by Orsolya Péter and Birgit Feldnernek who both set out to present the restrictions on women: neither of them mentions *SC Claudianum*.

reprimand the Romans for something of which they were surely unaware. Primary sources never attribute a restrictive character to this SC: Suetonius, whose approach is generally critical towards this decree, asserts that *libido* and *luxuria* are the two main reasons for this regulation. Tacitus is very laconic on this topic labelling it as *poena feminarum*, while jurists merely see an example of *capitis deminutio*, or the issue of the social status attributed to the child to be born. Of course, our modern approach may lead to new findings, but the simplistic labelling of *SC Claudianum* as a “gender issue” is a vast anachronism to say the least. Its direct result is that any debate on this statement hardly ever lead to any conclusive scientific achievement.

THE INFLUENCE OF PETRUS IOHANNIS OLIVI (1248–98) UPON THE FORMULATION OF A RADICALLY VOLUNTARIST CONCEPTION OF NATURAL LAW

Dominic WHITEHOUSE OFM

Abstract

The Franciscan thinker, Petrus Iohannis Olivi (ca. 1248–98), was the first later-mediaeval thinker to propose a radically voluntarist theory of natural law. While his Franciscan predecessors, in particular Alexander of Halles (ca. 1185–1245), John of La Rochelle (end of 12th century–1245) and Saint Bonaventura (1221–1274) prioritised the higher will (*voluntas*) over the intellect in respect both to God himself as the providential giver of natural law, and of the human being as the recipient of God's gift of natural law as an aspect of his eternal law, all these Franciscan thinkers regarded the operation of the intellect and will, first in the Divine and then in human nature in co-operative terms. Olivi is the first thinker to propose the absolute and not simply relative priority of the will in both the Divine creation of the natural law and how it impinges upon, and operates within the human rational faculty. In this brief introduction of Olivi's theory, I focus on the first of these two perspectives.

Keywords: natural law, Franciscan/mediaeval Franciscan thought, higher will, Divine law/eternal law, Petrus (Iohannis) Olivi, Divine ideas

Mark Murphy, in his avowedly Thomist overview of the natural-law tradition in ethics in the *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, points out that Aquinas approaches this subject from two perspectives: (1) that of God's role as the providential giver of natural law (the transcendent perspective), and (2) that of the human being's role as the recipient of God's eternal law in the form of natural law (the immanent

perspective).¹ From this second angle, natural law constitutes, in Murphy's opinion, the preeminent part of Thomas's theory of practical rationality, especially as it pertains to ethical decision-making. But I think it can also be said that virtually every major thinker of the later-mediaeval period (ca. 1150-1347) considered natural law on the basis of this twofold division. In the enormous *Summa* that he wrote between approximately the mid-1270s and the mid-1290s, for instance, the Franciscan thinker from Languedoc, Petrus Iohannis Olivi, links the two perspectives together as the yoked questions, LXXXI and LXXXII, of Book II of his *Summa*: the first poses the question of whether the human conscience is either a single or a multiple power, or (2) an act, or (3) a *habitus* (an ingrained or acquired pattern of behaviour, thought or action), and the second of whether natural law denotes something co-created with the Divine intellect, or the Divine will, or both.² These questions are relatively short and perfunctory, and we need to read them from the broader perspective of two related issues that preoccupied Olivi during the two years or so following the Parisian Condemnation of 7 March 1277, where the Bishop of Paris, Etienne Tempier, and his theological advisors censured 219 Averroistic and/or Aristotelian propositions that they judged to be either contrary to the Christian faith or a threat to the morals of the students attending the university.³ These two issues were the nature of the eternal Ideas or exemplars by which God created the cosmos, which Olivi examines in Question 6 of Book One of his *Summa*,⁴ and the pre-eminence of the higher, or rational will in human acts of *liberum arbitrium* (rational, primarily ethical, decision-making), a subject that he treats extensively in questions 57 and 58 of the second book of his *Summa*.⁵

In this short introductory talk, I have only time to discuss the radically voluntarist character of Olivi's conception of natural law from the perspective of Divine providence or beneficence. Olivi's theory of its role in human acts of ethical decision, I will have to put to the side. At the close, I will make some comments upon the influence of Olivi's conception of natural law upon his English Franciscan philosophical successors, Duns Scotus and William of Ockham.

¹ Mark MURPHY: "The Natural Law Tradition in Ethics". In: Edward N. ZALTA (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Summer 2019 Edition) <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/natural-law-ethics>.

² Petrus Iohannis OLIVI: *Quaestiones in secundum librum sententiarum*. Bernard JANSEN, S. J. (ed.), vol. 3.: quaestiones 72–118. Quarrachi, Collegium S. Bonaventurae, 1926. 174–78. The question Olivi poses in Question LXXXI is whether "conscientia dicat potentiam unam vel plures aut actum act habitum," and in Question LXXXII whether "lex naturalis dicat aliquid concreatum intellectui vel voluntati vel utriusque."

³ The most useful study of the articles censured in the 1277 condemnation is David PICHÉ: *La condamnation parisienne de 1277. Texte latin, traduction, introduction et commentaire*. Paris, Vrin, 2003.

⁴ Sylvain PIRON has edited the complete question (Quaestio de divino velle et scire) in volume 6 (2020) of the internet journal, *Olivi*, <http://journals.openedition.org/oliviana/977>.

⁵ Petrus Iohannis OLIVI: *Quaestiones in secundum librum sententiarum*. Bernard JANSEN, S. J. (ed.), vol. 2. (1924). 305–517. Questions XXXI and LXXXII, as part of the block of questions LXXI–LXXXVI, serve very much to supplement the two earlier very lengthy questions.

At the opening of Question LXXXII of Book Two of his *Summa*, which he devotes specifically to the various kinds of law, Olivi makes clear his position regarding God's eternal law: "While law, by analogy, refers to many things, it principally refers nevertheless to the uncreated law which is God. And this is properly speaking the will of God itself, insofar as it prescribes deeds of virtue and prohibits acts of vice." However voluntarist this might sound Olivi makes little suggestion (outside the significant reservation: "properly speaking") that the divine intellect plays a part in "the uncreated (i.e. "eternal") law that is God" –, when placed in a thirteenth-century Franciscan intellectual context, the proposition is unexceptional. As Lydia Schumacher shows in her valuable study, *Early Franciscan Theology: Between Authority and Innovation*,⁶ the so-called "Divine Command" conception of natural law was already present in the first large-scale intellectual product of the Franciscan *studium generale* in Paris: the *Summa haliensis*.⁷ Schumacher argues that, owing to the emphasis Saint Francis of Assisi had placed on a literal interpretation of what it meant to imitate the life of Christ as reflected in the gospels, and which was embodied in the Franciscan Rule, the early masters at the Parisian *studium generale* were already inclined to formulate a conception of natural law whose cornerstone was the faithful observance of divine commands. They saw them as taking two principle forms. The first were commands God communicates to human beings through the Mosaic Law and then later, in perfected form, through the law of the Gospel. This is natural law as revealed in Scripture. The second is the law that God wrote into human nature at the time of its creation. This is natural law according to nature. Schumacher (in rebutting modern misconceptions) insists that we should not view this theory as authoritarian, since the early Franciscan masters also emphasised that human beings were free to obey or disobey God's commands, whether written into human nature primordially or communicated through revealed Scripture.⁸

Where Olivi breaks radically with his own Franciscan tradition is not in the pre-eminence that he gives to the Divine will over the Divine intellect in itself in God's infusion of his eternal law into human nature (natural law, properly speaking) and human history (natural law as communicated to humankind in Scripture). The early master, John of La Rochelle, who wrote the long tractate on law in the *Summa Haliensis*, and also an influential *Summa on Precepts and Counsels* (*Summa de praeceptis et consiliis*), defined natural law as "that by which anyone understands and is conscious in themselves as to what is good and what is bad."⁹ While this would seem to pertain primarily to reason, in Schumacher's words, "since consciousness implies a *habitus*

⁶ Lydia SCHUMACHER: *Early Franciscan Theology: Between Authority and Innovation*. Cambridge, CUP, 2019. See especially Chapter 11- Moral theology, 242–254. <https://doi.org/10.1017/9781108595087>

⁷ The Franciscan *studium generale* (International School of Studies, in this case, attached to the University of Paris) was established when the Master of Theology, Alexander of Hales, joined the Franciscan Order in the early 1240s, thereby transferring his seat at the university to the Franciscan *studium*.

⁸ See SCHUMACHER op. cit. 243.

⁹ *Summa haliensis*, vol. 3, P2, In2, Q2, C1, Solutio, 343: "Lex naturalis est qua quisque intelligit et sibi conscius est quid bonum et quid malum ... conscius importat habitum, dicunt quod est habitus

[an acquired or accrued way of behaving, acting, or thinking], which is generally called a “*habitus* of the will”, the application of the natural law is not simply an act of reason but also a *habitus* of the will. In elaborating this contention, he [John de la Rochelle] writes that an act of reason proceeds from and thus presupposes the substance of an innate operation.”¹⁰ Thus, John unquestionably gives priority to the (higher) will – *voluntas* – and not the intellect in human applications of natural law and, by extension, I would suggest, God’s infusion of His eternal law into the subjective economy of the human being at the moment of its creation.

Olivi, however, does not simply give a relative priority to the will in respect to the intellect in God’s communication of his eternal law to human beings. Such a theory would envisage a cooperative relation between the Divine will and the Divine intellect, where the Divine will has the primary role, but not an absolute one. In Olivi’s theory, though, the divine intellect plays only a passive role in God’s providential impartment of his eternal law into human nature: in Aristotelian ontological terms, it merely acts as the matter which the will informs, while in Aristotelian causal-logical ones, it is the indispensable necessary cause for the will’s sufficient act. While Olivi certainly hints at the absolute pre-eminence of the Divine Will in Question LXXXII, he explicitly argues for this in the long and complex Question 6 of Book One of his *Summa*, where he rejects not only Aquinas’s position regarding the eternal ideas the God holds in his intellect, but also Bonaventura’s more temperate co-operative form of voluntarism. In the argumentative progress of Question 6, Olivi provides a formulaic summary of his argument:

In effect, although the divine intellect (viewed according to our way of understanding it) precedes the Divine will as far as the quiddities or essences of objects taken independently of their actual state of being is concerned, nevertheless the Divine intellect comes after the Divine Will as far as the apprehension of the actual existence of things is concerned.¹¹

From Olivi’s quasi-phenomenological perspective, the individual existence that God through His will brings into being takes absolute precedence over the abstraction of the eternal ideas residing in the mind of God.

Only relatively late in the 20th century did scholars begin to recognise how indebted both Duns Scotus and William of Ockham were to Olivi’s thought. This was not plagiarism on their part (even from a permissive medieval perspective): in order to avoid censure from their own order or other ecclesiastical authorities, they did not name their source. The theory of the contingency of the will’s power of *liberum arbitrium* with its necessarily determined act, for example, was earlier believed to have been uniquely a product of Scotus’s philosophical genius; however,

voluntati [...] lex naturalis actus sit rationis et habitus voluntatis.” Cited in SCHUMACHER op. cit. 252 note 38.

¹⁰ SCHUMACHER op. cit. 252–253.

¹¹ *Summa* I, 6. (Quaestio de divino velle et scire), Sylvain PIRON (ed.), *Oliviana*, 6 (2020): “Licet enim intellectus divinus secundum modum intelligendi nostrum precedit actum divini velle quoad quidditates obiectorum absque actualitate essendi acceptas, sequitur tamen ipsum quantum ad apprehensionem actualis existentie rerum.”

Olivi had already expounded the theory in considerable detail (this has not as yet been adequately recognised) in Question 57 of the second book of his *Summa*. While Duns Scotus, as far as the eternal ideas are concerned, retreated somewhat from the radicality of Olivi's position, Ockham's views resemble strikingly those of his predecessor from Languedoc. While earlier scholars might have suspected that this is the case, we now have sufficient textual and circumstantial evidence to assert confidently that Olivi profoundly influenced the thought of his English Franciscan successors with regard to the relation between God's eternal law and its embodiment as natural law.

András KOLTAY (ed.): *Christianity and Human Rights – Perspectives from Hungary*
(Budapest: Ludovika University Press, 2021)

The Introduction to the Book

In Europe, Christianity played a crucial role in the development of the concept of freedom. However, the creation of the human rights construct has primarily been formulated as an achievement of the Enlightenment, viewing the ideals of Christianity as a spiritual current and social organising force that restricts the freedom of the individual. It may be worth considering the question of whether individual freedom and the interests of the community, the ideas of ‘liberal freedom’ and ‘Christian freedom’, are indeed opposites, as they are often portrayed in public debates. While recognising the importance of Christianity, Europe’s constitutional systems operate on the principle of religious neutrality. The religious neutrality of the state is an indisputable achievement of recent constitutional development, on the basis of which the state sphere and churches operate separately. The state does not favour any particular religion or world-view, but respects the various diverging beliefs within society, by ensuring the equal status of the churches and allowing individuals to practice their religion freely, thus securing the freedom of its citizens and the communities they create. This is a self-evident feature of modern democracies, which are built on guaranteeing fundamental human rights.

In general, the state cannot and may not be value-neutral: When it promotes culture, maintains public service media, prescribes the celebration of certain historical events or organises public education, it decides on its content, and always applies certain values. These decisions are not made on a ‘neutral’ basis, regardless of their religious content. If we completely banish religious-based considerations from the values taken into account by the state, we will ultimately reduce the pluralism and diversity of the values represented in public life, thus narrowing the choices of the individual. Prohibiting religious beliefs from the public sphere as a whole is not possible and would seriously damage the foundations of modern constitutionality. According to the philosopher János Kis:

‘The modern, secular philosophy of morality was created in no small part as a translation of the Judeo–Christian religious tradition into secular language, as a secular interpretation and critique of it. Thus, if a religious statement fails in the filter of the accessibility test [which

thinks non-believers can be accepted], it is not because of its religious nature *per se*, but because of some other characteristic that is not necessarily related to, but not alien to, religiosity.¹

Some authors hold that the foundations of human rights and the recognition of the equal dignity of all men are rooted not only in the ideas of the Enlightenment but also in Christianity and the teachings of Jesus Christ. Recently, a number of definitive works have also been published that find the foundation of human rights in Christian doctrines.² Larry Siedentop argues that the central idea of human rights, of the individual as a value, stemmed from Christianity, and it is no coincidence that reverence for it spread only in the Western world, which is traditionally Christian.³ In his posthumous book, the self-declared atheist Ronald Dworkin expressed the idea that religiosity is possible even without faith in God and that acceptance of the basic values of religious belief is independent of what we think of God.⁴ We might add that no matter what we think of these interpretations, we can conclude that there is no need for a constant clash between religious beliefs and secular arguments, and in fact, modern secular democracy and fundamental rights concepts often overlap with arguments based on Christianity.

In the 2004 debate on the Treaty establishing a Constitution for Europe (which was to remain unratified), the European Union decided not to include a reference to Christianity in the preamble to the document, and a similar reference in the Fundamental Law of Hungary of 2011 generated vociferous European debates. However, in 2015, in *SAS v France*, the European Court of Human Rights considered the norms of Europeans living together to be the criteria that may justify the restriction of fundamental rights, even if it may restrict the religious freedom of Muslims, while in 2019, Ursula von der Leyen, the then newly-appointed President of the European Commission, created the portfolio of Commissioner in charge of ‘protecting the European way of life’. These norms of ‘living together’ are in many respects determined by Christian culture, and the representation of the Christian order of values can hardly be left out of such an imagined catalogue of the elements of the ‘European way of life’. In any case, as a result of criticism, the name of the portfolio was immediately changed to ‘For Promoting the European Way of Life’. However, it is questionable whether Christianity is a prominent part of the officially acknowledged European way of life today, and if so, in what respect (religious, political or cultural).

The essays collected in this volume clearly show that the intertwining of culture, values, law and religion, especially Christianity, constitutes a special area of legal

¹ Kis János: ‘Az állam semlegessége. Újabb nekifutás’. *Fundamentum*, no. 3. (2011), 18.

² Michael J. PERRY: *Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

³ Larry SIEDENTOP: *Inventing the Individual: The Origins of Western Liberalism*. London, Allen Lane, 2014.

⁴ Ronald DWORKIN: *Religion Without God*. Cambridge [US-MA], Harvard University Press, 2013.

studies, and this is a research field which requires much fuller exploration. Although the authors each analysed this very complex correlation from their own points of view, it can be said that most of the papers focus on the legal questions raised by liberties, such as the right to human dignity and to the freedom of expression, religion and thought. The very first essay, by András Láncki, is a comparison of the ancient and modern concepts of freedom, and the modern tendency towards totalising politics. He argues that the ancient solution to the problem of how to reconcile the command of Law and freedom of man was based on the classical concept of Nature, and that freedom was derived from man's accommodation to the laws of nature, while the Christian theory rested on the free will of man and the fight against sin, whereas the modern idea is founded on the political rights of man, ensured by supranational conventions and treaties. The ancient and Christian understanding regarded the Law as absolute, while the modern concept removed first God, then natural laws from the concept of freedom, and subjected it to constant political debates.

Still applying the method of historical comparison but focusing more on Christianity, Ádám Rixer's essay examines the notion of Christian liberty. After cataloguing its traditional legal and theological aspects, he formulates a more dynamic, process-like concept, showing that this new legal notion of Christian liberty is established on a sociological basis that refers not only to legal norms or decisions but also to the practices of different authorities beyond those legal sources. The first part of Balázs Schanda's paper provides insight into the evolution of the doctrine of the Catholic Church on the freedom of religion, while the second section outlines the chances of a culture originating from Christianity in an age when this faith is diminishing in society. The Biblical vision of the human person has determined the Western world: Man and woman were created in the image of God, and their free will had a unique dignity. Although traditionally the rationale of the State was to serve the common good, the content of this doctrine has evolved over time: Nowadays we regard human rights and especially religious freedom as inherent parts of the common good. Zsolt P Balogh argues that the system of human rights is similar to a system of religious beliefs and that they belong together as the basis of human rights originates in the freedom given by God. Human dignity is embedded in all rights, and the Christian idea of freedom supports human rights, which are naturally inseparable from individuals. After investigating privacy and the rights relating to personality, and dealing with the problem of equality, he concludes that human rights must also cover some social rights, based on the Christian approach. Lóránt Csink analyses Christian liberty from the view-point of the Bible, and constitutional liberty from the perspective of classical liberal doctrines, not presenting either the liberal or the biblical standpoint of human nature in its entirety, but comparing the source, content and aims of liberty.

The next group concentrates on the problem of conscience. Gergely Deli explores the question of the grounds on which a Christian may sue in his own interest, and whether it would not be better to mildly renounce that right. He addresses this problem with the help of the instruments of the evening examination of conscience, and outlines an 'emotional', intent-oriented constitutionalism, founded on human salvation and focusing on vices, instead of mainstream, individualistic, consequence-

based and rational constitutionalism. Zoltán Balázs underlines that the doctrine of human rights is not a moral or philosophical but a political issue. After introducing the concept of political doctrine, he traces how this doctrine was formed within specific political contexts. He argues that this ‘right’ has long been firmly connected to specific (mostly ecclesiastical) institutional forms (universities, legal processes), and that during the robust democratisation of the Western world, individuals have become the institutional ‘forms’ of these rights. The massive political power of human rights defence movements and organisations confirms the political nature of their underlying ideological commitments.

Some more specific issues of human rights are elaborated by Tamás Nyirkos and Ferenc Hörcher. Nyirkos investigates the notion of human rights as an object of faith, religion and secular religion. While the extraordinary vagueness of all such claims and the terms contained therein make it impossible to draw any analogy with religion in general, several features of the theory of human rights show similarities to those of certain traditions which are usually called religious, and mostly Christian. Hörcher’s essay aims to introduce the proposal of Pierre Manent to reconstruct natural law, mainly in his book on *Natural Law and Human Rights*. Hörcher demonstrates how Manent starts out from the obvious contrast between the human rights discourse in a European and a non-European context, then historically reconstructs the early modern rise of the human rights discourse. Manent’s proposal introduces his view of politics, based on the dialectic of command and obedience (pleasure, use and honesty). Hörcher supports Manent’s proposal to revive the Aristotelian–Thomistic practical wisdom and the reasoning based on common good, confining the political use of human rights discourse to its proper territory.

Embarking on a slightly different trajectory, Attila K Molnár focuses on the emergence of the notion of disobedience not as a political or moral opportunity but as a moral duty. The post-war political and moral imagination has emphasised – alongside the notion of natural law – the moral (and even legal) duty of disobedience when confronted with an unjust law or order. Although in political thinking, the mainstream problem was how to cope with the rebel as an eternal danger for the political community, the history of Christian moral thinking, centred on the idea of conscience, produced the opposing notion of the duty of disobedience. Norbert Kis sketches how pre-Christian people met the Christian religion, then suggests the causes of the weakening of Christianity. While Christian freedom remained a constructive power in the age of the Enlightenment, the first attempts at secularisation that had started by that time have disrupted the organic tissues of Western culture for the last two centuries. He argues that, after a desperate two-hundred-year-long period of ‘quest’, the revitalisation of the Christian religion could provide a counterforce to the disruption of Western communities. Gyula Bándi, focusing on the teaching of the Catholic Church, highlights that the international community in the past decades has been struggling to establish the right to environment officially into the body of human rights, either on its own or in constituents. Although environmental protection is the basis and condition of everything – including human rights – it is also deeply based in Christianity and has been part of the message of the Church for decades. It was also inevitable that human rights and the environment should come

together in the same teaching. As János Frivaldszky explains, at the time when the Universal Declaration of Human Rights was drafted, it seemed neither possible nor necessary to establish a philosophical anthropological definition of the human person whose rights were proclaimed by the Declaration; nowadays this is inevitable. The Catholic natural law tradition has always proved to be an effective aid in this process, when, through upholding rights, the human person needs to be protected in ever new bioethical situations.

The final part of the volume sheds more light on Christian values. András Zs Varga provides an overview of the basic international human rights instruments on marriage and family. He reviews the extent to which marriage and the family can be seen as essential components of European culture: Starting from the conception of marriage in the Old Testament, Jewish and Roman imperial law, he presents the contemporary universal and domestic ecclesiastical conception after reviewing the rules of the Catholic Church, which conveys these values. Defending human rights and common values can be difficult, however. Kálmán Pócza's study identifies the causes that led to one of the greatest crises in the history of the German Federal Constitutional Court, and explains why the position of the Court was (temporarily) destabilised by the issue of the Crucifix in the classroom and the question of freedom of religion despite the fact that this institution and its decisions enjoy a high level of public and political support among German citizens and the members of the political elite. Finally, as András Koltay puts it, expressions of religious beliefs are simultaneously protected by the right to freedom of religion and expression. Furthermore, freedom of expression also includes the right to remain silent. The question of whether making a cake constitutes speech and whether the baker may refuse to do so on the grounds of freedom of religion has been raised before several courts. This very complex problem involves issues including freedom of religion and expression, ensuring equal treatment, protection of human dignity, freedom of expression and religion.

In our opinion, the careful examination of the issues raised briefly above is necessary, not only to understand the past but also to make well-informed decisions for the future, in any European country or in the European Union operating as a community of nations. Enriching the discussion on human rights is the most important mission of the Hungarian law journal *Acta Humana*. We have devoted two volumes (3 and 4 of 2020) to articles examining the relationship between Christianity and human rights. During the editing process, after reading the manuscripts, we decided that the texts submitted for inclusion in the journal were suitable for contributing to a broader scientific discourse outside Hungary. In the spirit of this, we are launching this volume, trusting that the readers will find in it writings that are of interest to them, and will, we hope, simultaneously stimulate them to engage in the debate.

IL VOTO A FAVORE DI UNA LEGGE INGIUSTA PER LIMITARE I DANNI¹

Tommaso SCANDROGLIO

Membro del Comitato Interuniversitario per gli studi sull’Etica
(Università Ca’ Foscari di Venezia)

Abstract

Il presente contributo tenta di dare risposta ad un quesito di etica applicata: votare o non votare a favore di una legge ingiusta al fine di impedire il varo di un’altra legge più ingiusta o di eliminarne una più iniqua già vigente? La risposta a cui si è giunti è la seguente: non è mai moralmente lecito proporre, votare o dare in qualsiasi modo appoggio formale ad una legge ingiusta anche perseguendo il fine eticamente lecito di limitare i danni ed anche stretti da necessità. Infatti l’oggetto morale dell’atto del votare a favore è il medesimo della *ratio* della legge messa al voto. La norma legittimante un male morale è una legge ingiusta e mai si può dare il proprio voto a sostegno di una legge di tal natura. In altri termini votare a favore significa approvare e mai è moralmente lecito approvare un’ingiustizia. I danni che si vogliono limitare rappresentano i fini remoti i quali, insieme allo stato di necessità, non hanno il potere di mutare l’oggetto morale dell’azione del votare una simile norma che rimane malvagio. L’uomo è chiamato sempre a compiere il bene, non sempre ad ottenere l’utile.

Parole chiave: votare, legge, ingiustizia, male minore, utilità

¹ Il presente contributo è un estratto parzialmente modificato dei paragrafi 1–3 del cap. 3 della monografia Tommaso SCANDROGLIO: *Legge ingiusta e male minore*. Palermo, Phronesis, 2020.

1. Le fattispecie prese in esame

Il quesito a cui vogliamo rispondere con questo contributo è il seguente: è moralmente lecito votare una legge ingiusta al fine di limitare alcuni danni? Norme approvate che perseguono il fine della compressione di alcuni effetti negativi prendono spesso il nome di “norme imperfette”.² In questa sede procederemo a verificare il fondamento morale di siffatte norme. L’uso dell’aggettivo “imperfette” viene giustificato da motivazioni convenzionali e non prettamente attinenti alla filosofia morale o giusfilosofiche, sebbene le sue ricadute interessino in modo assai significativo questi due ambiti. Soprattutto nell’ambito giusnaturalista ed in specie in quello cattolico,³

² Per un’analisi sulle differenti accezioni dell’espressione “leggi imperfette” cfr. Tommaso SCANDROGLIO, voce “Norme imperfette (bioetica e)”. In: Elio SGRECCIA – Antonio TARANTINO (ed.): *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

³ Cfr. GIOVANNI PAOLO II.: *Evangelium vitae*. n. 73.; *Discorso ai partecipanti al simposio promosso dalla Congregazione per la dottrina della fede su «I cattolici e la società pluralista»*, 12 novembre 1994.; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE (ed.): *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l’impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*. 21 novembre 2002., no. 4.; Joseph JOBLIN – Réal TREMBLAY (ed.): *I cattolici e la società pluralista. Il caso delle leggi «imperfette»*. Bologna, ESD, 1996.; Luciano EUSEBI (ed.): *Il problema delle «leggi imperfette». Etica della partecipazione all’attività legislativa in democrazia*, Brescia, Morcelliana, 2017.; Normatività legislative e leggi «imperfette»: etica e diritto nella società pluralista. *Jus-online*, no. 2. (2015); Tarciso BERTONE: I cattolici e la società pluralista, le «leggi imperfette» e la responsabilità dei legislatori. *Medicina e Morale*, 5., 2001.; Angel RODRIGUEZ LUÑO: Il parlamentare cattolico di fronte ad una legge gravemente ingiusta. Una riflessione sul n. 73 dell’Enciclica «*Evangelium vitae*». *L’Osservatore romano*, 6 settembre 2002.; I legislatori cattolici di fronte alle proposte migliorative delle leggi ingiuste in tema di procreazione artificiale. In: Juan DE DIOS VIAL CORREA – Elio SGRECCIA (ed.): *La dignità della procreazione umana e le tecnologie riproduttive: aspetti antropologici ed etici. Atti della Decima assemblea generale della Pontificia accademia per la vita*. Città del Vaticano, 20–22 febbraio 2004., Città del Vaticano, LEV, 2005.; La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita. *L’Osservatore Romano*, 14 febbraio 2004.; Leggi imperfette e inique. In: PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA (ed.): *Lexicon. Termini ambigui e discussi su famiglia vita e questioni etiche*, Bologna, EDB, 2003.; Considerazioni sulle leggi imperfette: reazione all’intervento del prof. Wierzbicki. In: Livio MELINA – Elio SGRECCIA – Stephan KAMPOWSKI (ed.): *Lo splendore della verità*. Città del Vaticano, LEV, 2006.; Can a Catholic Support a Law That Allows Some Abortions?. Intervista pubblicata in *Zenit*, 3 ottobre 2002.; John Mitchell FINNIS: Helping Enact Unjust Laws Without Complicity. *Injustice. The American Journal of Jurisprudence*, no. 49. (2004.); Restricting legalised abortion is not intrinsically unjust. In: Helen WATT (ed.): *Cooperation, Complicity & Conscience. Problems in Healthcare, Science, Law and Public Policy*. London, Linacre Centre, 2006.; «A vote decisive for...a more restrictive law». In: WATT (ed.) op. cit.; The Catholic Church and Public Policy Debates in Western Liberal Societies: The Basis and Limits of Intellectual Engagement. In: Luke GORMALLY (ed.): *Issues for a Catholic Bioethic: Proceedings of the International Conference to celebrate the Twentieth Anniversary of the foundation of the Linacre Centre, 28–31 July 1997*. London, The Linacre Center, 1999.; Luciano EUSEBI: Corresponsabilità verso le scelte giuridiche della società pluralista e criteri di intervento sulle c.d. norme imperfette. In: Alfonso LÓPEZ TRUJILLO – Julian HERRANZ – Elio SGRECCIA (ed.): «*Evangelium vitae*» e diritto. *Acta Symposii internationalis in Civitate Vaticana celebrati 23-25 maii 1996*. Città del Vaticano, LEV, 1997.; Livio MELINA: La cooperazione con azioni moralmente cattive contro la vita umana. In: PONTIFICIA ACCADEMIA PER LA VITA (ed.): *Commento interdisciplinare all’«Evangelium vitae»*. Città del Vaticano, LEV, 1997.; Maurizio Pietro FAGGIONI: Il male minore e il bene possibile. *Vivens Homo*,

vol. 26. 2015.; Andrzej WIERZBICKI: Leggi imperfette in *Evangelium vitae* 73. In: MELINA-SGRECCIA-KAMPOWSKI (ed.) op. cit.; Tadeusz STYCZEŃ – Piotr ŚLĘCZKA – Carl RITTER (ed.): *Unvollkommene oder ungerechte Gesetze? Für eine logisch kohärente und ethisch eindeutige Interpretation von Nr. 73 der Enzyklika „Evangelium vitae“*. Lublin, Johannes-Paul-II-Institut der Katholischen Universität Lublin, 2005.; Colin HARTE: *Changing unjust laws justly*. Washington D.C., The Catholic University of America Press, 2005a.; Challenging a Consensus: Why *Evangelium Vitae* does not Permit Legislators to Vote for Imperfect Legislation. In: Luke GORMALLY (ed.): *Culture of Life – Culture of Death*. London, The Linacre Centre, 2002.; Inconsistent Papal Approaches towards Problems of Conscience?. *National Catholic Bioethics Quarterly*, vol. 2., no. 1. (Spring 2002); *Evangelium vitae* 73 and Intrinsically Unjust Law. *The National Catholic Bioethics Quarterly*, vol. 3. no. 2. (Summer 2003); Problems of Principle in Voting for Unjust Legislation. In: WATT (ed.) op. cit.; The opening up of discussion: a response to John Finnis. In: WATT (ed.) op. cit.; William MAY: *Evangelium vitae* 73 and the Problem of the Lesser Evil. *The National Catholic Bioethics Quarterly*, vol. 2. no. 4. (Winter 2002); The Misinterpretation of John Paul II's Teaching in *Evangelium vitae* n. 73. *The National Catholic Bioethics Quarterly*, vol. 6. no. 4. (Winter 2006); Unjust Laws and Catholic Citizens: Opposition, Cooperation and Toleration. *Homiletic and Pastoral Review*, November 1995.; Damian FEDORYKA: Thoughts towards a Clarification of *Evangelium vitae* #73. In: Joseph KOTERSKI (ed.): *Life and Learning: Proceedings of the Twelfth University faculty for Life Conference*. Washington DC, University Faculty for Life, 2002.; Germain GRISEZ: *Abortion: the myths, the realities, and the arguments*. New York and Cleveland, Corpus Books, 1970. 459–461.; Anthony FISHER: Some problems of conscience in bio-lawmaking. In: GORMALLY (ed.) op. cit.; On the duties of a Catholic politician with respect to abortion law reform, with particular reference to *Evangelium vitae* § 73. www.priestsforlife.org (consultato il 25/04/2022); Theo MAYER MALY: Il diritto alla vita e la trasmissione della vita nei diversi sistemi ed esperienze giuridiche contemporanee. In: LÓPEZ TRUJILLO-HERRANZ-SGRECCIA (ed.) op. cit.; Thomas ULSHAFFER: On the Morality of Legislative Compromise: Some Historical Underpinnings. *The Linacre Quarterly*, vol. 59., no. 2. (May 1992) 21C22.; John O'CONNOR: Abortion: Questions and Answers. *Origins*, vol. 20., no. 7. (1990) § 13.; William MAESTRI: The Abortion Debate After Webster: The Catholic-American Moment. *The Linacre Quarterly*, vol. 57. no. 1. (1990); Abortion in Louisiana: Passion Over Prudence. *Linacre Quarterly*, vol. 57. no. 4. (1990); John MYERS: The Obligations of Catholics and the Rights of Unborn Children. *The Linacre Quarterly*, vol. 57., no. 3. (1990) 20.; John ROCK: *Evangelium Vitae*: Some Highlights. *The Linacre Quarterly*, vol. 64. (February 1997) 11–13.; George WOODALL: The use of condom to prevent the transmission of HIV. *Medicina e morale*, 3., 1998. 569–571.; Karl LENZEN: Partielle Mitwirkung am Vollzug eines ungerechten Gesetzes oder prophetischer Widerstand?. *Theologisches*, vol. 25. no. 4. (1995); Anmerkungen dazu. *Theologisches*, vol. 25. no. 10. (1995); Anmerkungen zu dem Artikel von Prof. Giovanni B. Sala S. J.. *Theologisches*, vol. 27. no. 2. (1997); Arthur Fridolin UTZ: Die Enzyklika „*Evangelium vitae*“ und die Lehre vom „*voluntarium indirectum*“ (Zur Problematik von Nr. 73). *Theologisches*, vol. 27. no. 5. (1997); Das „*Voluntarium indirectum*“ in der Enzyklika *Evangelium Vitae* – Versuch einer Verdeutlichung im Hinblick auf die Abänderung der gesetzlichen Indikation der Artreibung. *Theologisches*, vol. 28. no. 3. (1998); Das Unheil der Nr. 73/74 der Enzyklika *Evangelium Vitae*. *Theologisches*, vol. 28. no. 6. (1998); AMERICAN LIFE LEAGUE (ed.): Offizielles Positionspapier zu *Evangelium Vitae* (73,3). *Theologisches*, vol. 28. no. 9–10. (1998); Giovanni SALA: Die Enzyklika „*Evangelium vitae*“ und die Frage nach der Mitwirkung an einem ungerechten Gesetz. *Theologisches*, vol. 25. no. 10. (1995); Zur Frage der Mitwirkung an einem ungerechten Gesetz: Das Prinzip der Schadensbegrenzung und das Prinzip des kleineren Übels – I. *Theologisches*, vol. 26–27. no. 12–1., 1996–97.; Zur Frage der Mitwirkung an einem ungerechten Gesetz: Das Prinzip der Schadensbegrenzung und das Prinzip des kleineren Übels – II. *Theologisches*, vol. 27. no. 3. (1997); Die Lehre von der „Schadensbegrenzung“ eines ungerechten Gesetzes nach der Enzyklika „*Evangelium vitae*“. Ein Versuch, die Bedenken gegen die Textstelle zu lösen. *Theologisches*, vol. 29. no. 10. (1999); UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS (ed.): Pastoral Plan for Pro-Life Activities: A Campaign in Support of Life. <http://www.usccb.org/about/>

l'espressione in oggetto è usata per indicare l'esito normativo del procedimento volto alla limitazione dei danni di una legge ingiusta già vigente⁴ o di una sentenza giurisprudenziale ingiusta e irrimediabile⁵ o di una legge iniqua in fase di approvazione

pro-life-activities/pastoral-plan-prolife-activities.cfm, n. 3 (consultato il 25/04/2022); Living the Gospel of Life: A Challenge to American Catholics, November 19, 1998. <http://www.usccb.org/issues-and-action/human-life-and-dignity/abortion/living-the-gospel-of-life.cfm>, n. 31 (consultato il 25/04/2022); Robert DRINAN: The Jurisprudential Options on Abortion. *Theological Studies*, no. 31. 1970.; Michel SCHOYANS: Objeción de conciencia en materia de salud: el caso de los políticos. In: CONSEJO PONTIFICIO DE LA FAMILIA (ed.): *Lexicon. Términos ambiguos y discutidos sobre la familia, vida y cuestiones éticas*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004.; Paul DELANEY: Compromise or Principle?. *Catholic Exchange*, May 29. 2003.; Clarke D. FORSYTHE: *Politics for the Greatest Good. The Case for Prudence in the Public Square*. Downers Grove (IL), InterVarsity Press, 2009. capp. 1., 5.; Peter BRISTOW: *The Moral dignity of man*. Dublin, Four Courts press, 1997. 186–190.; Charles E. RICE: *No exception: a pro-life imperative*. Notre Dame (IN), Tyholland Press, 1990. 80–90.; *The Winning Side. Questions on Living the Culture of Life*, Mishawaka (IN), St. Brendan's Institute, 1999. 225–242.; Paul WEYRICH: Weyrich's Letter to Cardinal Gagnon. *Origins*, vol. 17. no. 9., July 30, (1987); Eduard GAGNON: Cardinal Gagnon's Letter to Weyrich. *Origins*, vol. 17., no. 9. July 30, (1987); Francesco COMPAGNONI: La responsabilità dei politici nell'Evangelium vitae. In: Elio SGRECCIA – Dario SACCHINI (ed.): *Evangelium vitae e bioetica. Un approccio interdisciplinare*. Milano, Vita e Pensiero, 1996. 108–110.; Barret V. JOHNSTONE: Life in a Culture of Death. *Priests and People*, vol. 9. (November 1995) 413.; John J. COUGHLIN: Lawyers and Cooperations with Evil in Divorce Cases. In: Kenneth D. WHITEHEAD (ed.): *The Catholic Citizen. Debating the Issues of Justice*. South Bend (IN), St. Augustine's Press, 2004. 159–160.

⁴ Un esempio è la legge polacca del 7 gennaio del 1993 sull'aborto, dal titolo «Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży», che sostituì quella precedente del 27 aprile del 1956 più permissiva. Cfr. Colin HARTE: Restriktive Abtreibungsgesetzgebung: ist sie unvollkommen, gerecht oder ungerecht?. In: STYCZEŃ–ŚLĘCZKA–RITTER (ed.) op. cit. 141.; HARTE (2006) op. cit. 181–182.; *The opening up of discussion: a response to John Finnis* op. cit. 266–267. (b); Andrzej SZOSTEK: Die Verteidigung des ungeborenen Lebens im Parlament. Im Zusammenhang mit Nr. 73 der Enzyklika Evangelium vitae. In: STYCZEŃ–ŚLĘCZKA–RITTER (ed.) op. cit. 172.

⁵ Si tratta ad esempio della seguente ipotesi: una sentenza irrimediabile rende legittima, senza vincolo alcuno, una condotta intrinsecamente malvagia e la sua efficacia è *erga omnes*. Una legge a lei posteriore tenta di limitarne gli effetti negativi delimitandone il contenuto prescrittivo. In Italia è stato il caso della sentenza n. 162 della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014 che dichiarò incostituzionale il divieto di fecondazione artificiale di tipo eterologo contenuto nella legge n. 40 del 2004. Il Ministro della Salute Beatrice Lorenzin ed insieme a lei altri parlamentari e uomini di cultura chiesero una legge parlamentare per limitare i casi di accesso all'eterologa.

parlamentare, qualora per necessità sia realisticamente impossibile⁶ abrogare in toto⁷ la legge vigente o impedire il varo di una nuova che sta per essere promulgata,⁸ o annullare completamente l'efficacia giuridica della decisione giurisprudenziale. Un altro caso, che per analogia potrebbe interessare l'indagine qui presentata, è quella del voto del singolo magistrato all'interno di un collegio di giudici in merito ad una sentenza ingiusta che l'organo deve pronunciare e che potrebbe incidere sulla disciplina legislativa già vigente o in fase di approvazione. Vi sarebbe un'ulteriore ipotesi in cui si potrebbe utilizzare l'espressione "norme imperfette": il varo di una legge ingiusta o il pronunciamento di una decisione giurisprudenziale iniqua relative ad una materia mai disciplinata, né in senso repressivo né in quello permissivo, che riguardi la legittimazione, seppur vincolata, di alcune condotte ingiuste diffuse nel consesso sociale.⁹ A tale ipotesi occorre aggiungere anche i seguenti casi: norma

⁶ Cfr. Tommaso D'AQUINO: *Summa Theologiae*. I-II., q. 13., a. 5 c.: «le cose impossibili non sono oggetto di elezione». Tentare di ottenere un risultato irrealistico può essere controproducente come è accaduto nel 1990 in Louisiana dove, a seguito di una pronuncia della Corte Suprema (*Webster v. Reproductive Health Services* – 492 U.S. 490 – 1989) che permetteva ai singoli Stati di intervenire in materia di accesso alle pratiche abortive in modo più restrittivo di quanto previsto dalla sentenza della medesima Corte *Roe v. Wade* – 410 U.S. 113 – 1973 (nella decisione dei giudici si poteva leggere che la sentenza *Roe vs Wade* «implies no limitations on a State's authority to make a value judgment favoring childbirth over abortion»), si propose un disegno di legge (*Human Life Act*, 1990) si lecito dal punto di vista morale (seppur non fosse assai chiara la formulazione dell'esimente dal reato di aborto prevista in caso di stato di necessità per salvare la vita della donna), ma eccessivamente pretenzioso. Tale disegno di legge non passò e si perse così l'occasione di rendere più restrittivo l'accesso all'aborto mettendo poi in cattiva luce il movimento pro-life e impedendo a quest'ultimo per molto tempo ulteriori iniziative legislative a tutela della vita nascente. Cfr. W. F. MAESTRI (1990 November) op. cit.; MAESTRI (1990 February) op. cit.

⁷ Naturalmente, affinché sia completa la tutela del bene giuridico compromesso dalla legge ingiusta, non è sufficiente l'abrogazione della medesima, ma è altresì necessaria, qualora sia esclusa l'opportunità della tolleranza del male, il presidio della risposta sanzionatoria penale. Cade così l'obiezione di John Finnis che, usando polemicamente in un suo scritto la tesi da noi qui appoggiata, vede nell'abrogazione totale o parziale di una legge abortiva un atto ingiusto perché permetterebbe nella prassi di abortire. La tesi di Finnis non regge non solo facendo riferimento alla doverosità della sanzione penale una volta che la norma o parte di essa fosse stata abrogata, ma anche perché il singolo atto abrogativo, essendo un divieto di un male, di per sé è atto buono. A questo eventualmente si potrebbe accompagnare un atto malvagio qualora, pur potendo, ci si astenesse dallo stornare la condotta abortiva non prevedendo una pena relativa. Cfr. J. M. FINNIS (2004) op. cit. 31.

⁸ Cfr. Albert VANHOYE: La Chiesa di fronte alle leggi imperfette. In: JOBLIN-TREMBLAY (ed.) op. cit. 118.; FAGGIONI (2015) op. cit. 145.; Pedro RODRIGUEZ: Pastori e laici: distinzione dei loro ruoli nella Dottrina sociale della Chiesa. In: JOBLIN-TREMBLAY (ed.) op. cit. 158-159. Per alcuni invece l'espressione rimanda a disposizioni normative che hanno in sé alcune parti consone alla morale naturale ed altre in netta discordanza: cfr. Maurizio Pietro FAGGIONI: Il teorema della legge imperfetta e il principio del male minore. In: EUSEBI (2017) op. cit. 88.; Sergio COTTA: L'incidenza del secolarismo sulle norme morali e giuridiche. In: JOBLIN-TREMBLAY (ed.) op. cit. 64.; Joseph JOBLIN: I cattolici nella società pluralista. Attualità del problema. In: JOBLIN-TREMBLAY (ed.) op. cit. 7. in cui per leggi imperfette si intendono «disposizioni legislative o regolamentari che soltanto in parte possono essere giudicate accettabili dal loro [dei cattolici *N.d.A.*] punto di vista morale».

⁹ È stato il caso, ad esempio, della legge 40/2004 relativa alle tecniche di fecondazione extracorporea. Le motivazioni addotte per legittimare simili condotte vertevano sulla necessità di delimitare con

che comanda un atto malvagio e dunque contrario alla legge naturale; norma che comanda un atto astrattamente buono, dunque consono alla legge naturale, ma in modo sproporzionato; norma che vieta atti moralmente riprovevoli ma in modo sproporzionato; norma che vieta un atto commissivo astrattamente buono, dunque consono alla *lex naturalis*, ma in modo sproporzionato.¹⁰ In tutti questi casi i danni da stemperare non sarebbero presenti in un'altra legge già vigente o *in fieri*, bensì nella prassi.¹¹

L'espressione "norme imperfette", in ciascuna di queste ipotesi, allora interesserebbe la prospettiva sia del *de iure condito* che quella del *de iure condendo*,¹² vale a dire concernerebbe sia il momento di revisione parlamentare sia quello formativo della legge e non quello applicativo.¹³ Tale locuzione perciò rinvia al problema morale di

vincoli di varia natura l'accesso alla pratica della fecondazione extracorporea ormai presente a livello sociale. Cfr. EUSEBI (1997) op. cit. 399: «è altresì da valutarsi positivamente il previo impegno inteso a consentire che tale norma, seppur ancora imperfetta, venga presentata, e lo sia al massimo livello contingentemente perseguibile di aderenza ai valori coinvolti»; p. 400: «la sottoscrizione di una proposta legislativa imperfetta [...] può essere ritenuta coerente sotto il profilo etico [...] solo se costituisca un progresso significativo rispetto al diritto vigente ovvero a un'assenza di legislazione che permetta più male della normativa progettata (assenza che potrebbe essere colmata in forme meno accettabili)»; A. RODRIGUEZ LUÑO (2005) op. cit. § 4: «sarebbe possibile promuovere una legge restrittiva in un paese che non ha alcuna legge specifica sulla procreazione artificiale, ma solo una situazione di fatto molto permissiva e ingiusta?»; (2004) op. cit., in cui in merito al varo della legge n. 40 si può leggere: «il significato reale dell'operato di quanti hanno promosso e votato questa legge [...] sembra essere quello di sopprimere parzialmente una prassi e una situazione ingiusta la cui totale soppressione non risultava possibile» (corsivo nel testo); ASSOCIAZIONE MEDICI CATTOLICI ITALIANI (ed.): Comunicato dell'Associazione Medici Cattolici Italiani. *L'Osservatore Romano*, 14 febbraio 2004.: «l'Associazione Medici Cattolici Italiani esprime soddisfazione per l'approvazione definitiva della legge sulla Fecondazione Medicalmente Assistita. Finalmente il far west e l'assoluto liberismo in un campo così delicato sono stati cancellati»; Carlo BRESCIANI: Le leggi imperfette e il cristiano. In: EUSEBI (2017) op. cit. 35.: «da sottolineare che in questo caso [il varo della legge 40 N.d.A.], i cristiani presenti in parlamento hanno dato un contributo non indifferente alla elaborazione di una legge che fosse il meno possibile negativa [...]. Si può dire che hanno lavorato e collaborato attivamente per 'limitare i danni' di fronte a quello che comunemente ormai veniva chiamato il *far west* completamente deregolamentato della procreazione assistita. In questo caso non si trattava di sostituire a una legge più permissiva una meno permissiva, ma di elaborare una nuova legge».

¹⁰ Cfr. MAY (1995) op. cit. 7.

¹¹ Cfr. EUSEBI (2017) op. cit. 19. Un caso simile ai precedenti sarebbe il voto del cittadino privato ad un candidato o ad un partito politico. In simile ipotesi però potrebbe essere assai ben più difficile, rispetto al testo di una legge scritta, giudicare dell'ingiustizia delle volontà politiche del candidato o del partito politico. Si dovrebbe fare riferimento *in primis* al programma politico, quasi certamente da integrarsi con la valutazione delle scelte politiche pregresse e di altre dichiarazioni del candidato o dei vertici del partito, con tutte le incertezze interpretative che queste fonti portano con sé inevitabilmente. Cfr. MYERS op. cit. 19–22.; RICE (1999) op. cit. 257–258.

¹² Cfr. RODRIGUEZ LUÑO (2003) op. cit. 525.

¹³ Cfr. Joseph JOBLIN: Leggi imperfette, diritti umani, valori comuni, società pluralista. In: JOBLIN–TREMBLAY (ed.) op. cit. 47. Sulle possibili opzioni di azione offerte al cittadino privato una volta che la legge ingiusta è vigente cfr. Tommaso SCANDROGLIO: *La Teoria Neoclassica sulla legge naturale di Germain Grisez e John Finnis*. Torino, Giappichelli, 2012. 455–461.; William MAY: Leggi ingiuste

tendere in modo lecito al maggior bene possibile¹⁴ stante l'impossibilità di ottenere l'*optimum* morale e giuridico,¹⁵ escludendo in radice l'opzione opposta tesa al compimento del male minore.

Ai fini dell'analisi dell'oggetto indagato nel presente saggio è opportuna una precisazione per inquadrare correttamente il *genus* morale delle leggi ingiuste in riferimento all'espressione "norme imperfette".

Riferirsi, sotto l'angolatura morale,¹⁶ ad alcune leggi ingiuste come norme imperfette perché legittimano condotte meno ingiuste di altre al fine di evitare peggiori effetti negativi, è errato. Poiché la *ratio* di tali norme possiede un ordine contrario ai principi di legge naturale (quand'anche il disordine fosse da attribuire a difetti di proporzione negli effetti), queste risultano o estrinsecamente disordinate o intrinsecamente disordinate se hanno attinenza con i *mala in se*. Più che imperfette queste norme sono dunque confliggenti con la *lex naturalis*, incompatibili con essa e

e cittadini cattolici: opposizione, cooperazione e tolleranza. In: JOBLIN–TREMBLAY (ed.) op. cit. 247–258.; Henry David THOREAU: *La disobbedienza civile*. Milano, Rcs Libri, 2010.

¹⁴ Cfr. Richard McCORMICK: Notes on Moral Theology: the Abortion Dossier. *Theological Studies*, vol. 35., 1974. 356–357.; HARTE (2005) op. cit. 1.; COUGHLIN (2004) op. cit. 159.; BRESCIANI op. cit. 29., 34.; PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE (ed): *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, LEV, 2004. no. 568.: «il fedele laico è chiamato a individuare, nelle concrete situazioni politiche, i passi realisticamente possibili per dare attuazione ai principi e ai valori morali propri della vita sociale»; EUSEBI (1997) op. cit. 392–393., 400.; EUSEBI (2017) op. cit. 12.; Nota del curatore. Ibid. 5.: «si tratta della questione relativa ai criteri che possano permettere a ciascun individuo e a ciascun gruppo culturalmente significativo, senza deflettere da un agire coerente sul piano morale, di partecipare all'attività legislativa anche quando appaia non evitabile, in un dato contesto, che gli esiti di quest'ultima manifesteranno aspetti insoddisfacenti dal punto di vista etico». Presentando il volume collettaneo appena citato, Luciano Eusebi afferma che «i lavori predisposti, con le loro peculiarità e le loro diverse accentuazioni, convergono nella ricerca dei modi attraverso i quali perseguire pur sempre il massimo bene possibile (o il massimo contenimento del male) rispetto alla regolamentazione giuridica di una data materia, allorquando non appaia praticabile una regolamentazione della medesima che, secondo il sentire di chi intenda egualmente incidere nella fase legislativa, resti esente da inadeguatezze etiche» (p. 6).

¹⁵ Il caso è sempre più frequente nella vita politica di ordinamenti giuridici nati in seno a società pluraliste. Cfr. JOBLIN (1996) op. cit. 31–63.; COTTA op. cit. 65–66.; EUSEBI (2017) op. cit.; John FINNIS: Le leggi ingiuste in una società democratica. In: JOBLIN–TREMBLAY (ed.) op. cit. 99–105.; Angel RODRIGUEZ LUÑO: Le ragioni del liberalismo. In: JOBLIN–TREMBLAY (ed.) op. cit. 227–228.; Réal TREMBLAY: I cattolici e la società pluralista: il caso delle leggi imperfette. In: JOBLIN–TREMBLAY (ed.) op. cit. 265–266.; BERTONE op. cit. 855–856.; Antonio TARANTINO: *Diritti umani e questioni di bioetica naturale*. Milano, Giuffrè, 2003. 29–37.; EUSEBI (1997) op. cit.; MELINA op. cit. 468–472.; McCORMICK op. cit. 358–359.; ULSHAFFER op. cit. 12.; MAESTRI (November 1990) op. cit. 43.; MAESTRI (February 1990) op. cit. 50–51.; HARTE (2005) op. cit. 59–66.; UTZ (1998) op. cit. 307.; DRINAN op. cit. 149., 165.; BRISTOW op. cit. 186–187.; MAY (1995) op. cit. 12.; COMPAGNONI op. cit. 97–107.; CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI (ed.): *Planned Parenthood SE Pennsylvania v. Casey*, – 505 U.S. 833 – 1992.

¹⁶ In merito all'accezione di carattere strettamente giuridico dell'espressione "leggi imperfette" cfr. EUSEBI (2017) op. cit. 13., nota n. 2, in cui le norme imperfette vengono qualificate come «norme prive di sanzione per il caso in cui risultino violate».

dunque sono erronee o ingiuste.¹⁷ In sintesi l'imperfezione attiene ad una gradualità del bene, non del male.

2. L'illiceità del voto ad una legge ingiusta al fine di limitare gli effetti negativi

Formuliamo qui il giudizio di carattere morale riguardo a tutte le fattispecie prima indicate, giudizio che poi tenderemo di validare: *non è mai lecito proporre, votare o dare in qualsiasi modo appoggio formale¹⁸ ad una legge ingiusta anche perseguendo il fine buono di limitare i danni ed anche stretti da necessità.¹⁹ Lecito il fine di ridurre i danni, ma occorre che l'atto attraverso cui si ottiene questo fine sia esso stesso lecito dal punto di vista morale.²⁰* Il voto a favore di una legge ingiusta configura invece sempre un atto non moralmente lecito. L'eticamente valido principio della riduzione del danno non deve essere assorbito dal moralmente inaccettabile principio del male minore.²¹ Così Elio Sgreccia si esprime sul principio di ordine morale sotteso alla

¹⁷ Cfr. RODRIGUEZ LUÑO (2005) op. cit. § 1., in cui l'Autore afferma che non esiste una terza categoria di leggi oltre a quelle giuste ed ingiuste; Francesco D'AGOSTINO: Democrazia, obbligo giuridico e principio di maggioranza. In: JOBLIN-TREMBLAY (ed.) op. cit. 82.: «la difesa e la promozione della qualità della vita non ammettono che esistano leggi propriamente imperfette (perché l'ingiustizia che ne scaturirebbe sarebbe segno dell'impossibilità di un ordine sociale equilibrato in se stesso); MELINA op. cit. 479–480., nota n. 26: «talvolta nel dibattito sulla questione è stata introdotta, anche in buona fede, questa formulazione [legge imperfetta *N.d.A.*] che giudico non solo insufficiente, ma anche fuorviante: ogni legge umana è per sua natura imperfetta e perfezionabile, ma quando una legge è in grave contraddizione con un diritto fondamentale dell'uomo e ne permette la violazione essa non è solo imperfetta, ma ingiusta»; EUSEBI (2017) op. cit. 16.: «legge 'imperfetta' o [...] legge riferita ad un contesto 'imperfetto' – espressione in certo modo eufemistica, dato che potrebbe riguardare anche atti, in sé, del tutto negativi»; Piotr Ślęczka: Der Streit um die Enzyklika „Evangelium vitae“. In: STYCZEŃ-ŚLĘCZKA-RITTER (ed.) op. cit. 45.; HARTE (2005) op. cit. 129–130.; HARTE (2002) op. cit. 340.; HARTE (2005a) op. cit. 300–301.

¹⁸ Sotto il profilo della responsabilità morale esiste un aggravio di colpa in capo all'agente, autore di un atto malvagio (proponente una legge ingiusta), rispetto al collaboratore, che vota a favore della legittimazione di una legge ingiusta proposta da terzi. Ciò detto, come tenderemo di dimostrare, la natura della condotta sia dell'agente che del collaboratore è disordinata: anche il collaboratore è quindi agente, nel senso che la sua azione possiede un proprio oggetto malvagio. *Contra* cfr. EUSEBI (2017) op. cit. 20.

¹⁹ Cfr. BRISTOW op. cit. 186.: «it is never permissible for a Catholic to vote either in a legislative body, or a referendum, for a law that is contrary to the natural law, even to avoid a worse one, since evil may not be done that good may come». Dato che la tesi qui enunciata attiene alla morale naturale razionale e non in prima istanza alla Rivelazione, essa riguarda ovviamente non solo i cattolici, ma tutti i parlamentari al di là del loro credo che, in ipotesi, può anche mancare. *Contra* MYERS op. cit. 19.: «there are also certain limited circumstances (as in an election between two pro-abortion candidates, one of whom is more extreme than the other) in which it is possible for a Catholic legitimately to vote for a pro-abortion candidate. [...] A Catholic may support the candidacy of someone who would permit unjust killing only when the real alternatives are candidates who would permit even more unjust killing». Myer si riferisce al voto a favore del programma di un candidato, ma, per analogia, possiamo applicare questo suo giudizio anche al voto a favore di una legge.

²⁰ Cfr. RODRIGUEZ LUÑO (2002) op. cit. § 2.: «l'attività civile e politica mirante a ridurre gli effetti negativi di una legge gravemente ingiusta deve rispettare i principi generali della morale».

²¹ *Contra* SALA op. cit. 454.

tesi proposta: «quando si tratta di due mali morali, l'obbligo è di rifiutarli entrambi, perché il male non può essere oggetto di scelta e ciò anche quando, rifiutando quello che si presenta come male minore, si provocasse un male maggiore. Si porta l'esempio dell'ingiunzione che si facesse a qualcuno di commettere un furto o manomettere dei documenti con la minaccia che altrimenti si verificherebbe una violenza sessuale o la morte di altre persone. [...] Da un punto di vista oggettivo il furto non va compiuto, perché è male e quando da tale rifiuto derivasse una qualsiasi vendetta con un male morale più grave, questo non sarebbe imputabile se non a chi ha deciso di compiere il male. [...] Il male non può essere mai fatto oggetto di una scelta diretta e il fine buono non può essere raggiunto attraverso azioni cattive». ²² Analogamente William May: «nell'opporci a tali leggi [ingiuste *N.d.A.*] non è mai lecito usare mezzi specificati dal loro oggetto come moralmente cattivi, ad es. mentire». ²³

Qui di seguito tenteremo di dare la prova che proporre, votare o appoggiare in qualsiasi modo una legge ingiusta rappresentano atti malvagi e dunque mai eleggibili anche perseguendo il fine buono di mitigare danni già esistenti o futuri ed anche stretti da necessità. ²⁴ I criteri dell'azione morale – oggetto, intenzione e circostanze – giocano un ruolo chiave per comprendere se è lecito dare il proprio voto o offrire sostegno a leggi ingiuste, ma meno inique di altre. Come insegnano le teorie morali legate al giusnaturalismo classico e fondate sul personalismo ontologico, non è moralmente lecito scegliere un oggetto malvagio anche perseguendo il fine buono di contenere i danni ed anche nel caso in cui in stato di necessità (circostanze) non ci fosse altro strumento per mitigare i danni. *Mai si può compiere il male anche per un fine buono ed anche se le circostanze ci obbligassero – perché tertium non datur – a compiere il male per evitare danni futuri.* Detto in altri termini, l'azione di limitazione dei danni deve essere lecita e non azione malvagia. ²⁵

Ora occorre però provare che il voto ad una legge ingiusta configura un'azione malvagia. Vi sono alcune condotte che nella prospettiva di una bioetica propria del personalismo ontologico vengono qualificate come azioni intrinsecamente malvagie: l'aborto, la fecondazione artificiale, la clonazione umana, l'eutanasia, etc. Una norma che legittimasse queste condotte sarebbe essa stessa una legge intrinsecamente malvagia non solo perché permetterebbe e favorirebbe queste pratiche, ma perché

²² Elio SGRECCIA: *Manuale di bioetica. Vita e Pensiero*, vol. 1. (2007) 236–237.

²³ MAY (1996) op. cit. 249. Cfr. RODRIGUEZ LUÑO (2002) op. cit. § 2.: «non è moralmente possibile collaborare alla promulgazione né all'applicazione di una legge gravemente ingiusta, quali sono le leggi che autorizzano o favoriscono l'aborto e l'eutanasia».

²⁴ Lo scrivente, relativamente allo stato di necessità, esprimerà in queste pagine un giudizio differente rispetto a quello articolato in un suo studio precedente. Cfr. SCANDROGLIO (2012) op. cit. Sez. II, Parte II, cap. 5, §§ 5.2–5.3.

²⁵ Cfr. EUSEBI (2017) op. cit. 6., in cui l'Autore sottolinea «l'esigenza di riconoscere soglie insuperabili di coinvolgimento [nella definizione di testi legislativi *N. d. A.*], secondo le diverse forme che esso possa assumere, ove il medesimo non appaia in grado di sortire alcun bene sostanziale, ma finisca per tradursi nell'avvallo del male»; Ibid. 12.: «ferma, in ogni caso, la necessità di una testimonianza nitida di quanto sia da riconoscersi come bene ed evitando che l'impegno suddetto [di carattere legislativo *N.d.A.*] possa assumere i contorni della cooperazione al male»; HARTE (2005) op. cit. 174–175.: «it is the justness of the proposal itself—the means to the change—that must be the first consideration».

a monte significherebbe *approvazione morale delle stesse a motivo della loro legittimazione giuridica*. Più in particolare potremmo affermare che l'oggetto della legge votata dal parlamentare contrasta con il bene oggettivo della persona, così come aborto, fecondazione artificiale ed eutanasia contrastano parimenti con il bene oggettivo della persona. Queste leggi in buona sostanza riproducono in norme positive l'oggetto malvagio scelto dal singolo quando vuole abortire, praticare l'eutanasia, etc., fanno propria in senso giuridico la coloritura morale della condotta da disciplinare, ne ricevono la specie morale: qualificano come diritto una condotta malvagia. E tale coloritura morale permane al di là dell'intenzione del soggetto votante. Così Michael Baker: «if the amendment or the bill condones abortion in the slightest degree the end embodied in the thing he does —voting to permit abortion— is evil and causes the act itself to be morally evil. The thing he does, because of what it contains, betrays his intention. His intended end (*finis operantis*) may be good, but the natural or inherent end (*finis operis*), the permission of abortion in whatever degree, is evil and colours his act inevitably as something evil».²⁶ Come il singolo fa suo l'oggetto malvagio “aborto” e “fecondazione artificiale” quando ricorre a queste pratiche anche per fini buoni, così il legislatore fa suo l'oggetto malvagio “aborto” e “fecondazione artificiale” quando vota una norma che legittima queste pratiche anche se il voto è orientato a ulteriori fini eticamente leciti. La valutazione non muta per le altre tipologie di norme che invece non sono intrinsecamente ingiuste, ma estrinsecamente ingiuste, perché, al di là del motivo che fonda la loro iniquità, sono sempre contrarie a giustizia e il voto rappresenterebbe comunque un'adesione alla volontà di legittimazione dell'ingiustizia. *La legge perciò esprime un contenuto valoriale perché essa disciplina volontà. La legge allora si presenta come un'entità giuridica volitiva, come un oggetto morale contenuto in norme, al pari dell'esistenza in senso astratto dell'oggetto morale “assassinio” e “furto”*. In altri termini *il voto a favore di tali leggi è atto malvagio perché il suo oggetto coincide con l'approvazione dell'ingiustizia della legge, ossia la legittimazione dell'ingiustizia. E dunque il voto a favore configura un'azione malvagia a motivo dell'oggetto del voto. Oggetto del voto è il finis operis della legge, già cristallizzato nei suoi profili morali*. Relativamente a questo snodo concettuale Damian Fedoryka così argomenta: «if we take into account that a law that permits abortions even as it regulates them is an unjust law because it positively affirms or assumes a right to abortion, we have also to recognize that support for such an unjust law is a support of the right to abortion. [...] In the case of an unjust permissive law that regulates abortion, the legislator who participates in such a law legislates conditions authorizing what is unconditionally unjust regardless of any personal desire to reduce the number of abortions. [...] For the legislative act authorizes the injustice and evil of abortions even as it restricts them. It does not simply tolerate or allow or passively permit them. And in voting for the law, the legislator cannot claim that the authorization is an act that he does not participate in but only tolerates, something willed by the other legislators who may happen to be

²⁶ Michael BAKER: *Evangelium Vitae 73 and the Supreme Principle of Morals*. In: http://www.superflumina.org/ev73suprempr_final.html (consultato il 26/04/2022).

pro-abortion but are willing to accept regulations. Given the nature of the legislative act and his participation in it, *the legislator formally wills what the law intends. [...]. In voting for an unjust permissive abortion law, the legislator must necessarily take responsibility for the intentions included in the law.* The unjust permissive law is a pro-abortion law *no matter how heavily it regulates abortions.* And the legislator's cooperation in its enactment is a pro-abortion act, even if he intends the good of reducing the number of abortions. [...] And actions in the external world, such as legislative authorization of abortion or the performance of abortion are by their very rational structure, if performed rationally and consciously, such that they go *against the good*». ²⁷

Con approccio più analitico potremmo affermare che il voto a favore corrisponde alla volontà di produrre l'effetto "approvazione della norma" che comporta a sua volta la legittimazione della condotta, concretando in tal modo un oggetto morale illecito, così come chi vuole l'effetto "morte" di persona innocente concreta l'oggetto morale illecito "assassinio". Sezionando in modo ancor più dettagliato questa affermazione, si potrebbe argomentare che dal momento che *votare a favore significa in senso tecnico-giuridico approvare e approvare significa produrre certi effetti giuridici* – ad esempio legittimare una certa condotta – questa serie di equivalenze espresse in sillogismo ci porta a concludere che *votare a favore significa produrre certi effetti e la volontarietà del voto significa volontarietà nel produrre questi effetti. E se gli effetti ricercati sono contrari alla legge naturale* – così come l'effetto morte di persona innocente nell'omicidio – *ne consegue che il voto a favore è moralmente non accettabile.*

A questo punto è opportuno mettere in evidenza un triplice aspetto di fondamentale importanza. *Il voto a favore di una legge ingiusta rappresenta contemporaneamente un atto in sé moralmente illecito, come appena visto, e una collaborazione formale immediata e prossima al male con gli altri votanti, se il votante è consapevole che il suo voto a favore concreta una legittimazione della condotta iniqua,* ²⁸ *oppure, se non*

²⁷ FEDORYKA op. cit. 321., 324., 326., 329. (corsivi nel testo). Cfr. UTZ (1997) op. cit. 183. Alcuni autori sul punto sostengono argomentazioni autoconfutatorie. Glinka Cfr. Maurizio Pietro FAGGIONI: Il teorema della legge imperfetta e il principio del male minore. In: EUSEBI (2017) op. cit. 101.: «se una legge è ingiusta non esiste principio morale che possa giustificarla e votarla è un male, tuttavia il parlamentare di retta coscienza non sta proponendo o approvando una legge ingiusta *simpliciter*, ma si sta impegnando per rendere meno ingiusta una legge ingiusta: egli sceglie di votare un male minore, la legge meno ingiusta». L'esimente si troverebbe nello stato di necessità, ma le condizioni non hanno il potere di mutare la natura di un atto malvagio.

²⁸ Per collaborazione formale si intende un atto cooperativo di un soggetto che condivide il fine dell'atto dell'agente principale. Viene da chiedersi, in merito alla collaborazione immediata e prossima dove il collaboratore pone in essere la medesima azione dell'agente/degli altri cooperanti (votare una legge), che ruolo giochi, relativamente alla collaborazione formale, l'errore del collaborante sull'identità dell'atto proprio e/o dell'agente. È questione, noi crediamo, di carattere definitorio: se per condivisione si intende solo identità dei fini morali tra collaborante e agente (condivisione oggettiva), nulla rileverebbe la consapevolezza della reale identità dell'azione del cooperante o dell'agente. Ad esempio: Tizio crede di scegliere l'oggetto morale X di una certa azione invece sta scegliendo Y e Caio ha scelto Y. La coincidenza di oggetti realmente scelti configura condivisione oggettiva

esistesse questa consapevolezza, *una collaborazione materiale e, qualora il votante avversasse/non avversasse la condotta legittimata dalla legge, una collaborazione materiale/formale a favore di quei cittadini che si avvarranno della legge come strumento per far proprie le condotte ivi disciplinate*. Per decidere poi della liceità delle collaborazioni di tipo materiale prima indicate occorrerebbe far riferimento al principio del duplice effetto e quindi soprattutto alla proporzione tra gli effetti positivi ed effetti negativi. Ma ciò che rileva dal punto di vista morale sta a monte, ossia nel giudizio di illiceità del voto in sé a favore di una legge ingiusta, prima che esso si configuri come collaborazione formale/materiale in relazione agli altri parlamentari e al di là del fatto che la legge diventi strumento usato dai consociati. *Ciò che in ultima istanza rende illecito tale voto sta nel fatto che votare a favore produce l'effetto "legittimazione del male" ed è tale effetto l'oggetto dell'azione di votare, anche nel caso in cui non fosse riconosciuto come tale dal votante perché l'oggetto del voto rimarrebbe intrinsecamente disordinato. Rectius: il voto a favore coincide, si identifica con la legittimazione della condotta o legittimazione in senso più ampio dell'ingiustizia, voto dunque inteso come volontà di legittimare. Gli altri possibili effetti buoni – ad esempio l'evitare il varo di una legge più iniqua – sono posteriori a questo, cioè sono effetti causalmente connessi con questo primo effetto e assumono le vesti di fini ulteriori*. Per comprendere meglio questo passaggio argomentativo articoliamo un esempio. La valutazione morale dell'azione di togliere il tubo endotracheale ad un paziente terminale, il quale necessita della ventilazione assistita per sopravvivere, al fine di non farlo più soffrire non può essere ricostruita nel modo seguente: l'azione materiale è il distacco del respiratore, l'oggetto morale è "eliminare le sofferenze", oggetto moralmente buono. La morte sarebbe effetto indiretto non ricercato direttamente. Bensì il corretto giudizio nasce dalla descrizione della dinamica fattuale degli effetti prodotti e quindi necessariamente ricercati: l'azione materiale è il distacco del respiratore, il fine ricercato "eliminare le sofferenze" è prodotto dall'effetto "morte". Ergo chi ricerca il fine buono "eliminare

di fini. Se invece per condivisione, sempre nel caso della collaborazione immediata e prossima, s'intende l'adesione consapevole da parte del cooperante al fine perseguito dall'agente (condivisione soggettiva), ciò comporta che i due fini perseguiti debbano essere identici sotto la prospettiva della percezione soggettiva, poco rilevando la prospettiva oggettiva, quindi poco rilevando l'errore. A seconda dell'azione o azioni su cui cadrà l'errore si produrranno i seguenti casi: Tizio crede di porre in essere l'atto X, invece è Y, e crede che anche Caio compia X, quando invece è Z (oppure anche Y). Oppure: Tizio crede di porre in essere l'atto X, invece è Y, e crede che anche Caio compia X, e X è il reale oggetto dell'azione di Caio. Oppure: Tizio compie X e lo riconosce come tale e riconosce, senza ingannarsi, che anche Caio compie X. Oppure: Tizio compie X e lo riconosce come tale e crede che anche Caio compia X, quando invece è Y. Riteniamo che si possa parlare di collaborazione quando il collaborante vuole condividere il medesimo fine dell'agente, non rilevando un possibile inganno sull'identità della propria e/o altrui azione. Ciò comporta che l'oggetto morale scelto, reale o presunto che sia, debba essere identico tra collaborante e agente. In tal modo la collaborazione formale si potrebbe predicare solo in presenza di tutti gli elementi di imputabilità quali la volontarietà in merito ad un certo oggetto morale, vero e presunto che sia, e il giudizio che tale oggetto è il medesimo scelto dall'agente principale. Così verrà attribuita alla collaborazione materiale l'azione in cui il collaborante ritiene, erroneamente, che l'oggetto della propria azione sia differente da quello dell'agente principale (come ricordato l'errore può riguardare il proprio atto, quello dell'agente o entrambi).

le sofferenze” non può che volere l’antecedente effetto “morte”, che costituisce il vero, perché reale, oggetto della condotta. Perciò l’azione morale è “assassinio”, la cui natura è malvagia, orientata ad una intenzione buona: eliminare la sofferenza.

Analogamente l’atto materiale del voto non è informato dall’oggetto “limitare i danni” a cui si accompagna la tolleranza dell’effetto negativo “legittimazione della condotta iniqua”. Infatti, la compressione dei danni rappresenta l’effetto prodotto dal varo della legge ingiusta che coincide con la legittimazione della condotta iniqua. Di contro il vero oggetto dell’atto del voto è appunto la legittimazione della condotta illecita e il fine remoto è la limitazione del danno. Come solo la morte permetterà di far cessare la sofferenza in capo al paziente, parimenti solo la legittimazione dell’ingiustizia avvenuta grazie ai voti a favore permetterà la limitazione dei danni. Quando allora l’effetto negativo è causa di quello positivo, volere quest’ultimo significa volere direttamente il primo. E, rispetto al paradigma assiologico qui adottato, non si può volere un oggetto malvagio per un fine buono. «Non si può usare una cosa illecita e sconveniente per far fronte ai danni o ai bisogni del prossimo»²⁹ spiega Tommaso dove l’espressione “cosa illecita e sconveniente” rimanda alla realtà di un oggetto di volontà intrinsecamente malvagio che non può essere in nessun modo usato, ossia – per ciò che ci concerne – votato.

²⁹ Tommaso D’AQUINO: *Summa Theologiae*, II-II., q. 110., a. 3, ad 4.

ARISTOTLE AND NATURAL JUSTICE

Péter LAUTNER
professor (PPKE)

Abstract

In *Nicomachean Ethics* V Aristotle outlines a framework with three elements, political, natural and conventional/legal justice. The paper aims to offer a more detailed picture of their relation and argues that natural and conventional justice are linked together. By distinguishing two phases of conventional justice, those before and after enactment, the first phase expresses a general rule that can be enacted in different ways. Such a general rule may also correspond to natural justice. The paper is about to show also that, on Aristotle's view, natural justice does not imply strict regularity since nature itself allows for variations and natural laws apply only for the most part, which gives room for equity.

Keywords: justice, nature, convention, general rules, enactment.”

Aristotle's account of justice in the *Nicomachean Ethics* Bk. V is complex. He makes many distinctions. First of all, he distinguishes universal from particular justice, saying that the former is associated with what is lawful and the latter with what is equal (or fair, ἴσον). The former is also characterized as complete virtue in relation to another person (1129b15-17, 1130a10-13), that is, as the exercise of all virtues towards other people, whereas the latter is a particular virtue and contrasted with graspingness (πλεονεξία), with the drive to get more than appropriate. Within particular justice, he also distinguishes between distributive and corrective justice. It is here that the doctrine of justice as a mean state has been exposed in full. Finally, for present purposes, we reach the distinction between natural and conventional justice (1134b19). The distinction is also important for it gives rise to the notion of equity. Aristotle's argument is short but the main lines may be clear enough. The crucial claim at the beginning of ch. 7 is that natural justice has the same force (δύναμις) everywhere (πανταχοῦ) and does not depend on whether we endorse it or not. Later on (1136b34-1137a1), he adds that conventional justice differs from what is just in the

primary sense.¹ However, the thesis has been formulated in a context indicating that the range of natural justice is limited. It is a part of political justice and differs from the other part of political justice, which is called conventional justice (1134b18-19). Therefore, if we want to have a clear notion of natural justice we have to get a clue about the notions of political and conventional justice as well.

Political justice itself seems to be the part of justice in general (τὸ ἀπλῶς δίκαιον). It is found where “people share their lives together with a view to self-sufficiency: people who are free and equal either proportionately or arithmetically” (1134a26-28).² This seems to be the genuine form of justice, however, because people not living together in *polis* under the rule of law can be just in way but their justice is a resemblance of political justice.³ Living in *polis* is a prerequisite for genuine political justice. They cannot be just properly speaking for, according to the general definition, “the just man is the one who is in conformity with the law and favouring equality (fairness)” (1129a33), which implies that the notion of justice is somehow connected to the notions of lawfulness and equality (or fairness) alike. Laws, again, require a community arranged in accordance with rules, some of them are written. The primary manifestation of justice, then, is in the sphere of politics broadly speaking, that is, in the sphere of civic activities. This is all the more understandable for unlike Plato, Aristotle conceives of justice as a primarily interpersonal virtue. All the conduct we show towards others falls within the scope of justice, whereas we cannot exercise justice towards ourselves (1134b12-3). It allows him to say that in a sense justice is an excellence responsible for providing happiness for the community of citizens (πολιτικὴ κοινωνία, 1129b18-19).⁴ For this reason, we may consider it the paradigmatic type of justice. As a political animal by nature, man can only flourish in the context of *polis*, the highest form of human association, and therefore the full range of human virtues (excellences) can prevail in such environment only. For law

¹ In *Rhetoric* I 10, 1368b7–8 Aristotle talks about a kind of law (νόμος) that is unwritten, acknowledged everywhere and universal, and says that universal law is the law of nature (I 13, 1373b6). One might tempt to identify this law with natural justice (see, e.g., Jean-Yves JOLIF in *Aristote, Éthique à Nicomaque. Introduction, traduction et commentaire* par René Antoine GAUTHIER et Jean-Yves JOLIF. Louvain-le-Neuve, Peeters, 2002². (Louvain, Publications Universitaires de Louvain, 1958–59¹), Vol. II/1, 391.) but here we are dealing with the distinction between φυσικόν and νομικόν justice and the latter term may seem to cover all that is related to law or convention. On the other hand, universal law is said to be according to nature and there is a natural justice and injustice that is common to all (φύσει κοινὸν δίκαιον καὶ ἄδικον, 1373b5–6). Aristotle takes the example of Antigone who declares that it is naturally just to bury her brother even if the law of the city forbids it.

² Translation is by Christopher ROWE in *Aristotle. Nicomachean Ethics. Translation (with Historical Introduction)* by Chr. Rowe and *Philosophical Introduction and Commentary* by S. Broadie. Oxford, OUP, 2002. Translations from the Greek are mine unless stated otherwise.

³ Justice between slave and master, or between child and father is based on a relation between unequals, just as the relation between wife and husband, although it is said to resemble political justice more (1134b15). Being a form of village (κώμη) where despotic conditions prevail (*Politics* I 2, 1252b16–24), kingship also belongs to this category.

⁴ To put it otherwise, happiness is the common benefit for the citizens and involves a life in accordance with what is just unqualifiedly (*Politics* III 6, 1279a18–19),

intends to determine interpersonal relationships as well, justice must be related to the laws; in an ideal state such as Aristotle's *politeia*, they coincide. However, they differ in deviant forms of states and therefore we cannot identify justice with law-abiding in general.⁵ Another important consequence of the classification is that natural justice is not prior to political justice. It is a part of it and therefore there is no natural justice that could be conceived of as a pre-political phenomenon. Political justice comprises natural justice as a whole comprises a part. It implies that justice according to nature cannot be prior to political justice. It does not follow, however, that their relation is a genus-species one. If it were a genus-species relation, it would lead to a consequence that is not attested in Aristotle's text. Genus-species relation, and priority, involve definitional priority. If it were a definitional priority, however, then the definition of natural justice would contain a reference to political justice as a *genus proximum*. There is no such reference in the texts. Moreover, the relation of whole to part is not the same as the relation of a genus to its species. One might argue that the genus-species relation is a kind of whole-to-part relation but one has to accept also that the latter is more comprehensive. As a matter of fact, if we take a look at ch.11 of *Metaphysics* Bk 5, which is on the different senses of priority, we read that something is prior in respect of its nature and substance if it is possible for it to exist without other things that are posterior, whereas they cannot exist without it (1019a2-4, 13-14). If natural justice is part of political justice then it is clear that the former cannot exist without the latter, whereas the whole can exist without *this* part. It does not imply, again, that their relation is a genus-species one for natural justice is not defined with reference to political justice. Much could be said on the priority relations that are applicable to the one element or another of justice, but for present purposes, it is neither necessary nor feasible.⁶

The question I shall be concentrating on has a more limited range. It concerns the description of natural justice and its relation to conventional justice. The thesis I argue for is twofold. It says, on the one hand, that conventional justice seems to depend on natural justice and the dependence is, again, mereological (involving a whole-to-part relationship), and, on the other hand, that natural justice is variable because the laws in nature themselves are also variable in a sense and to some extent. Its variability is, however, restricted. If true, the thesis offers a further support for the claim that nature serves as a normative ground for justice⁷ (or law) for conventional justice is depends on natural justice which in turn belongs to political justice.

Let me start with the issue of relationship. In order to explain the difference between natural and conventional justice one may assume that natural justice relates

⁵ On this issue, see Marco ZINGANO: 'Natural, ethical, and political justice'. In: Marguerite DESLAURIERS & Pierre DESTRIÉE (ed.): *The Cambridge Companion to Aristotle's Politics*. Cambridge, CUP, 2013. 203.

⁶ For a fine analysis of this relation, see Michail PERAMATZIS: *Priority in Aristotle's Metaphysics*. Oxford, OUP, 2011. He makes many points that are useful for an analysis of the different aspects of justice.

⁷ It has been argued for by George DUKE: *Aristotle and Law. The Politics of Nomos*. Cambridge, CUP, 2020. 129.

to laws that reflect natural arrangement and contrast strikingly with laws that are made by agreement. It is a matter of agreement whether the sacrifice would be of a goat, not two sheep, or – to give a modern example – we need a law prescribing which side of the road to drive on, but it does not really matter which side we choose collectively. There is a general law that can be served in different ways. If we want to determine the relation between the two kinds of justice it seems that we are faced with two options; either we think that natural and conventional justice constitute two kinds political justice that are independent from one another or that one has a priority over the other. If we prefer the first option, we might think of the traditional contrast between νόμος and φύσις where, in one account, the two are mutually exclusive.⁸ In the second case, it is most likely that it is natural justice that has a priority over conventional justice, which implies that conventional justice draws on natural justice. Aristotle's division might give someone the impression that natural and conventional justice are independent subspecies of political justice, but a closer look at the exposition reveals the reason why it may not be the case.

Conventional justice is described first as “what in the beginning makes no difference whether enacted or not, but when enacted *does* make a difference” (1134b21).⁹ It shows, I suspect, that conventional justice has two phases or levels, separated by the moment of enactment in individual circumstances. Before implementation, it does not make a difference, which means that it is general. Moreover, we also read (b23-4) that it encapsulates laws that are laid down to meet particular cases such as the sacrifice to be made to the Spartan king, Brasidas. The reference to the king suggests that conventional justice here is a justice made for a particular case and possibly derived from some general principle. On the other hand, the former description is based on the distinction between the state of justice before enactment and the state of being enacted. This is the distinction between the first and the second level of conventional justice. The second level is characterized quite clearly; it contains the particular manifestations of conventional justice. Why does Aristotle say, however, that there is no difference in the beginning, only in the state of being enacted? One possible answer is that there is a general justice/law which is executed in different ways. At the beginning, however, we are dealing with the same general law. To take two examples, sacrifice must be made but it can be either of a goat or two sheep, or ransom has to be paid for a captive but the exact amount may vary from place to place. This general law may be the framework within which particular laws or particular kinds of conventional justice are formulated. However, we do not have to say that the first level of conventional justice is to be identified as a kind of written law; it may be constituted by well entrenched habits or practices as well. It remains to examine how the first level of conventional justice relates to natural justice.

⁸ It seems that the Cynics adopted this position, see the thorough discussion in Marie-Odile GOULET-CAZÉ: *Le cynisme, une philosophie antique*. Paris, J. Vrin, 2017. 485 ss.

⁹ νομικὸν δὲ ὃ ἐξ ἀρχῆς μὲν οὐδὲν διαφέρει οὕτως ἢ ἄλλως, ὅταν δὲ θῶνται, διαφέρει. (emphasis is mine, P.L.)

We can start with the statement that natural justice has the same force (*δύναμις*) everywhere. It seems that the term *δύναμις* refers to the scope or validity of the law, implying the possibility of enforcement. It is a kind of general justice that may entail a certain indeterminacy. It can be called general because it has the same force everywhere. The possibility of indeterminacy has been indicated by the remarks on the two of its species, as we shall see. In general, it may not require long argument to show that conventional justice varies. As for natural justice, there may be a few reasons to attribute it some form of variability.¹⁰ It may be the case even if we agree that it has a divine status.¹¹ The first level of conventional justice also has a certain kind of generality. Ransom must be paid for prisoners of war but the exact amount varies depending on the circumstances. From this point of view, natural justice and the first level of conventional justice are very much the same. At least, the text does not allude to any explicit difference between them. It is likely, then, that natural justice encompasses the first level of conventional justice. But how does natural justice work? If it is natural and has something to do with natural law, its working must resemble the way natural laws work in general.

One may claim that, for nature is prior to sheer convention, respect for social laws, the basis of political justice, can be expected only if they are neither arbitrary inventions nor reflecting the interests of a particular social group only. If, however, there is a kind of social law which is rooted in nature then it has to resemble other types of natural law. If this is the case then, due to the assumption that natural laws are eternal, social laws of this kind also must be eternal. In Aristotle's times, some people, possibly Sophists, thought that all kinds of justice belong to conventional justice. There is no such thing as natural justice since justice in general is liable to change. By contrast, if there were natural justice it would be immutable. Just as the fire burns upwards both here in Greece and in Persia (1134b25) all the time, so too natural justice is supposed to be always the same for every region. Whereas what is by nature is immutable and has the same force everywhere, they see things related to justice in change. As a consequence, these Sophists separate justice from nature and by denying the possibility of natural justice they confine justice to the realm of sheer convention. Their views represent a fairly strong version of the contrast between convention and nature (*νόμος-φύσις*). Aristotle deviates from their views for he says that, although in our world there are things that are by nature, everything is capable

¹⁰ The case for the variability of natural justice in each *polis* has been defended by Pierre AUBENQUE: 'La loi chez Aristote'. *Archives de Philosophie du Droit*, 25 (1980), 147–157., who lists both philological and philosophical reasons to support it (see also id., 'The twofold natural foundation of justice according to Aristotle'. In: Robert HEINAMAN (ed.): *Aristotle and moral realism*. London, UCL Press, 1995. 35–47.) It has been criticized at length by Pierre DESTRIÉ: 'Aristote et la question du droit naturel (*Eth. Nic.* V 10, 1134b18–1135a5)'. *Phronesis*, 45 (2000), 220–239. <http://dx.doi.org/10.1163/156852800510199>, who points out that the phenomenon of variability does not compel us to admit that natural justice varies from *polis* to *polis*.

¹¹ I am referring to the claim (made by BROADIE op. cit. 348.) that natural justice may correspond to a law that is divine (prescribed by the divine intellect) (*Politics* III, 1287a28–29). The question is to what extent divine law allows for exceptions in the sublunary nature.

of being changed.¹² He rejects the conventionalist premise that natural processes are governed by invariable necessities. It does not mean, however, that his rejection of conventionalism involves that the distinction between natural and conventional (i.e., legal) justice would lose its meaning. We have to bear in mind only that it is not variability that forms the dividing line between the two kinds.

Unfortunately, Aristotle is much clearer in dissociating himself from the conventionalists than in explaining the difference between natural and conventional justice so conceived. He says it is plain which justice is natural and which is conventional. Some commentators excuse this shorthand explanation by pointing out that Aristotle, just like Plato, has no patience with conventionalism, both of them thinking it is blatantly wrong.¹³ At any rate, he elucidates the difference with analogies; the right hand is superior by nature and yet it is possible that everyone should become such that they use both hands equally well. The suggestion may be that natural justice is not opposed conventional one.¹⁴ He also adds that just arrangements based on agreement and advantage are like units of measurement; “they are not everywhere of equal size but larger where people buy and smaller where they sell” (1135a1-2, trans. by Chr. Rowe). The analogies suggest slightly different approaches. The first, the one with the hand, suggests that there is a superior element that can be supplemented on occasions. There is a possibility that we can use both hands with equal success, although the right hand is the more natural for use. The second is a general expectation – there must be some measure – which can be met in different ways depending on the situation. Despite the difference, however, we have to see that in both cases natural justice is involved in conventional justice; in the first as an ingredient of a new compound (using not only the right hand, which superior by nature, but the left as well) and in the second case as a genus. It provides us with the chance of introducing mereological explanations. Now, I have not found any sign in Aristotle of a discussion of the relation exemplified by the right hand, but there is ample evidence for his analysis of the genus-species relation.¹⁵ It is a mereological relation. In ch. 25 of *Metaphysics* Bk. V we read that “[...] the results of any non-quantitative division of a form are also called its portions; that is why people assert that forms/species are portions of their genus” (1023b17-19). Later on, we also read

¹² 1134b32: εἴπερ ἄμφοι κινητὰ ὁμοίως, δῆλον. I am following Bywater’s interpunction, not Susemihl’s suggestion (εἴπερ ἄμφοι κινητὰ, ὁμοίως δῆλον) and understands ὁμοίως with Rowe as ‘alike’, not as ‘in equal manner’. The two types of justice are changeable alike, but not changeable in the same way or to the same extent.

¹³ See, e.g., Plato’s arguments in *Republic* I. Aristotle discusses moral conventionalism in *Nicomachean Ethics* I 3, on which recently see also Lesley BROWN: ‘Aristotle (with the help of Plato) against the claim that morality is ‘only by convention’’. *Ancient Philosophy Today*, I (2019), 18–37. <http://dx.doi.org/10.3366/anph.2019.0003>

¹⁴ Using the right hand only and using both hands equally well (i.e., being ambidextrous) are not mutually exclusive in the sense as, say, even and odd are so.

¹⁵ The example of right hand can be interpreted as supporting the claim that the natural is that which holds for the most part and most of the time, see Fred D. MILLER: *Nature, Justice, and Rights in Aristotle’s Politics*. Oxford, Clarendon Press, 1995. 75.

that parts of the definition can be regarded in a certain way as parts of the thing defined and because the definition of a species must include a reference to the genus (“man is a rational *animal*”) the genus can be called part of the species. Due to the fact, however, this kind of relation is a logical relation, based on the analysis of definition, we may leave it out of consideration because the relation we are discussing is not formulated in terms of definition. From this point of view, then, conventional justice is part of natural justice. They are not independent from one another; they are not independent subsets of political justice.

Let us turn to the character of natural justice. First of all, we have to have in mind that it is natural not because we have it by nature. Justice is a virtue of character and as such it is a disposition which we can acquire through habituation (*NE* II 5, 1105b19-1106a12). We have the capacity to become virtuous but it does not mean that all of us can fulfil that possibility. If so, how shall we explain natural justice? Or, perhaps, it is better to ask for an explanation of what is just (*δίκαιον*) by nature. The reason why it is natural is not that we have or approve it by birth. It is common acquisition (*Rhetoric* I 10, 1368b7). As a consequence, it is a certain kind of generality that provides its essential character. It has the same force (*δύναμις*) everywhere and does not depend on whether we endorse it or not. Generality, however, links it to the laws in nature. If we want to understand what natural justice is, we have to start with an explanation of the character of nature and natural laws in general. The thesis I put forward says that natural justice is changeable because nature itself is subject to change. In what sense is natural justice subject to change? If we stick to the analogy with nature there are two claims to be made, one is weaker, the other is stronger. In the weaker claim, the emphasis is on the particular decisions and actions that may vary but are subsumed under immutable and universal laws. The stronger claim, however, does not allow for universal laws either. It insists not only that just decisions and actions – the manifestations of justice as a virtue – are different depending on the particular situations, but also that the standards by which they are characterized as just are not universal. Since justice is connected to law, this kind of variability applies to natural law as well.¹⁶ To shore up the stronger claim we can refer to Aristotle’s description of the laws in nature. In *Physics* Bk. 2, ch. 8 he claims that things that are due to nature occur as they do always or for the most part.¹⁷ As nature has two realms, the region of celestial bodies and the sublunary world, and the motions of celestial bodies is completely regular, we can characterize them as occurring always in strict

¹⁶ To mention but two highly influential studies, this possibility has been defended by Leo STRAUSS: *Natural Right and History*. Chicago, University of Chicago Press, 1953. and Joachim RITTER: ‘Naturrecht bei Aristoteles’. In. id.: *Metaphysik und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*. Frankfurt, Suhrkamp, 1977. 133–181. (first published in 1962).

¹⁷ The – in all likelihood – pseudo-Aristotelian *Magna Moralia* also characterizes the natural as holding for the most part and the greater time (I 33, 1194b37–9, 1195a3–4). The treatise has been considered genuine and therefore discussed with respect of the Aristotelian theory by Peter SAMPSON: ‘Aristotle on natural justice’. *Studia Gilsoniana*. 3 (2014), 367–376. <http://dx.doi.org/10.3366/anph.2019.0003> He argues for the highly restricted range of the variability of natural justice although to be more persuasive the claim should have been supported by a direct demonstration of the authorship of *MM*.

regularity. By contrast, the sublunary world, our world, does not allow for such a strict regularity. As consequence, the laws here are not universal properly speaking for they must leave room for exceptions. They hold only for the most part and cannot refer to physical necessity. If something in nature happens by necessity it must occur always in the same way. Exceptions may be various in kind. They are best discussed in the biological works. It is not only the explanation of animal behaviour that has to accommodate exceptions but of the structure of animal bodies as well. Although Aristotle often associates things occurring for the most part with what comes about by nature, we find passages where some of these exceptions are considered contrary to nature and therefore they cannot be called natural. Aristotle gives us an example in his work on the generation of animals. “For the monstrosity belongs to the class of things contrary to nature, not any and every kind of nature, but nature taken as what holds for the most part; nothing can happen contrary to nature considered as eternal and necessary, but only in those cases where things generally happen in a certain way but may also happen in another way.” (*GA IV 4*, 770b15-18) The reason why they are contrary to nature is that monsters such as calves with two heads are dysfunctional. Other exceptions, however, are perfectly natural. He discusses some cases in his work on the parts of animals. He claims that in most animals, for instance, the liver is provided with a gallbladder, but the latter is absent in some, such as rhesus monkeys or seals (*PA IV 2*, 506b21 ff.). It does not mean that animals without gallbladder on the liver are incapable of living; they just do it in a different way. Both examples show that variability implies that natural justice allows for exceptions, not that there is a huge variety, equally viable possibility. The examples also suggest that the range of variability can be different. The first example allows for a fairly limited number of exceptions, whereas the second alludes to a much more generous approach. Aristotle lists a great number of species lacking gallbladder.

In Aristotle’s view, the characteristic of the subject matter determines the method of science as well. It implies that some kind of congruence holds between the exactness or inexactness of the accounts and the nature of the subject matter. Because human behaviour belongs to the events in the sublunary world, it denies strict regularity; it applies to the exemplary, i.e. virtuous human behaviour as well. Consequently, the sciences dealing with human affairs – ethics, politics and economy (the science of household) – cannot aspire to full accuracy either. In the first book of *Nicomachean Ethics* (ch.3, 1091b11 ff.) we read that in ethics we cannot expect mathematical exactness. Another, well-known consequence is that right human behaviour cannot consist in following rules. Just like Plato, Aristotle rejects the view that virtuous behaviour is nothing but following established rules. In their views, contemporary ethics is full of generalizations which are undermined by acknowledged counterexamples. If, then, natural justice can be expressed in terms of laws, just because these laws are natural, it cannot be universal. It means that it does not apply at all times.

With all this having in mind, we can return to the notion of natural justice. If things in sublunary nature are subject to laws that are flexible themselves and natural justice works like a natural law, then natural justice also admits variety. It seems that this variety is twofold. At the level of basic natural justice, nature itself may admit of

exceptions. At the level of particular decrees such the one on the sacrifice to be made to Brasidas, they may vary according to the circumstances. Different manifestations or formulations of this kind of justice meet the standard of being natural only if they are functional. (And Aristotle has a long story in *Politics* on what functionality may mean in this context) In the world of living beings monsters are called unnatural because they are dysfunctional. By contrast, presence or absence of the gallbladder does not add to or subtract anything from the well-being of the species. Many species can do without a gallbladder attached to the liver. Furthermore, it seems that natural justice contains conventional justice.¹⁸ The rejection of conventionalism carries the weight since as a consequence, scenarios such as the one we know from Sophocles' *Antigone* are gone.¹⁹ There is no natural *versus* conventional justice as such. It does not rule out that we enact bad decrees on the basis of natural justice. But this is a contradiction between the result of a particular enactment and the justice formulated in general terms. Moreover, in subsuming conventional justice under natural justice Aristotle makes it impossible that the one oppose the other. Before enacted, i.e. turned into particular decrees, conventional justice seems to correspond to natural justice. This is his answer to the old age problem of νόμος contra φύσις. However, it does not rule out a possible conflict between various proposals for conventional justice or just action. The reasons for this may be familiar by now. First, there can be several forms of conventional justice understood as particular exercises of a generic pattern. Second, even on the minimalistic scenario, in relying on natural laws justice admits slight variety, natural justice may not be uniform either.

¹⁸ Similar point, on different grounds, has already been made by RITTER (op. cit. 156–157., 167–168). He argues that natural justice is the ground against which conventional laws and decrees are to be judged. It implies that the natural justice is tied to conventional justice, which makes judgement on the basis of the former sensible. His thesis has been reformulated by ZINGANO op. cit. 204. ff.

¹⁹ Her example is mentioned in the context of discussing natural law as common to all (*Rhetoric* I 13, 1373b10–12). It seems that when Aristotle says here that natural law is common whereas conventional is particular (λέγω δὲ νόμον τὸν μὲν ἴδιον) then he refers to conventional law as an implemented law, not the law or convention before implementation. Before implementation, as we saw it earlier, there is no difference in convention; local differences come with the process of implementation.

LEGIS ACTIO IN REM AND ADOLF REINACH’S THEORY ON SOCIAL ACTS*

Nadja EL BEHEIRI
professor (PPKE JÁK)

Abstract

In an essay published in 2002, Ulrich Manthe analysed the ancient *legis actio sacramentum in rem* in the light of the speech act theory shaped, above all, by John L. Austin (1911–1960). Almost half a century before, Adolf Reinach, an outstanding member of the phenomenological school founded by Edmund Husserl, developed a theory of illocutionary acts from the perspective of realistic legal philosophy. One of the essential elements of the model developed by Reinach is the theory of social acts. In the first step, the paper focuses on the opening part of the *legis actio sacramentum in rem*. It shows that concerning the activity of the parties during the initial ritual of the law enforcement process, we discover the development from the acts of conviction and assertion, which still do not arrive at the state of social acts, to the social act of informing the other party about the claim. The paper also tries to approach the activity of the praetor and the judge through the theory of social acts. The “*mittite ambo rem*” on behalf of the praetor is qualified technically as the social act of a command. Without arriving at a final result, the paper makes a first attempt to apply the categories of commandment and enactment to the activities of the praetor and the judge. It leaves this item open to further research underlying at the same time that the application of the social acts might contribute to understanding the relationship between the two actors in ancient law.

Keywords: *Legis actio sacramentum in rem*, ancient rituals, Adolf Reinach, Phenomenology, Social acts,

* This work was created under the aegis of the Hungarian Ministry of Justice, within the framework of the program entitled “The Elevation of the Standards of Legal Education.

1. Introduction

It is remarkable that a considerable number of provisions in the Law of the Twelve Tables relate to procedural issues. The earliest way of law enforcement was strongly characterized by formalism and ritualism. The ancient regulations still exercise a fascinating impact on current modern scholars; as a result, several new approaches emerged on interpreting ancient rituals.¹

In an essay published in 2002, Ulrich Manthe approaches from analysing the role of the words in the early roman procedure.² Based on Cicero's pro Murena³, he asks the question whether the use of specific words at the core of the *legis actio* procedure was a consequence of hidden striving for power or an efficient means to disambiguate a statement.

The German scholar argues for the second alternative, and reinforces his view by referring to the theory of speech acts as shaped, above all, by John L. Austin.⁴ In his understanding, the phrase "*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*"⁵ can be considered as an explicit, performative illocutionary speech act. Manthe corroborates this view through an etymological analysis of the word "aio". According to the German professor, "aio" was not connected to *ago* (to put in motion, move, lead, drive, tend, conduct) originally; rather, it might be a derivative from *agjō* which meant "to speak". The conjunction of speech act theory and the etymological approach is strongly based on linguistic items. Almost half a century before Austin Adolf Reinach, an outstanding member of the phenomenological school founded by Edmund Husserl developed a theory of illocutionary acts from

¹ On the fascination with the Law of the Twelve Tables see already Cicero in De Oratore 1,195: „*Fremant omnes licet; dicam quod sentio: bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur Duodecim Tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere, et utilitatis ubertate superare*". In regard to the bibliographie cfr. Max KASER: *Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*. Vandenhoeck & Ruprecht, 1949.; Max KASER: *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1956, 2. Auflage mit Nachträgen.; Joseph Georg WOLF: Zur legis actio sacramento in rem. In: Okko BEHRENDTS – Malte DIESELHORST – Wulf Eckart VOSS (ed.): *Römisches Recht in der europäischen Tradition* Ebelsbach, Rolf Gremer, 1985. 1–39. Max KASER: Über relatives Eigentum' im altrömischen Recht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 102 (1985); Max KASER: Zur legis actio sacramento in rem In: (ed.): *Estudio de derecho romano en Honor de Álvaro D'Ors*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1987.; György DIÓSDI: *Ownership in ancient and preclassical Roman law*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970.; János ZLINSZKY: Gedanken zur legis actio sacramento in rem. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 106 (1989), 106–151. Tamás NOTÁRI: Remarks on the origin of „Legis Actio Sacramento in Rem". *Antik Tanulmányok (Studia Antiqua)*, 1 (2007), 71–94.

² Ulrich MANTHE: Agere und aio: Sprechakttheorie und Legisaktionen. In: Martin SCHERMAIER – Michael RAINER – Laurens WINKEL (ed.): *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*. Köln Weimar Wien, Böhlau, 2002. 431–444.

³ CICERO: Pro Murena. 26.

⁴ A lexical interpretation of the formula in the light of speech act theory had been suggested already by WOLF op. cit. 12 footnote 66.

⁵ GAIVS: Institutiones 1,119.

the perspective of realistic legal philosophy.⁶ Through his concept of an act, Reinach follows his teacher, Edmund Husserl, by conceiving an act as the physical expression of an experience.⁷ Husserl points out: "In virtue of such acts, the expression is more than a merely sounded word."⁸ The ultimate scope of an act is to establish a relation between people. In a lecture held in 1911, Reinach distinguishes between non-social and social acts.⁹ Examples for non-social acts are conviction and assertions. Those acts are intentional (i.e. directed towards an object) but they do not go beyond the interior world of the person (where we can differentiate between psyche and soul). On the other hand, according to the philosopher and lawyer Reinach, social acts are intentional, spontaneous and other-directed acts, and they are also in the need of being heard.¹⁰

In this contribution inspired by the essay of Manthe we intend to apply the theory of social acts to the ancient *legis actio sacramento in rem*. As conceived by Reinach, social acts neither depend on law codes, nor do they belong to a whatever defined natural law. By applying the phenomenological method to legal science we will grasp essential legal realities. We reckon that explaining the most ancient procedure used in the course of law enforcement through social acts might also contribute to a deeper understanding of Roman procedures.

2. The ritualism of the *legis actio sacramento in rem*

In his *Institutions*, Gaius brings a record of *legis actio sacramento in rem* as a procedure.

The specific characteristic of the *legis actio* resides in its ritualism. Rudolf Jhering stated that ancient legal acts were concentrated in their form. Legal requirements, condition and effects converge in its form.¹¹ The form reflects aspects of positive

⁶ Adolf REINACH: Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts. [REINACH (1989a)] In: Karl SCHUHMAN – Barry SMITH (ed.): *Werke. Textkritische Ausgabe in 2 Bänden, Band 1*. München, Philosophia Verlag, 1989. Reinach deals with the social acts in Chapter 2 § 3. Cfr. an analysis from a linguistic point of view of the doctrine of social acts: Armin BURKHARDT: *Soziale Akte, Sprechakte und Textillokutionen. Adolf Reinachs Rechtsphilosophie und die moderne Linguistik*. Tübingen, Max Miemeyer, 1986. In the present text we use the English translation by John Crosby. Adolf REINACH: *The Apriori Foundations of the Civil Law*. Texas, The International Academy of Philosophy Press, 1983. Cfr. more about Reinach's speech act theory John Crosby In: op. cit. *Speech Act Theory and Phenomenology*, 62–88. Virgilio CESARONA: Die Grundlagen der apriorischen Lehre Adolf Reinachs über die sozialen Akte. *Perspektiven der Philosophie*, 2016/42 (2016), 52–69.

⁷ Edmund HUSSERL: *Logical Investigations. Volume I. Translated by John Niemeyer Findlay* London/ New York, Routledge, 2001. 191–192.

⁸ Ibid.

⁹ Adolf REINACH: Nichtsoziale und soziale Akte. [REINACH (1989b)] In: SCHUHMAN–SMITH op. cit. 355–360.

¹⁰ REINACH (1983) op. cit. 19.

¹¹ Bruno SCHMIDLIN: Zur Bedeutung der Legis Actio: Gesetzesklage oder Spruchklage? *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'histoire du droit*, 38 (1970), 376.

law and ontological aspects of a legal act.¹² As for the use of *certa verba* in the procedure of *legis actio*, Dario Mantovani underlines several general characteristics. A complex ritual of gestures and symbols were used for the enforcement of the law. The presence of the parties was necessary but there was no space for an interpretation of the subjective will of the parties. Words and gestures correspond to a mind which was used to move through oral expressions. This ritualism was shaped by a monopolistic tendency of the pontifices regarding the development and adaptation of the law. The Italian scholar draws the attention to the fact that the focus on object orientated solutions, a distinctive feature of later jurists was already present in its germ in this ancient procedure. The very process of elaboration of *certa verba* for specific situations presupposes already a developed sense for the application of law. The words used during the procedure may be considered as an attempt to grasp the state of affairs and to provide a solution through legal reasoning.¹³ In very ancient time the ritual might have been strongly connected to a mythical faith, but it is remarkable how the rituals employed were already a manifestation of interpersonal acting within the realm of the enforcement of rights.

3. The procedure of the *legis actio sacramento in rem (lasir)* in the light of social acts

3.1. The opening part

According to the Law of the Twelve Tables, the legal procedure started with the so-called “*In ius vocatio*”. When the plaintiff called the defendant before the magistrate (*in ius*), the defendant was obliged to go. In the case of moveable things, the procedure began once both parties and the object of litigation arrived in front of the magistrate. Gaius delivers a record of the words spoken during the procedure. We can notice that the jurist does not refer to the parties as plaintiff and defendant. The first party is called “*qui vindicabat*” whereas the second “*adversary*”. According to Gaius, the opening sentence of the *lasir* was as follows:

“*Hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam.*”

Next the party put the *festuca* on the object and continued: “*Sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui.*”

Gaius records the words of the *legis actio*, yet he does not present a detailed account on the procedure itself. Therefore, we find different interpretations among scholars. Max Kaser proceeds from the opinion that both parties move on the same level and both of them used the same words (*meum est ex iure Quiritium*) and completed the

¹² In this sense we might understand the expression *actus legitimus* as it is used for instance by Papinian in D. 50.17.77. The jurist lists a number of acts that are not susceptible to be bound in time or condition. By contrast, social acts in the sense Reinach uses them, these are open to limitations in time and also to conditions as well.

¹³ Dario MANTOVANI: *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*. Milano, CEDAM, 1999. 17–19.

same gestures (to put the *festuca* on the object). From this point he developed his very famous theory of relative ownership. As both parties asserted the same right and took the same oath, the judge decided on who had the better right (not the best one). Other scholars state that there was no symmetry among the parties during the procedure, and only one of them had to prove the right on the thing.

So the question arises as to which of the two parties has the burden of proof. Some scholars part from the view that the words "*meum est ex iure quiritium*" were spoken first by the plaintiff who, in a further step asks the defendant to prove his right. Those who held this opinion justify the uncommon distribution of the burden of proof with the assumption that the remedy was originally connected with a suspicion of theft.

Allan Watson challenges this opinion, and holds that the opening words were spoken by the defendant. It is also the defendant who should first place his *festuca* on the object, reaffirming his position of power. In accordance with Lévy-Bruhl, Watson draws the attention to the unusual fact that, according to the opinion which seems to be the generally accepted one, the possessor in his role of a defendant should have to prove his right. With the appearance of the parties before the magistrate the procedure will go forward inevitably; therefore it does not seem to be as much against the interest of the defendant to make the opening statement as it might seem at first glance.¹⁴

The text by Gaius contains a problem of punctuation. Ulrich Manthe reads the text placing a semicolon after "*meum esse aio*". This choice also emphasizes his idea to connect the procedure with the speech act theory. Max Kaser defends the same opinion when he writes that the words "*secundum suam causam sicut dixit*" form a whole with the subsequent ones "*ecce tibi vindictam imposui*".¹⁵ Alan Watson connects *meum est* with the following words: *secundum suam causam*. The Scottish author unifies the two statements without any punctuation by putting a full stop after the term "*causa*". With this decision Watson seems to follow the argument of Zulueta, who does not make a final judgement regarding the punctuation, but concludes that *secundum suam causam* should be linked to *meum esse* stating a good title for ownership, but without specifying it.

The gist regarding the two interpretations is as follows: according to Kaser and Manthe the opening part does not contain any reference to the *causa*, while in Watson's version the *causa* is mentioned already in the very introduction of the procedure. The variance of the two readings might be connected to the difference between speech act and social act. With the speech act theory the accent is mainly put on the words themselves, while a social act assumes a wider approach. We will come back to this item later.

As to the content of the *causa*, Kaser, in accordance with Wolf, states that the term does not refer to any of the modern *causae* which originates ownership. Neither original ways (like occupation, acquisitions of fruits etc.) nor derivative ones (like tradition) or *usucapio* are to be considered as *causae vindicandi*. The same

¹⁴ WATSON op. cit. 456.

¹⁵ KASER (1996) op. cit. 95.; KASER (1985) op. cit. 672.

observation applies also to titles of acquisition under the law of obligation (sale, donation, fulfillment of an obligation). Kaser underlines that the *causa* in the context of the *lasir* aims no more than that the acquisition took place *iure* or *iniure*, i.e. by unlawful force.¹⁶

3.2. Conviction, Assertion, Information: the path from an act to a social act

As mentioned in the introduction, Reinach distinguishes between social acts and non-social acts. He qualifies conviction and assertion as non-social acts.

The sentence *meum est ex iure* quiritium certainly contains a conviction. According to the doctrine developed by the lawyer-philosopher, conviction is the best example for intentionality without it being an act.¹⁷

Intentionality within the framework of phenomenology means the necessary directedness towards an object. The conviction refers to a state of affairs which is founded on an apprehension.¹⁸ As of Reinach, conviction is a state of the consciousness of the human being (of myself); it arises in him (Überzeugung ist eine Zuständigkeit des Ich, sie erwächst ihm 425).¹⁹

As regards conviction, intentionality is fulfilled alone from the requirements constituting a social act (intentionality, spontaneity, other-directedness, need of being heard). According to Reinach, the distinguishing criterion of spontaneity is “the inner acting of the subject”,²⁰ whereas the subject is the phenomenal originator of the act.

Conviction is not the result of an inner acting; In the very beginning of the process, according to Reinach, an object exercises an impact on the subject and thus develops a relevant conviction. Apprehension is a kind of threshold from presentation (through e.g. seeing or hearing) to conviction.²¹

Adolf Reinach further states that a person can be convinced of a state of affairs and keep this conviction to herself; it must not necessarily go beyond the internal sphere of the person (even a conviction might be expressed verbally without addressing anybody). A conviction is susceptible to various graduations (it might be stronger or weaker) and a conviction has a fundament (einen Grund). The scholar from Göttingen defines a fundament as a fact known by the person; the conviction arises from this knowledge. (Ein Grund ist die Tatsache, die das Subjekt kennt und aus deren Kenntnis die Überzeugung erwächst).²²

¹⁶ KASER (1985) op. cit. 687–688.

¹⁷ REINACH (1989b) op. cit. 355.

¹⁸ Barry SMITH: On the Cognition of States of Affairs. In: Kevin MULLIGAN (ed.): *Speech Act and Sachverhalt Reinach and the Foundations of Realist Phenomenology*. Dordrecht, M. Nijhoff, 1987. 206.

¹⁹ Adolf REINACH: Über die Dingfarbe und Dingfärbung. [REINACH (1989c)] In: SCHUHMAN–SMITH op. cit. 425.

²⁰ REINACH (1983) op. cit. 19.

²¹ SMITH op. cit. 206–207.

²² REINACH (1989b) op. cit. 355.

According to Reinach, the conviction as such is not yet considered as an act, therefore neither is it an object of judgment (Gegenstand von Geboten und Verboten). Evaluation might refer to the understanding beyond the conviction. Object of such a judgement might be an attitude or action behind the conviction. A person might abandon herself or himself to a conviction in a light-minded way or might get cautious through experience. On the other hand, a conviction might also be expressed to others, and there we arrive at the stage of assertion. An assertion, in Reinach's approach, is already an act, insofar as it finds an expression beyond the psychic side. An assertion is intentional and spontaneous. Unlike the conviction, an assertion is not open to gradation (beim Behaupten gibt es keine Grade von Gewißheit), and the assertion is not yet other-directed. As Reinach states: "I can also express this conviction in an assertion for myself without having any partner to whom it is addressed."²³ Further on the philosopher-lawyer states that an assertion is grounded not in a fundament, but in motive. The motive is the item which determines the decision to act (das was mich zum Entschluß bestimmt 487). On a third level we have the act of informing (Kundgabe) which is already a social act as it is intentional, spontaneous and, in contrast with conviction and assertion, it is other-directed and determined intrinsically by the necessity to be heard.

The distinguishing feature for the qualifying an act as social one rests on the need of being heard. It belongs to the essence of the act of informing that the person to whom the act is directed becomes aware of its content. As Reinach says: "With this becoming aware the goal of the informing is reached. The circuit which is opened with sending out of the social act is here closed."²⁴

3.3. Conviction, assertion and information applied to the opening part of the *legis actio sacramento in rem*

Applying these observations to the opening sentence of the *lasir*, we can make the following considerations. The first sentence *meum est* certainly expresses a conviction. Reinach gives a description of the phenomenological origin of consciousness.

"Imagine that there has risen a question between myself and someone else concerning the colour of a particular object. I step up to the object and I see that it is red. The being red of the object is given to me, and as it comes to be given to me there develops within me the relevant conviction or belief that the object is red."²⁵

We may create a similar situation regarding ownership, which, in consequence, leads to a *lasir*.

²³ REINACH: (1983) op. cit.21.

²⁴ Ibid.

²⁵ SMITH op. cit. 205.

A quarrel arose whether a thing belongs to one person or to another one. Each of them approaches the thing. From a phenomenological point of view, a colour is considered to be the quality of a thing. Humans have the capacity to grasp the colour qualities.²⁶ Based on the categories established by classical philosophy, since Aristotle a thing is related to a person.²⁷ According to Reinach, ownership or property is the most powerful relation between a person and a thing. From a phenomenological perspective, ownership is an ultimate, irreducible relation, which cannot be further resolved into elements.

When a person sees a thing and apprehends that it belongs to him, the relationship is given to him in the same way as the colour of an object, and out of this apprehension arises the conviction that this thing belongs to him as his property.²⁸ In the first sentence of the formula of the *lasir* – “*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*” we can trace an arc from the mere conviction to the uttering of the same, and the information given to the other party and the praetor.

As mentioned, every conviction must be rooted in a fundament. The fundament of the conviction “*meum est*” lies in the *causa*. For that reason, we may prefer the hypothesis proposed by Watson that “*secundum suam causam*” belongs to “*meum esse aio*” and a punctuation mark should be used only after the reference to the *causa*.

When the sentence is uttered, it enters the stage of an assertion (*Behauptung*). Here we notice also consistency with the expression “*Eigentumsbehauptung*” generally used when referring to this part of the formula. Strictly speaking, such an assertion might happen also without an interlocutor.²⁹ At this stage, although the assertion is uttered – *in ius* – and the magistrate and the other party are present, it is still not directed to them. While a conviction is connected with a fundament, an assertion is made out of a motive. A motive gives an answer to the question “why” which has to be distinguished from the source of an act.

On ethical level, Reinach brings the example of acting to benefit of others. While the source is the virtue of piety, the purpose might be helping the poor, and the motive is the law of God. In regard to the assertion of ownership we can state that the source is the conviction, the purpose is the reinforcement of law and the motive is the prescribed ritualism.

Conviction and assertion are not yet social acts. The receiver was not expected to respond or to correspond. The social act comes into the play with the next sentence, which is directed explicitly to the other party “*sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*”. “See! in accordance with what I have stated, I have placed my staff upon him.” In this part of the formula the other party is addressed directly, and the words are reinforced

²⁶ „[...] we have the grasping of the colour-qualities as such, which is certainly more than a plain staring at the colours; which rather means and underlining and drawing out of the qualities, an immersion in them.” Vgl. auch über die REINACH (1989c) op. cit. 365.

²⁷ Paul STUDTMANN: “Aristotle’s Categories”. In: Edward N. ZALTA (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/aristotle-categories/>

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

by the staff a symbol of power which might remind of a physical fight. It seems to be generally accepted that the staff comes to represent a weapon as an expression of ritualized force (*vindicata* probably derives from *vim dicere*) accompanied by a formula.³⁰ “*Ecce tibi*” aim at the opponent and “*sicut dixi*” refer to the point when ownership was simply asserted. At this stage the act is converted into the social act of informing (Kundgabe). Now addressing is intrinsic to the social act. “It belongs to its essence to address another to become aware of its content. By becoming aware, the goal of the informing is reached.

In the light of Adolf Reinach's social act doctrine, the ritualism of the *lasir* formula shows in an admirable way the logical path: from a conviction through an assertion to informing the parties, i.e. the communication of the ancient parties *in iure*.

3.4. *Manum conserere*

Besides the report from Gaius, we have two more testimonies about the *legis actio sacramento in rem*. Cicero refers to the ancient procedure in his speech in defense of Lucius Murena against his friend Servius Sulpicius Rufus who accused the elected consul of ambitus.

In the part of the speech, which is of interest in the context of the *lasir*, Cicero ridicules the formalism used in the ancient procedure. Other than in Gaius's texts, the object of the *legis actio* is a *fundus*, therefore his account centers in *manus conserere*. A further text is provided by Gellius whose interest in the text might come from his experience as judge. He gives a more balanced description of the formalism used, which he learned from jurists and their writings (*quod ex iurisconsultis quodque ex libris eorum didici*) and focusses to the procedure regarding pieces of land, and the *manu conserere* is connected to litigations of immovable.

Gellius points out two elements which lead to a solution adopted by tacit agreement, contrary to the Twelve Tables (*contra Duodecim Tabulas tacito consensus*). The fact that there were objects which couldn't be brought physically before the praetor and the circumstance that the boundaries of the city were extended, which made it impossible for the *praetores* to travel in order to attend all the emerging issues. The solution adopted consisted in that the parties had to go to the object of the litigation, and both of them had to put their hands on it. According to Gellius, afterwards the parties went back with a lump of earth (*gleba*) to the praetor where the vindication took place. The author of the *Noctes Atticae* gives a relatively detailed record of the modified procedure. The text states that “*institutum est (...), ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed “ex iure manum conserentum” vocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem de qua ageretur vocaret atque profecti simul in agrum de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem defferent et in ea gleba, tamquam in toto agro,*

³⁰ Francis de ZULUETA: *The Institutes of Gaius. Part II Commentary*. Oxford, Clarendon Press, 1958. 234.

vindicarent".³¹ The main problem of the text is how to understand the opposition between "*ex iure manum consertum vocarent*" and "*in ius vindicarent*." In the opinion of Wolf, *manum conserere* (with the related words *manu prendere* and *correptio manus*) took place after the *ius vocatio*. He follows Gellius's description who said that the parties and the praetor originally went to the estate where the *manum conserere* was performed. In later times, the parties went without the praetor, accompanied by witnesses. At this point the text of Cicero's pro Murena mentions that the parties called upon each other: "*tu me ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco*" and they set off. A wise man showed them the way (*praesto aderat sapiens ille qui inire viam doceret*).³² On the plot the parties uttered the solemn words and carried out the gesture.³³

Kaser put this procedure at a preliminary stage, which he assumes was developed already by the pontifices (Wir stellen deshalb die Formeln in ein von den *iuris consulti*, wohl schon den priesterlichen, ersonnenes Vorverfahren, (...)).³⁴ Johannes Platschek presents another understanding of the account of Gellius. In his opinion the "*vocatio ex iure*" is not to be understood in a territorial sense but "*ex iure*" should be read as of the law. *Manum conserere* is seen as a part of the regular procedure, a ritual expression of *potestas* over the thing, *vis ex conventu*. Both parties enunciated *potestas*, but only one of them was able to do that in accordance with the law. The praetor decided which of the parties has the right to use ritual force and to expel the other one from the fundus. This decision was already an indirect verdict regarding the ownership. Platschek accepts from Gellius only the terms, the wording of the law and formulae and the elements of the procedure. He does not want to follow the ancient writ in his explanations and descriptions of the different stages of the development of the procedure.³⁵

Analyzing the wordings through the doctrine of social acts, we might start with a comparison of the text of Gaius on the one hand, and those of Cicero and Gellius on the other hand. From Cicero's text we pick out the legally relevant statements and omit the ridiculing comments. The style of Gellius differs from Gaius and Cicero as he does not focus on transmitting the formula and he focusses on the *manum conserere*. However we think that a parallelism can be discovered, and there is no contradiction between the three texts.

³¹ GELLIUS: *Noctes Atticae*, 20,10,9.

³² The English version of the text in the Loeb edition: „Our learned friend was on hand to show them the road”.

³³ WOLF op. cit. 9–10.

³⁴ KASER (1987) op cit. 682.

³⁵ Johannes PLATSCHKEK: *Ex iure manum conserere: Zur symbolischen Gewalt im frühen römischen Eigentumsprozess. Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Issues 3 and 4 (2006), 259.

<p>Gaius 4,16: <i>Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam,</i></p>	<p>Cicero pro Murena 26: <i>Eum (fundum Sabinum) ego ex iure Quiritium meum esse aio.</i></p>	<p>Gell. 20,10,7-9: <i>“Manum conserere”...Nam de qua re disceptatur in iure in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est “vindicia.”</i></p>
<p><i>sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui, et simul homini festucam inponemat.</i></p> <p><i>Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.</i></p>	<p>[...] <i>Inde ibi ego te ex iure manum consertum voco. [...]</i></p> <p><i>“Unde tu me” inquit ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco. [...]</i></p> <p><i>Praesto aderat sapiens ille qui inire viam doceret. “Redite viam”. Eodem duce redibant. [...]</i></p>	<p><i>Correptio manu in re atque in loco praesenti apud praetorem ex Duodecim Tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: “Si in qui in iure manum conserunt” [...] institutum est contra Duodecim Tabulis tacito consensus, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed “ex iure manum consertum” vocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem de qua ageretur vocaret atque profecti simul in agrum de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo,</i></p>
	<p><i>“Quando te in iure conspico” et haec: “Anne tu dicas qua ex causa vindicaveris?”</i></p>	<p><i>uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent in ea gleba, tamquam in toto agro, vindicarent.</i></p>

Similar to the texts of Gaius and Cicero, the record of Gellius also mentions that the vindication is made by *verba solemnna*. But after mentioning that, he proceeds to the *manum conserere*, which, he said, was introduced against the Law of the Twelve Tables. As the attention of Gellius focuses on the exceptions, i.e. the object which could not have been brought before the praetor, and the magistrate himself could not go to the place where the object was, he refers only in a very general way to a *vindicare* through *verba solemnna*.

If we follow the account of Cicero, the parties appeared before the praetor and expressed their conviction that the fundus Sabinus belonged to them: “*fundum Sabinum ego ex iure Quiritium meum esse aio.*” From the point of view of social acts, that might be qualified as the assertion of a conviction. As we mentioned above, this assertion is not to be considered a social act yet. In the case the object was present *in ius*, the social act was performed through the imposition of the *festuca*. In the case that was not possible, one party called the other one to the *manum consertum*.

We consider that in *ius vocatio* was meant in territorial sense, following Wolf and Kaser, rejecting the hypothesis of Platschek. Furthermore, the *vocatio* can also be seen as a specific social act, which is essentially different from the social act of informing. This act can be situated beside the social acts of requesting and commanding as mentioned by Reinach. The scholar from Göttingen states that those acts are “fairly closely related acts”. The question is whether a sentence might be considered as a request or a command, often depends only on the way of speaking, emphasis, sharpness etc.

Considering the context, *vocatio* is closer to a command than to a request. Command and request differ from the social act of informing in the characteristic that in both cases it is not enough that the addressee should become aware of the content; he is also expected to perform a corresponding activity.

Reinach writes: “Every command and every request aim at an action on the part of the addressee which is prescribed by the act. Only the performance of this action definitively closes the circuit opened by these social acts.³⁶ When we look at the comparative listing of the texts, we might state that the first act that can be qualified as a social act is mutual command to go to the place where the object was situated. Here we see a difference regarding the procedure described by Gaius for cases of moveable things. The” *Kundgebung der Herrschaft über die Sache*”, the information about the power over the thing did not take place through the *vindicatio* but through *manum conserere*. This part of the ritual occurred without the presence of the magistrate yet before the witnesses who accompanied the parties to the location of the *fundus*. In this understanding, *manum conserere* replaces the imposition of the *festuca*. After having fulfilled this act of mutual information, the parties took a handful of the lot and brought it before the praetor where the *vindicatio* was carried out.

It can be easily noticed that this way of acting was against the procedure describes in the Law of the Twelve Tables. We mentioned that the use of the *festuca* was somehow connected to the idea of a physical fight; through the *manus* the declaration of *potestas* is even more emphasized. Rudolf von Jhering gave a detailed description of the *manus* as a symbol of power. He underlined that the hand is the symbol of power. He depicts that *manus* is the actual seat of active physical power. The hand is the tool, the symbol and expression of legal power understanding the action as an extrajudicial one. He maintains this vision even for the period when the parties didn't have to go far for the act of the *manum conserere*. Instead they could perform it in a rather symbolic way (by using a plot of land they brought from the fundus in

³⁶ REINACH (1983) op. cit. 21.

question, or later, on a plot of land which does not necessarily have to originate from the *fundus*, the object of the litigation.)³⁷

3.5. *Mittite ambo rem*

As a next step in the procedure, the magistrate commanded both parties to release the thing. At this stage the procedure moves into the decision phase. The analysis of the role played by the magistrate and the judge might require a more detailed reflexion on a further occasion. In this occasion, it might be also necessary to take position regarding the nature of ownership in ancient Rome. In the present context, we just distinguish the social acts performed by the magistrate from those carried out by the judge.

Technically, the order of the magistrate to release can be qualified as the social act of commanding. The *imperium* conferred through his election give him power to act on the level of facts. It might be worth recording the classical dictum *ius facere non potest*. Indeed, the magistrate is not able to decide at the level of law; from his position, he can only convey possession. János Zlinszky following, at least partly, earlier scholars, defends the opinion that after the opening ceremony the magistrate transfers the possession of the object to one of the parties by a provisional decision.³⁸ The commandment of the magistrate is the answer to the assertion made by the parties during the opening part of the *lasir*. According to Zlinszky, this commandment already contains a preliminary decision which will be completed by the verdict of the judge. The Hungarian scholar understands the assertion “*meum est ex iure Quiritium*” as manifestation of a power position protected by the early community. Through his commandment the magistrate decides which party should benefit from the protection of the community. According to Zlinszky, the magistrate takes a decision through a legal evaluation, the assessment of a question of law. It remains to answer the question in which moment the sacrament is deposited.

Zlinszky holds that the parties had to deposit the *sacramentum* only after the provisional decision of the magistrate. The explanation lies in a social response as perceived by the Hungarian scholar. As a result it would have been easier for people with fewer resources to find someone prepared to provide them with the necessary 500 As.³⁹

³⁷ Rudolf von JHERING: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2 Bd. 2*. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1858. 598–600.

³⁸ ZLINSZKY op cit. 134. Egon WEISS: Die Verteilung der Vindizien und der Eigentumsschutz bei der legis actio sacramento in rem. In: Franz LAUFKA (ed.): *Festschrift für Otto Peterka*. Brünn, Rudolf M. Rohrer, 1936.

³⁹ Zlinszky formulates his opinion based on the story of the poor war veteran constructed by Jhering. János ZLINSZKY: *Állam és jog az ősi Rómában [Recht und Staat im archaischen Rom]*. Budapest, Akademia kiadó, 1997. Rudolf JHERING: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1884. 187.

3.6. Decision of the *iudex*

It was the Austrian professor of Roman Law, Walter Selb, who pointed out with determination that when studying the *iudex* of the *legis actio* procedure, we should be careful not to be influenced by the figure of a modern judge. Unlike him, the ancient judge did not make a final decision that referred to the legal consequences.

He underlines that in the early procedure it was not the judge but the magistrate who finalized the procedure.⁴⁰ In the context of social acts we ask how to qualify the action of the judge. Selb stated that, on one hand, the task of the judge consisted in advising the magistrate. On the other hand, the *iudex* made a decision regarding the question if the *sacramentum* given by the parties was *iustum* or *iniustum*. According to Selb, the decision refers not to the assertion of the parties “*meum esse aio*” but to the one where they stated “*ius feci sicut vindictam imposui*”. Following this interpretation, the decision *in iure* and *apud iudicem* refers to two different items. The magistrate decides with regard to the possession of the thing, and the judge with reference to the statement of the rightfulness of the *vindicatio*.

If the judgement was in favor of the one who possessed, he simply remained in the possession of the object. If, on the contrary, the decision was to the advantage of the party who did not possess, the other possessing part was interested in handing over the object of litigation in order to avoid that the owed amount grew to the double (*lis infitiando crescit in duplum*). From a legal point of view, the magistrate provided ownership through an *addictio* or proceeded to an *arbitrium liti aestimandae* referring to the sum necessary for the *solutio* (Haftungslösung). It was therefore the *magistratus* who decided the litigation in the name of the community.⁴¹

The history and the character of the interaction between the magistrate and the judge is still open to further research. In this context, the sharp distinction between commanding and enactment made by Reinach may lead to new insights. The act of commanding is necessarily an other-directed act that presupposes the intention that some action should be realized by a different person. On the contrary, an enactment does not imply such an expectation. Whereas commanding presupposes the intention that some action should be realized by a different person, the intention which underlies enacting refers quite generally to the fact that something ought to be.⁴² Commanding is necessarily an other-directed act, yet enacting does not necessarily have a relation to other persons. The intention related to an enactment in the most general sense of the word is that something ought to be.⁴³ Another important characteristic of an enactment is that it does not have to adequate to something given beforehand, but through the enactment something is posited: “it ought to exist”. In this sense, Reinach places the enactment clearly within the realm of positive law. It is important to emphasise that the power of producing legal effect through an enactment on other

⁴⁰ SELB op cit. 393.

⁴¹ MAX KASER – KARL HACKL: *Das römische Zivilprozessrecht*. München, Beck 1996. 40.

⁴² REINACH (1983) op. cit. 105.

⁴³ REINACH (1983) op. cit. 106.

persons must be first conferred by these persons.⁴⁴ The realisation of these aspects in the context of Roman procedure seems to be a promising but difficult topic for further research.

With the present contribution we wanted to introduce the idea of reading the ancient procedure in the light of the social acts theory as developed by Adolf Reinach. The tool of social acts helps to describe the different stages of the ritual and to better grasp its deep meaning in ancient society.

⁴⁴ REINACH (1983) op. cit. 110.

ARTICLES

DIE TSCHECHISCH-UNGARISCHEN BEZIEHUNGEN
IM 19. JAHRHUNDERT UND DER AUSGLEICH

Milan HLAVAČKA

Historisches Institut der Akademie der Wissenschaften der Tschechischen Republik

Abstract

During the period from the Enlightenment to the 1848/1849 revolution, Czech-Hungarian contacts and efforts to get to know each other better had three main levels. The first level we can call the enlightened aristocratic interest in the knowledge and welfare of the country. It was based on individual relationships. The contacts of the founder of the Hungarian National Museum and the National Library, Count Ferenc Széchenyi, who maintained various relationships with the Czech crown lands, belong. This interaction resulted in particular from his family and friendly relationships with the Bohemian nobility.

Keywords: Czech-Hungarian relations; 19th century; political contacts

Die tschechisch-ungarischen Kontakte und Bemühungen, sich näher kennen zu lernen, wiesen in der Periode von der Aufklärung bis zur Revolution 1848/1849 drei Hauptebenen auf.¹ Die erste Ebene können wir das aufklärerisch-aristokratische

¹ Hauptliteratur zum Thema: *Slaven und Magyaren*. Leipzig, 1844.; František PALACKÝ: *Idea státu rakouského*. Praha, 1895.; Saint-René TAILLANDIER: *Tchèques et Magyars. Bohême et Hongrie. XV^e siècle–XIX^e siècle*. Paris, Librairie académique, 1869.; Karel ADÁMEK: *Základy vývoje Maďarův. Kulturně historické rozhledy*. Praha, 1879.; Ludvík ODSTRČIL: *Magyaren und Böhmen. Betrachtungen über Österreich–Ungarn*. Praha, 1886.; Karel ADÁMEK: *Uhry a Rakousko. Hospodářské a statistické rozhledy*. 1891.; František Ladislav RIEGER: *Rakousští Slaven a Maďaři*. Praha, 1906.; Karel ADÁMEK: *Upomínky z Uher*. Praha, 1909.; Josef MACŮREK: *Dějiny Maďarů a uherského státu*. Praha, 1934.; *O vztáchoch Čechov a Slovákov*. Bratislava, 1956.; Richard PRAŽÁK: *Palacký a Maďaři před rokem 1848*. Časopis Matic moravské 77, 1958. 1–2., 74–99.; Endre KOVÁCS – Jan NOVOTNÝ: *Maďaři a my. Z dějin maďarsko–československých vztahů*. Praha, 1959.; Richard PRAŽÁK: *Maďarská reformovaná*

Interesse an Wissen und Wohlfahrt des Landes nennen. Sie begründete sich auf individuellen Beziehungen. Hierher gehören vor allem die Kontakte des Gründers des Ungarischen Nationalmuseums und der Landesbibliothek Graf Ferenc Széchenyi, der vielfältige Beziehungen mit den böhmischen Kronländern unterhielt. Dieser Umgang ergab sich insbesondere durch seine verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen mit dem böhmischen Adel. Das Haus Széchenyi war verwandt mit den Familien Kinsky, Desfours, Clam-Gallas und Schwarzenberg. Die Schwester von Ferenc Széchenyi Anna Borbála (Barbara) heiratete im August 1777 nach dem Tod ihres ersten Ehemanns in Böhmen den Grafen Franz Wenzel Desfours. Eine Reihe von Aufenthalten in Böhmen und Mähren, ob nun aus wissenschaftlichen Reisen, zu Besuch bei seiner Schwester oder auf Kuren mit seiner Ehefrau, brachten Széchenyi viele Vertreter des böhmischen und mährischen Adels sowie des wissenschaftlichen und kulturellen Lebens näher. Dies bekundet auch Széchenyis reichhaltige Korrespondenz mit Vertretern der Adelshäuser Wallenstein, Sternberg, Kinsky, Salm sowie mit bedeutenden Persönlichkeiten der böhmischen aufklärerischen Wissenschaft, zum Beispiel mit Josef Dobrovský, Karel Rafael Ungar, Jan Bohumír Dlabač, Antonín Strnad und weiteren.² Diese Kontakte zeugen vom aufklärerischen Interesse Ferenc Széchenyis am politischen und kulturellen Geschehen in den böhmischen Kronländern, nicht jedoch von seinem Streben nach einer engeren Verbindung der oppositionellen tschechischen und ungarischen Ständebewegung gegen den landesherrlichen Absolutismus und dessen Germanisierungstendenzen.

Die zweite Ebene der tschechisch-ungarischen Beziehungen zeichnete sich durch eine ganz konkrete und pragmatische Hilfestellung der ungarischen Protestanten für die böhmischen und mährischen Glaubensbrüder bei der organisatorischen und geistlichen Erneuerung des Kalvinismus und Luthertums nach der Verkündung des Toleranzedikts im Herbst 1781 in Böhmen und Mähren aus. Hinter dieser Unterstützung stand sowohl der pragmatische Missionsaspekt als auch eine symbolische Ebene, auf der das ungarische protestantische Volk „dem tschechischen Volk das Licht zurückgab, das es einst von den Hussiten empfangen hatte.“³ Die Vertreter der

Intelligenz v českém obrození. Praha, 1962.; Jan NOVOTNÝ (ed.): *Dějiny a národy. Literárně historické studie o československo-maďarských vztazích.* Praha, 1965.; Richard PRAŽÁK: *Češi a Maďari v počátcích národního obrození. [Zum Entstehen der tschechischen und ungarischen aufklärerischen Wissenschaft].* Sborník prací Filozofické fakulty brněnské univerzity, C 15., Brno, 1968. 73–78.; Richard PRAŽÁK a kol., *Dějiny Maďarska.* Brno, 1993.; Richard PRAŽÁK: *Česko-maďarské kulturní vztahy od osvícení do roku 1848.* Spisy Masarykovy univerzity v Brně 298, Brno, 1994.; Richard PRAŽÁK: *Lajos Kossuth.* Brno, 1994.; Dušan UHLÍŘ: *Brněnská dohra Martinicova spiknutí. Forum Brunense,* 1995–1996. 32–42.; László KONTLER: *Dějiny Maďarska.* Praha, 2001.; Paul LENDVAI: *Tisíc let maďarského národa.* Praha, 2002.; Robert J. W. EVANS: *Vznik habsburské monarchie 1550–1700.* Praha, 2003.; Richard PRAŽÁK: *Styky Ference Széchenyi s českými zeměmi a dopisy zasílané Széchenyimu z Čech a Moravy.* In: Richard PRAŽÁK: *Széchenyi Ferenc és Csehország.* Országos Széchenyi Könyvtár, Gondolat Kiadó, Budapest, 2003.

² Die Korrespondenz ist sehr gut erfasst dank den Forscherbemühungen von Richard Pražák.

³ Ferdinand HREJSA: *Jan Věgh. K 150letému výročí tolerance.* Praha, Edici Blahoslavovy společnosti, 1930. 114.

ungarischen protestantischen Kirchen betreuten das ganze 18. Jahrhundert über im mährisch-ungarischen Grenzland geheime Protestanten und deren Ausbildung an ungarischen Schulen. Nach Verkündung der Toleranz durften fehlende Prediger nach Böhmen und Mähren nur aus Ungarn und dem Olsagebiet (Teschener Land) eingeladen werden. Bereits im Herbst 1781 wandten sich die erneuerten evangelischen Gemeinden in der Walachei, in Südmähren, auf der Böhmischemährischen Höhe sowie in Mittel- und Ostböhmen mit der Bitte um Entsendung von Predigern an die Superintendenturen in Modra, Miskolc und Debrecen. Während der Jahre 1782 bis 1813 kamen nach Mähren und Böhmen an die sechzig Prediger slowakischer und ungarischer Abstammung. Sehr intensiv tätig war das Kolleg in Sárospatak/Šarišský Potok, wo der Kollegsrektor István Szentgyörgyi und der Superintendent der Reformierten Kirche diesseits der Theiß in Miskolc Sámuel Szalay die ungarischen Theologen zur Hilfe für die böhmischen und mährischen Protestanten aufriefen. Der Aufnahme der ungarischen Prediger in Prag nahmen sich der Bürger István Kandó und Václav Matěj Kramerius an, der gemeinsam mit dem Prediger János Végh für den Bedarf der evangelischen Prediger einen Katechismus für die Jugend und die so genannte Kirchenagenda zusammenstellte und herausgab. Ähnlich literarisch aktiv war in Mähren Pastor Michael Blažek. Die meisten ungarischen evangelischen Prediger ließen sich in Böhmen und Mähren auch nieder; gründeten hier Familien und verschmolzen mit der hiesigen Gesellschaft. Im Jahr 1784 wurden in Krouna u Skuteč und in Jimramov auf der Böhmischemährischen Höhe der erste böhmische und der erste mährische Superintendent ernannt: der Absolvent František (Ferenc) Kovács aus Sárospatak/Šarišský Potok und der Debrecener Absolvent Michael Blažek. Zu den bekanntesten Predigern gehörten ferner der bereits erwähnte Jan (János) Végh, der bis zu seinem Tod im Jahr 1830 in Libiš und in Nebužely tätig war, Josef Szalay, der in Lysá nad Labem tätig war, Ondřej (Endre) Kovács in Kšely, Štěpán (István) Szeremley in Velim, Ladislav (László) Baka in Hořátev, Jan (János) Intzedy in Růžďka, Štěpán (István) Kálnay in Vsetín oder Jan (János) Szalatnay in Moraveč. Bemerkenswert ist der Fall der Familie Košut. Tomáš Košut war Erbvoigt in Lhota u Vsetína und Führer der geheimen Protestanten. Deshalb wurde er zur Übersiedlung nach Ungarn verurteilt, er kehrte erst nach Verkündung des Toleranzedikts zurück. Sein Sohn Jan studierte in Ungarn Theologie und war in Nové Město na Moravě tätig, sein Enkel Bedřich Vilém Košut war dann Pastor in Prag und nahm an der Revolution von 1848 teil.⁴ Die meisten ethnisch ungarischen Prediger aus Ungarn waren calvinistischer Konfession, während die lutheranischen Gemeinden in der Regel von gebürtigen Slowaken geführt wurden. Später absolvierten sowohl die Söhne der ersten ungarischen Prediger als auch gebürtige Böhmen und Mähren ungarische Theologieschulen, zum Beispiel Jan Košut, Josef Kačer, Josef Gerža oder Václav Karafiát.

Die dritte Ebene der tschechisch-ungarischen Beziehungen stellte das ungewöhnliche Interesse der tschechischen bürgerlichen intellektuellen Schichten am

⁴ Ilja BURIAN – Jiří MELMUK – Eva MELMUKOVÁ-ŠAŠECÍ (ed.): *Evangelici v rané toleranční době in Böhmen und Mähren*. seš. 5. Praha, 1996. 202–203.

Geschehen auf dem ungarischen Landtag dar, insbesondere an dessen schrittweisem und ausdauerndem Streben nach Einführung der ungarischen Sprache als zweiter Amtssprache in Ungarn. Die ungarische Reform- und schließlich Nationalbewegung wurde in Böhmen zum Beispiel über Kramerius' Zeitung verfolgt oder in Rulíks Verteidigungsschriften wiederholt erwähnt und bewundert. Später referierte die tschechische nationale Presse durchaus regelmäßig über die Tagungen des ungarischen Landtags. Diese Informationen bedeuteten eine geistige Stärkung für die tschechischen nationalen Emanzipationsbestrebungen. Die oppositionelle Landtagsbewegung des ungarischen Adels war zur Wende des 18. und 19. Jahrhunderts im Vergleich zur tschechischen nationalen Emanzipation bereits eine organisierte Form politischer Aktivitäten, die sich vor allem auf dem ungarischen Landtag in Pressburg/Bratislava abspielte und vom Adel angeführt wurde. Dabei stützte sie sich auf alte Ständeinstitutionen, die – und darin sahen die Tschechen ein geeignetes Modell auch für das tschechische Milieu – auch den Emanzipationszielen der modernen ungarischen Nation dienten.

Die Hauptwelle des Interesses an der ungarischen Problematik erhob sich unter den tschechischen Intellektuellen nach 1825 in Zusammenhang mit der Tagung des ungarischen Landtags, dem so genannten Reformlandtag. Zum Beispiel František Palacký erhielt damals Berichte über die Verhandlungen des ungarischen Landtags in Pressburg über seinen Freund, den Beamten des Statthalterrats in Buda/Ofen Martin Hamuljak. Die Unterschiedlichkeit der Entwicklung der tschechischen und ungarischen Nationalbewegung führte aber auch zu einer unterschiedlichen Auffassung der gegenseitigen Beziehungen. Die Tschechen suchten bei den Ungarn vor allem eine geistige Stütze für die eigene kulturelle und politische Emanzipation vom deutschen Element; deshalb wurden zum Beispiel die Reformvorschläge des Grafen István Széchenyi so aufmerksam verfolgt. Die Ungarn machten sich mit der tschechischen Wissenschaft und Kultur der Wiedergeburt bekannt, verstanden jedoch die auf austroslawistischen Vorstellungen und der slawischen Gegenseitigkeit begründeten tschechischen Bestrebungen innerhalb der Habsburgermonarchie nicht. Durch diesen unterschiedlichen Charakter und die verschiedene Auffassung der Emanzipationsbewegung bildeten sich jedoch die Voraussetzungen der zukünftigen nationalen und staatsrechtlichen Konflikte, deren erste deutlicheren Äußerungen wir zu Beginn der vierziger Jahre des 19. Jahrhunderts in Zusammenhang mit der Verbreitung der ungarischen Sprache im Amtsverkehr und weiteren Bereichen des öffentlichen Lebens verfolgen können. Diese zeigte sich unter anderem in der ersten Magyarisierungswelle, die die slowakischen patriotischen Vereine an den evangelischen Lyzeen und Gymnasien zu Beginn der vierziger Jahre des 19. Jahrhunderts traf. Vonseiten des ungarischen Landtags und der ungarischen liberalen Opposition wurde nämlich in den kulturellen Beziehungen der slowakischen Intelligenz mit Vertretern der sonstigen slawischen Nationen innerhalb der Habsburgermonarchie die Gefahr des Panlawismus gesehen. Damals erschienen in der ungarischen Presse erstmals Anschuldigungen, dass die Tschechen die Slowaken gegen die Ungarn aufhetzen würden und Oberungarn (die heutige Slowakei) an sich reißen wollen, da die hiesige Bevölkerung sprachlich mit ihnen eng verwandt ist. Einige Vertreter der tschechischen Intelligenz, zum Beispiel František Cyril

Kampelik, mahnten dann privat die Štúr-Jugend, die Wiener Regierung nicht durch öffentliche Propagierung slawischer Ideale und Russlands zu provozieren. Ein Teil der ungarischen oppositionellen Intelligenz nutzte die slawische Emanzipation in Ungarn dazu, sich auf den Seiten der deutschen liberalen Presse als Beschützer Europas vor dem Panslawismus zu präsentieren. Mit den Ansichten der ungarischen Liberalen, die vor allem 1841 in der Allgemeinen Augsburger Zeitung publiziert wurden, polemisierte Leopold Graf von Thun und anschließend auch Erazim Vocel. Beide argumentierten von austroslawistischen Positionen aus. Sie betonten, dass nicht etwa Ungarn und Deutsche die Stütze des österreichischen Staates seien, sondern im Gegenteil die Slawen bei einer Änderung der bisherigen österreichischen Innenpolitik zum einigenden Faktor des Reichs werden können. Die so genannte Slawomanie und Magyaromanie wurden erstmals zu einem ernsthaften politischen Thema, das neben der Problematik der deutschen Vereinigung permanent und polemisch die mitteleuropäischen Liberalen und Konservativen beschäftigte. Den Gipfel dieser Polemiken stellte die Broschürendiskussion zwischen Graf Leopold Thun und dem Vertreter der ungarischen Reformopposition Ferencz Pulszky dar, die sich in den Jahren 1843 und 1844 abspielte. Graf Thun teilte der Öffentlichkeit seine Ansichten 1842 in der umfangreichen Broschüre *Die Stellung der Slowaken in Ungarn* mit. Pulszky präsentierte seinen Standpunkt zunächst in der Allgemeinen Augsburger Zeitung und dann höchstwahrscheinlich in einer anonymen Abhandlung, die 1844 in Leipzig erschien. In erheblich konfrontativem Ton und auch mit schwerwiegenden Sachfehlern bei der Beschreibung des bisherigen Emanzipationsprozesses der Tschechen (zum Beispiel wird Josef Dobrovský hier grundsätzlich Dombrowski genannt oder die Gründung des tschechischen Patriotischen Museums in Prag wird falsch datiert), und auch unter dem Schutz der Herderschen Geschichtsphilosophie, wiederholte er hier die grundlegende staatsrechtliche, ethnische und kulturelle Argumentation aus der vorhergehenden Diskussion. Die tragenden Gedanken dieses Broschürenkriegs über die zukünftige Gestaltung der Beziehungen zwischen den Nationen in der Habsburgermonarchie kann zu folgenden Grundthesen zusammengefasst werden: die nichtungarischen Nationen der Habsburgermonarchie können ihr Schicksal nicht wie die Slawen mit verwandten Nationen hinter ihren Grenzen verbinden; die Anerkennung ähnlicher Rechte würde für die Ungarn den Selbstmord bedeuten, denn beim Ansturm der Nachbarn würden die Ungarn untergehen und ihr Gebiet von Tschechen, Russen, Deutschen und Rumänen an sich gerissen werden. Die territoriale Integrität des Vielvölker-Ungarns betrachtete F. Pulzský als unantastbar und jede Änderung der Nationalitätenbeziehungen in der Monarchie als politisch gefährlich. Eine Zollgrenze würde Ungarn für den westlichen Teil der Monarchie zu Ausland werden lassen. Die Bestrebungen nach einer Verschmelzung beider Teile oder einer Verletzung der territorialen Integrität Ungarns widerspricht der alten ungarischen Verfassung und wird daher nicht toleriert werden. Eine Umgestaltung der Monarchie nach dem Prinzip eines Vielvölkerstaats, aus der sich Palackýs späteres austroslawistisches Konzept ergibt, führt zum Zerfall Ungarns und zur Liquidierung der herrschenden Stellung der Ungarn in dessen Rahmen. Um diese Gefahr des Panslawismus und damit auch den Zerfalls Ungarns zu verhindern, ist die Magyarisierung der nichtungarischen

Ethnien in Ungarn notwendig. Die tschechischen kulturellen Institutionen sind kein Herd des Panlawismus im Reich. Vor den Tschechen stehen angeblich nur zwei Entwicklungsmöglichkeiten: entweder als österreichische oder als russische Provinz. Alle sonstigen Projekte, also Abtrennung von Österreich, Gründung eines slawischen Reichs der Mitte oder die Idee eines einheitlichen slawischen Weltreichs, sind lediglich Trugbilder.

Graf Thun opponierte dagegen, dass der „Sprachenkampf in Ungarn“ nicht allein eine ungarische Angelegenheit sei und dass gerade dieser Kampf die Integrität des Reichs zersetze. Die politische Föderation auf der Grundlage des historischen und nationalen Prinzips sei deshalb eine mögliche Lösung der innenpolitischen Konflikte in der Monarchie. Die Gegensätzlichkeit, aber auch die Ernsthaftigkeit dieser Standpunkte, war bereits in der Vormärzzeit völlig offensichtlich, die nachfolgende politische und staatsrechtliche Krise des Habsburgerreichs vertiefte und verschärfte sie nur. Trotzdem wurden die Berichte aus dem ungarischen politischen Leben und insbesondere auch aus dem Landtag weiterhin im tschechischen Milieu, vermittelt zum Beispiel durch den Journalisten Karel Havlíček Borovský in der Zeitschrift *Česká včela* (Tschechische Biene), als nachahmenswert angesehen. Betont wurden dabei vor allem die ungarische Konsequenz und Geschlossenheit bei der Verteidigung der nationalen Interessen. Zugleich wurde auch die Forderung verkündet, dass die Ungarn kein Recht auf das ganze ungarische Land haben, denn es ist auch von anderen Nationen bewohnt.

Die tschechisch-ungarischen Beziehungen während der Revolution änderten nicht ihren vorherigen mehr oder weniger proklamierenden Charakter. Die Meldungen über ungarische Angelegenheiten gewannen jedoch insbesondere in Böhmen an Intensität und Qualität. Insbesondere Havlíček's *Národní listy* (Volksblatt) und später die Kutenberger Zeitung *Slovan* (Der Slawe) referierten regelmäßig über die ungarischen Ereignisse. Die Position dieser Blätter in der Bewertung der ungarischen revolutionären Lage war jedoch stark schwankend. Unentwegt zeigte sich in dieser Position das tschechische politische Dilemma des Vormärz, schwankend zwischen Bewunderung für die festen und prinzipiellen Haltungen der ungarischen Opposition gegenüber dem Wiener Hof, die von erheblichen nationalen und staatsrechtlichen Zugeständnissen gekrönt waren, und dem proklamierten Schutz der slawischen Ethnien in Ungarn gegen die Magyarisierung. Die tschechischen Publizisten verwiesen häufig mit Erbitterung auf die slowaken- und serbenfeindlichen Schikanen und Umtriebe der ungarischen und ungarfreundlichen Beamten und insbesondere auf deren Feldzüge gegen die slowakischen Patrioten. Karel Havlíček kritisierte häufig auch den Undank der Wiener Regierung den Slowaken gegenüber, die neben den Kroaten als erste die Waffen gegen die ungarische Revolution erhoben hatten und dabei politisch in keiner Weise belohnt worden waren. Grundsätzlich wusste sich jedoch die tschechische Journalistik keinen Rat, wie die erfolglosen militärischen Aktionen der so genannten slowakischen Nationalarmee unter Bloudeks Führung zu bewerten seien. Dieses Dilemma umging sie mit der These, dass die Slowaken angeblich nicht für die slowakischen Nationalinteressen gekämpft hatten, sondern für den Kaiser und die Rettung des Reichs. Die allgemeine Verwirrung in der Bewertung der ungarischen Ereignisse auf tschechischer Seite war vollkommen, als

im Mai 1849 russische Truppen in Ungarn einmarschierten und Sammlungen für die „verlassenen und vernachlässigten slawischen Brüder“ in Ungarn veranstaltet wurden, mit denen hauptsächlich die Serben gemeint waren. Havlíček zufolge war die militärische Intervention der Russen völlig unnötig. Die Regierung hätte sich seiner Meinung nach vor allem an die österreichischen Slawen wenden sollen, um so durch einen energischen Schritt die Vertreibung des verfassungsgebenden Reichstags von Kremsier/Kroměříž wieder gutzumachen. Havlíček zufolge konnten die Ungarn nur mit Hilfe der Slawen geschlagen werden. Die Meinung zu den ungarischen revolutionären Ereignissen wurde im tschechischen Milieu nicht nur von der liberalen Presse gebildet, sondern auch von kirchlichen und ultramontane Kreisen und insbesondere von deren gezielter antirevolutionärer Propaganda, die zum Beispiel in der deutschen Schrift *Ludwig Kossuth, geweißt in der Offenbarung Johannis*, herausgegeben 1849 in Olomouc, die politische Tätigkeit von Lajos Kossuth als apokalyptische Katastrophe mit unabsehbaren Folgen darstellte. Dagegen konnte man in den Reihen der radikalen Demokraten und in ihrer Presse insbesondere ab Anfang 1849 eine steigende Sympathie für die ungarische Revolution beziehungsweise für deren rasante politische Schritte gegen die Habsburger und später auch für die militärischen Teilerfolge beobachten. Im Januar 1849 erschienen sogar in Žamberk/Senftenberg in Ostböhmen Flugblätter, die die Rekruten aus Böhmen aufforderten, nicht zur Einberufung zu gehen und nicht gegen die Ungarn zu kämpfen. Ende Februar wieder kam es in Prag zu einem Zwischenfall zwischen Studenten und Soldaten, wobei die Studenten angeblich die Soldaten mit „Kossuth über Euch!“ anschrien. Die radikale Presse agitierte mit der Feder von Emanuel Arnold und Karel Sabina zugunsten der Ungarn, und damit de facto auch für die Zerschlagung der Habsburgermonarchie und für ein Bündnis mit den Ungarn. Sie hofften dabei, dass auch die strittige Nationalitätenpolitik der ungarischen Regierung gegenüber den Slawen nach einem Sieg der Revolution entsprechend revidiert wird. Unter dem Eindruck der zeitweiligen Siege der ungarischen Revolutionstruppen bestand bei ihnen sogar die Hoffnung, dass Kossuth an der Spitze der ungarischen Revolutionsarmee nach Mähren und Böhmen ziehen würde. Die ungarische Thematik wurde also während der Revolution von 1848/1849 unter den Tschechen zum Gegenstand von Verdammung und Bewunderung und spaltete in einem gewissen Maß die im Entstehen begriffene tschechische politische Szene. Eine Art politisches Nachspiel hatte dann die ungarische Frage für die tschechische Politik und insbesondere für František Ladislav Rieger auch nach der Revolution. Nach dem Auseinandertreiben des Reichstags in Kremsier/Kroměříž hielt sich Rieger in Paris auf. Hier traf er sich im Mai 1849 inoffiziell im Hotel Lambert mit den Vertretern der ungarischen und polnischen politischen Emigration Lászlo Teleki sowie Fürst Adam J. Czartoryski und unterzeichnete eine Erklärung über die gegenseitige Unterstützung. Dieser, wie sich später zeigte, episodische Schritt in Richtung einer tschechisch-polnisch-ungarischen politischen Zusammenarbeit gegen die Habsburger, von dem auch die österreichische Polizei und die Regierung Schwarzenberg und Bach erfuhren, machte für lange Zeit Riegers Rückkehr nach Böhmen unmöglich.

Die tschechisch-ungarischen Beziehungen nahmen also selbst während der Revolution nicht eindeutig den Charakter konkreter pragmatischer Züge an,

konkretisierten jedoch die tschechischen und ungarischen politischen Positionen innerhalb des habsburgischen Staatengebildes, zum Beispiel als die tschechischen Reichstagsabgeordneten im September 1848 gegen den Empfang einer ungarischen Delegation durch den Reichstag stimmten oder als tschechische Freiwillige an den slowakischen antirevolutionären Expeditionen teilnahmen. Nach der Revolution änderten diese Beziehungen ihren Charakter und reduzierten sich zeitweilig nur auf Treffen tschechischer und ungarischer Radikaler in österreichischen Gefängnissen oder in der Emigration sowie von tschechischen und ungarischen Rekruten in den tschechischen und ungarischen Garnisonen.

Die tschechisch-ungarischen Beziehungen in den sechziger Jahren des 19. Jahrhunderts besaßen wiederum mehr oder weniger nur Proklamierungscharakter. Nach dem erfolgten Österreichisch-Ungarischen Ausgleich und dem erfolglosen Tschechisch-Österreichischen Ausgleich trat auch auf diesem Feld eine gewisse Ernüchterung und in gewissem Maß auch eine Beruhigung ein, die es ermöglichte, zahlreiche persönliche Kontakte zwischen Politikern anzuknüpfen und sich vor allem auf den Ausgleich der wirtschaftlichen Interessen der böhmischen Kronländer und Ungarns im Rahmen des dualistischen Doppelstaats zu konzentrieren. Zum agilsten Informator der tschechischen Gesellschaft und auch des Auslands über die österreichische Frage und damit auch über die ungarische Problematik wurde wiederum František Ladislav Rieger. Im Jahr 1860, während seines Aufenthalts mit Familie an der französischen Riviera, erschien in der Pariser Zeitschrift *Le Nord* eine Serie von Artikeln über Österreich, die dann 1861 als Broschüre unter dem Titel *Les Slaves d'Autriche et les Magyars* erschien. Riegers Schrift hatte den Charakter eines Überblicks für das Ausland über die politischen Angelegenheiten Österreichs, war zugleich aber auch eine Botschaft an die österreichische Regierung über die Vorstellungen der tschechischen Politik in der Frage der verfassungs- und staatsrechtlichen Gestaltung des erneuerten, also konstitutionellen Österreichs. Westeuropa sollte mit dieser Schrift darüber belehrt werden, dass die österreichischen Slawen nicht der Germanisierung und Magyarisierung unterlegen sind, sondern im Gegenteil eine bedeutende kulturelle und wirtschaftliche Entwicklung durchgemacht haben, die ihnen ein völlig selbstständiges nationales Leben ermöglicht. Riegers Schrift bestand aus sieben Teilen, von denen sich die Kapitel über die Nationalitätenzusammensetzung des Reichs und über die Beziehungen der Ungarn zu den sonstigen Nationen Ungarns nur mit der ungarischen Problematik befassten und in ihnen die Ansichten des tschechischen intellektuellen Milieus über Ungarn zusammengefasst waren. Rieger verglich zunächst die tschechische und ungarische historische und staatsrechtliche Entwicklung und kam zu dem Schluss, dass Ungarn sich im Unterschied zu Böhmen „alle Rechte einer souveränen und autonomen Nation bewahrt hat, was ihnen eine Sonderstellung unter den Staaten des Reichs sichert“. Der Adel hätte stets hervorragend das Ungarland repräsentiert, obwohl seine Wirtschaftspolitik die Ursache für die Armut der unteren Bevölkerungsschichten sei. Den Ungarn sei es gelungen, ab dem Tod von Kaiser Josef II. das Ungarische zur „offiziellen Sprache anstelle des Lateins“ zu machen, wodurch allerdings die „Gleichheit der Ungarn und der sonstigen Stämme“ verletzt worden sei. Die Bestrebungen, die Slowaken zu magyarisieren, sah Rieger „als unsinniges

Vorhaben“ an. Die Beziehungen zwischen Slowaken und Ungarn charakterisierte er als nur bedingt. Sämtliches gegenseitiges Misstrauen beiseite zu räumen werde nur möglich sein, wenn es in diesen Beziehungen zu einer „vollkommenen Gleichheit“ komme. Die Beziehung des tschechischen Milieus zu den Ungarn definierte er dann mit der These: „Aufrichtig wissen wir den Patriotismus zu schätzen, innig heißen wir alles gut, was sie unternehmen, um ihr Vaterland zu neuem Leben zu erwecken, und zollen auch ihrem Mut Beifall, mit dem sie ihre Rechte und ihr Volkstum verteidigen, unverblümt bewundern wir die unsäglichen Opfer, die ihre Adligen als wahre Kavaliere für das Wohl des Landes überhaupt und zur Förderung der Nationalliteratur insbesondere bringen, ihr nationaler Fanatismus jedoch schadet der ungarischen Sache in den Augen ihrer Landsleute in gutem Glauben und auch in den Augen der gesamten Menschheit. Es ist noch anzumerken, dass die letzte moralische und politische Tat des ungarischen Landtags in Szegedin (vom Sommer 1849), die Anerkennung des Prinzips der nationalen Gleichheit, der Ausgangspunkt eines neuen ungarischen Staates war, wie auch immer seine Form nun werde. Andernfalls artet der Nationalkonflikt in Ungarn zu einem Stammeskrieg aus“. So beendete Rieger seine Überlegungen zur ungarischen Frage, ohne das Maß des Einflusses des tschechischen Milieus auf die Lösung dieser brennenden zeitgenössischen Problematik anzudeuten.

Mitte der sechziger Jahre geriet das österreichische konstitutionelle und staatsrechtliche System in eine ernsthafte Krise, die auch unter dem Einfluss von außenpolitischen und militärischen Ereignissen von europäischer Bedeutung durch die Spaltung des Reichs in einen ungarischen und einen österreichischen Teil gelöst wurde. Die Gefahr des Dualismus und nach 1867 auch dessen Verwirklichung standen in prinzipiellem Widerspruch zum staatsrechtlich-politischen Konzept der tschechischen Politik. Die tschechische bürgerliche Politik betrachtete diese Lösung als für die habsburgische Monarchie ruinös und reagierte in den Jahren 1864 bis 1865 auf die Vorbereitungen des Österreichisch-Ungarischen Ausgleichs mit einer Serie warnender Artikel, deren Verfasser Rieger und Palacký waren. Eine besonders scharfe antidualistische Haltung enthielt die Artikelserie *Die Idee des österreichischen Staates* von František Palacký. Die Ablehnung des Dualismus äußerte wiederum die Meinung der Mehrheit des tschechischen Volkes in diesem historischen Schicksalsmoment. Auch wenn der „Tag der Verkündung des Dualismus“ schließlich nicht so eintrat, wie er von F. Palacký prophezeit worden war, nämlich auch als „Tag der Geburt eines Panslawismus in seiner am wenigsten wünschenswerten Form“, kann trotzdem die nachfolgende Protestbewegung und der Boykott des Reichsrats nicht nur als Kampf für das tschechische Staatsrecht interpretiert werden, sondern auch als Kampf gegen den Dualismus.

Zur Wende der sechziger und siebziger Jahre schimmerte der tschechischen oppositionellen staatsrechtlichen Politik Hoffnung auf einen Tschechisch-Österreichischen Ausgleich. Diese Hoffnung, die im September und Oktober 1871 ganz konkrete politische Konturen annahm, wurde jedoch auch durch das ungarische Veto vereitelt. Umso überraschender für das tschechische Milieu war die Reaktion von Lajos Kossuth, der seit der Niederlage der ungarischen Revolution in der Emigration lebte, auf das Scheitern des Tschechisch-Österreichischen Ausgleichs. Nach Böhmen

gelangten Kossuths politische Ansichten vermittels des böhmischen Jurastudenten in Pest František Sláma, der auf eigene Kosten 1871 in Pest ins Tschechische übersetzte Briefe Kossuths unter dem Titel *Kossuth über die böhmische Frage und über Österreichs Politik gegenüber den Slawen* herausgab. Es handelt sich um drei Briefe Kossuths an Ignác Helfy aus Turin vom 5., 7. und 8. November 1871, die zur gleichen Zeit in Ungarisch erschienen und die unmittelbar auf den Zusammenbruch des Tschechisch-Österreichischen Ausgleichs reagierten, der im Oktober 1871 auf einer Tagung des großen Ministerrats abgelehnt wurde, nicht nur von Kanzler Friedrich Ferdinand Beust und einigen Ministern der cisleithanischen Regierung, sondern vor allem vom ungarischen Ministerpräsidenten Graf Gyula Andrassy. Verantwortlich für die Vereitelung des Projekts des Tschechisch-Österreichischen Ausgleichs machte Kossuth vor allem den Außenminister F. F. Beust, die österreichischen Zentralisten sowie G. Andrassy. Kossuth behauptete in diesen Briefen, dass die Ausgleichsentwürfe nicht um eine neue staatsrechtliche Stellung der Tschechen bemüht waren, sondern dass es sich lediglich um die Anerkennung der tschechischen Selbstverwaltung handele und dass die Ablehnung des Tschechisch-Österreichischen Ausgleich nur dazu führe, dass das tschechische Volk in die Hände des russischen Panslawismus getrieben werde, was überhaupt nicht im Interesse Ungarns sei. Im Interesse Ungarns seien nur freie und zufriedene slawische Völker, bei denen die Nationalitätenfrage keinen gegenüber den Ungarn feindlichen Charakter annehme. Der Österreichisch-Ungarische Ausgleich brachte Kossuth zufolge Ungarn außer dem großen staatsrechtlichen Erfolg auch eine wachsende Feindschaft seitens der nichtdeutschen und nichtungarischen Völker, die vor allem gegen den Anzettler dieser Politik, Graf Andrassy, gerichtet sei. Seine Ausführungen krönte Kossuth mit der mutigen These: wenn Österreich nur zum Preis der Vorherrschaft über die sonstigen nichtdeutschen und nichtungarischen Völker gerettet werden kann, dann kann man es überhaupt nicht retten. Dieser Standpunkt Kossuths in der tschechischen Frage fand danach erheblichen Anklang auf tschechischer Seite. Josef Kalousek zum Beispiel wusste insbesondere den Umstand zu schätzen, dass nur ein einziger Ungarn, und zwar gerade Kossuth, den Mut besaß, offen zu sagen, dass eine Zuerkennung der Rechte für die Tschechen die Interessen der Ungarn nicht schädigt.

Nach Antritt der Regierung Kálmán Tisza im Jahr 1875 begann sich in Ungarn eine offene Magyarisierungspolitik durchzusetzen, die zur Zuspitzung der Beziehungen zwischen den Nationalitäten führte. Die tschechische politische Repräsentation dagegen wich Ende der siebziger Jahre von ihrem passiven Widerstand ab und der Tschechische Klub im Reichsrat wurde Teil der neuen Regierungskoalition. In den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts meinten einige tschechische Politiker, dass es möglich wäre, durch direkte gegenseitige tschechisch-österreichische Verhandlungen viele Widersprüche und Vorurteile auszuräumen, die sich insbesondere nach dem Scheitern des Tschechisch-Österreichischen Ausgleichs im Oktober 1871 angehäuften. Im Jahr 1880 besuchte Rieger Budapest, wo er sich ohne Erfolg bemühte, die ungarische Regierung für eine Unterstützung des Tschechisch-Österreichischen Ausgleichs in Cisleithanien bei Beibehaltung des Dualismus zu gewinnen. Riegers realistische Politik einer Nichteinmischung der Tschechen in die ungarischen Angelegenheiten zu einer Zeit großer Zwistigkeiten der ungarischen Slawen mit

den Ungarn führte zu harter Kritik an Rieger aufseiten der Jungtschechen und der Kroaten. Nach dem Besuch von F. L. Rieger in Budapest Mitte der 80iger Jahre, der mit der Besichtigung einer großen ungarischen Ausstellung verbunden war, spekulierte die tschechische Presse sogar über einer Verbesserung der tschechisch-ungarischen Beziehungen, während die deutsche Presse eine solche Annäherung für völlig ausgeschlossen hielt. In diesem Umfeld entstand in deutscher Sprachmutation die produktivistische Broschüre *Magyaren und Böhmen* von Ludvík Odstrčil, die die These prägte, dass die Ungarn leider ihre hervorragende Position in der Habsburgermonarchie durch ihre eigene übertriebene Herrschsucht gefährden, ohne das Hauptziel ganz zu erreichen, nämlich zuerst für den ungarischen Staatsgedanken alle „guten ungarischen Patrioten“ zu gewinnen. Außerdem behauptete er, wenn erst die Ungarn die Magyarisierung vollenden, dann werfen sie den Dualismus „wie eine ausgepresste Zitrone“ weg und machen sich selbstständig. Die Ungarn haben angeblich eine große Anzahl guter Eigenschaften, zum Beispiel ein hohes politisches Selbstbewusstsein, sie achten die Vaterlandsliebe, sind bereit, sich für das Vaterland zu opfern, aber auf keinen Fall sind sie „produktiv“, gemeint ist eine industriell-wirtschaftliche Nation, denn der ungarische Gutshof ist verschuldet und die ungarische Beamtenschaft unfähig. Eine solche Nation könne in der modernen Industriewelt keine große Rolle spielen. Die Tschechen dagegen seien eine bedeutende „produktive“ Nation, die jedoch in der bestehenden Kräftekonstellation im Reich nicht zu ihren Rechten kommen könne. Durch ein genaues Bemessen der Kompetenzen und durch gegenseitige Anerkennung der historischen und nationalen Rechte könne es jedoch zu einer Einigung sowie zu einer gegenseitigen politischen Zusammenarbeit zwischen Tschechen und Ungarn kommen. Es genüge, wenn sich beide Nationen vernünftig verhalten und gegenüber dem Wiener Zentrum keine übertriebenen Forderungen stellen.

Diese realistische Politik der tschechischen politischen Repräsentation gegenüber den Ungarn verfolgte im Großen und Ganzen auch der Abgeordnete des böhmischen Landtags, des Reichsrats, das Mitglied von Delegationen und Bezirksobmann von Hlinsko Karel Adámek. Adámeks Schrift *Grundlagen der Entwicklung der Ungarn* von 1879 und *Ungarn und Österreich* gehören zu den eingeweihtesten historisch-publizistischen Leistungen dieser Zeit. Auf zahlreichen Besuchen in Ungarn, vor allem als Mitglied einer österreichischen Delegation gewann Adámek auch das Material für seine Reisebeschreibung *Erinnerungen an Ungarn*, die 1909 erschien. All diesen Schriften gemeinsam ist die Bewunderung des systematischen Aufbaus der ungarischen Staatlichkeit und Wirtschaft, andererseits aber auch eine offene Kritik des „Egoismus des ungarischen Kastengeistes“ und der offiziellen Nationalitätenpolitik der Budapester Regierung, insbesondere gegenüber den Slowaken. Für diese Politik hatte er zwar kein Verständnis, fand jedoch eine logische Erklärung und Rechtfertigung vor allem im demografischen Schwund der Magyaren. Ihr Bewusstsein, in Mitteleuropa allein zu sein und „physisch zu verfallen“, führe die Ungarn zu einer „wahnsinnigen Politik gegen die nichtungarischen Nationalitäten, deren Erwachen und wirtschaftliches wie kulturelles Erstarken sie befürchten“. Überraschend war Adámeks These, dass einerseits die Ungarn die Magyarisierung der Slowaken fördern, jedoch andererseits zugleich auch ihre kulturelle und sprachliche

Emanzipation von den Tschechen unterstützen. Adámek bezog seine Informationen über Ungarn zumeist von den Abgeordneten des ungarischen Reichstags. Die Besuche in Ungarn während der Verhandlung der Delegationen wurden ihm eine Inspiration zur Nachahmung der „Organisation der nationalen Arbeit“ auf der Basis der Vereinigung der Obmänner der tschechischen Bezirksvertretungen. Diesen Gedanken zu verwirklichen gelang ihm in späteren Jahren durch die Gründung des Tschechischen Nationalrats und der Vereinigung der Bezirksvertretungen, deren eifriger Werber und Organisator er war.

Die tschechisch-ungarischen Beziehungen erlangten bis zum ersten Weltkrieg nicht den Charakter offizieller politischer Kontakte mit durchschlagenden Ergebnissen. Sie spielten sich im Rahmen des besonderen dualistischen, staatsrechtlichen und zollunifizierten Milieus Österreich-Ungarns ab, in dem die tschechische politische Repräsentation für die ungarische politische Elite kein adäquater und kompetenter Partner für politische Verhandlungen war. Trotzdem bestanden die tschechisch-ungarischen Beziehungen real auch außerhalb der politischen Sphäre, zum Beispiel im literarisch-sprachlichen Bereich oder in den militärischen Garnisonen. Die auf der Idee und dem Bestehen des Dualismus begründete ungarische Politik war somit an keinerlei Veränderungen dieses Systems, anders gesagt an einem anderen, tripartistischen Konzept der Verwandlung der Habsburgermonarchie interessiert, denn dies würde auf jeden Fall ihre Position in Ungarn selbst und im Reich schwächen. Die slowakische Frage wurde daher im Rahmen des Dualismus und bei Respektierung der Idee einer einheitlichen politischen ungarischen Nation innerhalb von Transleithanien auch vonseiten des Kaisers in dieser Zeit nicht zu einem ernsthaften staatsrechtlichen Problem des Reichs, auch wenn sie auf tschechischer Seite stets als ernstes, trotzdem jedoch nur innerungarisches Problem gesehen wurde. Bis zum Zerfall der Habsburgermonarchie hatte daher für die tschechische Politik die slowakische Frage nur potenziell politischen Charakter und blieb auf die Ebene privater Aktionen und Sympathien beschränkt. Erst nach dem Zerfall der Habsburgermonarchie wurde sie zu einem wahren diplomatischen und internationalen Problem. Durch die Niederlage der Mittelmächte und mit dem Entstehen der Tschechoslowakei erfüllten sich dann in einer völlig veränderten Lage, jedoch ohne Beihilfe Russlands, die alten Befürchtungen der ungarischen Liberalen, dass Großungarn zerfällt und ein „slawische Reich der Mitte“ entsteht, das sie um die oberungarischen Slowaken bringt.

DAS „ANTIPANDEKTISTISCHE MANIFEST“
VON LEONARD PIĘTAK

*Zur nichtpandektistischen Strömung der galizischen Romanistik
in der zweiten Hälfte des XIX. Jh.*

Ernest C. BODURA
Wien

Abstract

This essay deals with the programmatic advance of one of the leading representatives of the non-pandectist current in Roman law studies in Galicia in the second half of the XIX century, the Lviv Professor of Roman Law Leonard Piętak (1841–1909). In a manual of Roman inheritance law published in 1882 Piętak wrote a kind of methodological *credo* of the anti-pandectist current within Galician Roman law studies. In the introduction to the aforementioned handbook he announced that he intended to deal exclusively with pure Roman law. In this context, he emphatically stated: The pandect law of the 19th century was, strictly speaking, to a large extent no longer Roman law at all and was, therefore, completely dispensable in the contemporary teaching of Roman law. In the opinion of the author of the present essay, Piętak's initiative at that time may be described as an „anti-pandectist manifesto“ of Galician Roman law studies from today's legal historical perspective.

Keywords: Roman Law in Galicia, Non-pandectist Galician orientation in Roman law studies, Leonard Piętak (1841–1909), Teaching of Roman law at Austrian universities, *Slavica non leguntur*

Zumindest seit der Mitte der 1870er Jahren lässt sich in der galizischen¹ Romanistik eine sichtbare Ausdifferenzierung zweier konzeptueller Ausrichtungen erkennen. Zum einen der in dieser Zeit in Deutschland weit verbreitete sog. pandektistische Ansatz, bei dem das Römische Recht grundsätzlich als eine lebendige, wenn nicht sogar eine weiterhin geltende, Rechtsmaterie betrachtet wurde². Von daher sei es auch in erster Linie als eine dogmatische und nicht als eine historische Rechtsdisziplin anzusehen. Zum anderen der dem widersprechenden Ansatz, demzufolge das römische Recht eine rechtshistorische Disziplin *par excellence* darstellte, die sich in erster Linie das „reine“ römische Recht zum Gegenstand ihrer Forschung nahm, bei gleichzeitiger bewusster Ausklammerung des sog. heutigen Römischen Rechts (Pandektenrechts).

Während die pandektistische Strömung im Galizien dieser Zeit in Person von zwei Lemberger Romanisten, nämlich Józefat Zielonacki (1818–1884)³ und Ferdinand

¹ Mit der „galizischen“ Romanistik ist hierbei die Romanistik gemeint, die sich an den galizischen Universitäten Lemberg und Krakau in der Zeit entfaltet hat, als Galizien ein Kronland innerhalb der k.u.k. Monarchie gewesen war. Sie muss daher in erster Linie als ein Teil der „gesamtösterreichischen“ Romanistik begriffen werden. Dies ungeachtet der Tatsache, dass sie spätestens ab Anfang der 1870er Jahren größtenteils auf Polnisch betrieben wurde. Insofern wird zwischen der „galizischen“ und der „polnischen“ Romanistik unterschieden. Unter dem Begriff „polnische Romanistik“ ist nämlich die Romanistik zu verstehen, die ab dem Jahre 1918 in dem wiedererstandenen selbständigen Polen an mehreren Universitäten betrieben wurde, auch außerhalb des bisherigen Kronlands Galizien, etwa an den Universitäten von Warschau, Vilnius, Posen und Lublin und nach dem Jahre 1945 zusätzlich noch an den vielen anderen polnischen Universitäten.

² Wenn vom Römischen Recht als einer lebendigen oder sogar weiterhin „geltenden“ Rechtsmaterie die Rede war, so war damit in erster Linie das sog. heutige römische Recht oder Pandektenrecht gemeint.. Allerdings darf hier nicht außer Acht gelassen werden, dass rein formell im damaligen Österreich keineswegs von einer Geltung des römischen Rechts die Rede sein kann, denn bekanntlich wurde mit dem Einführungspatent zum ABGB aus dem Jahre 1811 das Römische Recht außer Kraft gesetzt.

³ Zur Person J. Zielonacki vgl. Agnieszka ZIĘBA: Professor Józefat Zielonacki – Ein polnischer Gelehrter des 19. Jahrhunderts und sein Rang in der romanistischen Rechtslehre. In: Zoran POKROVAC (ed.): *Rechtswissenschaft in Osteuropa. Studien zum 19. und frühen 20. Jahrhundert. Rechtskulturen des modernen Osteuropas. Traditionen und Transfers, Bd. 5 (=Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 248)* Frankfurt a.M., 2010. 391–434.; DIES.: *Józefat Zielonacki – polski uczone XIX wieku i jego miejsce w historii romanistyki polskiej*. Diss. Univ. Kraków [UJ] 2006.; DIES.: Józefat Zielonacki zapomniany polski romanista XIX w. Szkic do biografii, *Zeszyty Prawnicze UKSW*, Warszawa, 2004. (4.1) 129–147.; DIES.: Profesor Józefat Zielonacki (1818–1884) na tle XIX–wiecznej pandektystyki. *Zeszyty Prawnicze UKSW*, Warszawa, 2007. (7.1) 77–100.; ferner Ludwik FINKEL – Stanisław STARZYŃSKI: *Historia Uniwersytetu Lwowskiego*, Cz. 1 [Teil I], Lwów: Nakładem Senatu Akademickiego C. K. Uniwersytetu Lwowskiego, 1894. 311.; Juliusz WISŁOCKI: *Dzieje Nauki Prawa Rzymskiego w Polsce*. Warszawa, Nakład Gebethnera i Wolffia, 1945. 72–73.; Jan KODRĘBSKI: *Prawo rzymskie w Polsce w XIX w.* Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1990. 232–238.; Janusz SONDEL: Z dziejów Katedry Prawa Rzymskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego. In: *Prace Komisji Historii Nauki PAU*. Tom 12, Kraków, Polska Akademia Umiejętności, 2013. 103.; Przemysław M. Żukowski: Profesorowie Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, Bd. II 1780–2012. Kraków, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2014. 595–596.; Adam REDZIK: Wydział Prawa [Rozdział III]. In: Adam REDZIK (ed.): *Academia Militans. Uniwersytet Jana Kazimierza we Lwowie*. Kraków, Wydawnictwo Wysoki Zamek, 2017. 402–403.; Ernest C. BODURA: Pandektenlehrbücher auf Polnisch oder polnische Pandektenlehrbücher? Anmerkungen zu zwei Hauptwerken der galizischen

(Ferdynand) Źródłowski (1843–1894)⁴, vertreten wurde, bekannte sich der Krakauer Ordinarius für Römisches Recht Friedrich (pol.: Fryderyk) Zoll der Ältere (d. Ä.) (1834–1917)⁵, spätestens seit Anfang der 1870er Jahre unmissverständlich und beharrlich zu der anderen, d. h. zur „historischen“ Ausrichtung der Romanistik.

Die fast dreißig Jahre andauernde ständige Anwesenheit des pandektistischen Gedankenguts unter den an der Lemberger Juristischen Fakultät lehrenden Romanisten⁶, hat einige Autoren im heutigen polnischen Schrifttum dazu veranlasst, von einem Zentrum und sogar von einer „Schule“ der Romanistik in Lemberg zu sprechen⁷. An der bis etwa Mitte der 1880 Jahre andauernden Dominanz der

Pandektistik im 19. Jahrhundert. *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* [BRGÖ], (2020/2). 280.; DERS.: Der lange Weg zum nationalsprachlichen Unterricht des Römischen Rechts: Der Fall Galizien im 19. Jahrhundert. Eine Skizze aus der österreichischen Wissenschaftsgeschichte. *Pázmány Law Review* [PLR], Budapest, Jg. VII (2019–2020). 75–86.; Grzegorz NANCKA: Szkoła naukowa czy tylko kuźnia talentów? Lwowskie środowisko romanistyczne w latach 1857–1939. *Czasopismo Prawno–Historyczne*, Jg. LXXII (2020/ 2), 220–222.

⁴ Zur Person von Źródłowski vgl. FINKEL–STARZYŃSKI op. cit. Cz. 2 [Teil 2] 110–111.; KODRĘBSKI op. cit. 238–241.; REDZIK (2017) op. cit. 405.; BODURA (2020) op. cit. 281–282.; NANCKA (2020) 222–223.

⁵ Zur Person von F. Zoll d. Ä. [im nachfolgenden Text wird F. Zoll d. Ä. durchgehend mit „Zoll“ bezeichnet.] vgl. Waław OSUCHOWSKI: Nowe kierunki badań romanistycznych w Polsce. Fryderyk Zoll starszy (1834–1917). In: Michał PATKANIOWSKI (ed.) *Studia z dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*. Kraków, Nakładem Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1964. (=Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Prawnicze 18) 259–268.; JANUSZ SONDE: Fryderyk Zoll (starszy) (1834–1917). In: Jerzy STELMACH – Waław URUSZCZAK (ed.) *Złota Księga Wydziału Prawa i Administracji*. Kraków, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2000. 153–161.; SONDEL (2013) op. cit. 104–105.; Źukowski op. cit. 599–601.; KODRĘBSKI op. cit. 250–256.; WISŁOCKI op. cit. 74–75.; Henryk KUPISZEWSKI: *Prawo rzymskie a współczesność*. 2. Auf. Krakow, Od. Nowa, 2013. 149–150.; Grzegorz NANCKA: Zakres zastosowania actio negatoria w teorii Fryderyka Zolla (starszego). *Studia Prawno–Ekonomiczne*, CXVII, (2020) 100–101.; Ernest C. BODURA: Friedrich Zolls Konzeptionen des universitären Unterrichts des Römischen Rechts. Zum galizischen Beitrag in der Diskussion für oder gegen die Pandektenvorlesungen an österreichischen Universitäten. *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* [BRGÖ], Wien, (2022/1) 19–21, 23–25.

⁶ Wenn hierbei von mehr 30 Jahren die Rede ist, wird damit die Zeitperiode zwischen dem Jahre 1857, also dem Zeitpunkt, als der Lehrstuhl für römisches Recht an der Lemberger Universität von F. Zielonacki übernommen worden war, und dem Jahre 1889, als Źródłowski (seit dem Jahre 1872 sein Nachfolger auf dem Lehrstuhl) emeritiert wurde, gemeint.

⁷ So etwa Grzegorz JĘDREJEK: *Niemiecka Szkoła Historyczno–Prawna a prawo rzymskie w Polsce w XIX wieku*. Lublin, [unver.] Jur. Diss. Univ.-Katolicki Uniwersytet Lubelski [KUL], 2002. 92.; DERS.: Kierunek pandektystyczny w nauce prawa rzymskiego w świetle polskiego prawoznawstwa z II połowy XIX. *Prawo–Administracja–Kościół*, Lublin Jg. 15 (2003/4), 173.; davor jedoch ähnlich schon vor allem KODRĘBSKI op. cit. 248. und in dem Sinne wohl Tomasz GIARO: Dogmatyka a historia prawa w polskiej tradycji romanistycznej. *Prawo Kanoniczne*, Warszawa, Jg. 37 (1994), H. 3–4. 94. Andererseits war im älteren Schrifttum und zwar noch aus dem neunzehnten Jahrhundert explizit von einer „Lemberger pandektistischen Tradition“ die Rede, so etwa in der Romuald Hube’schen Rezension zu Piętak’s Lehrbuch; zur Frage der Autorschaft dieser Rezension vgl. etwa Krzysztof SZCZYGIELSKI: Leonard Piętak – wspomnienie w setną rocznicę śmierci. In: Adam LITYŃSKI – Piotr FIEDORCZYK (ed.): *Miscellanea Historico–Iuridica*. Bd. VIII Białystok, Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku, 2009. 66. unter dem Hinweis auf: KODRĘBSKI op. cit. 243. Hingegen wird dieser Aspekt etwa in einer der neuesten Arbeiten zur Lemberger Romanistik im polnischen Schrifttum vollkommen außer Acht gelassen, vgl. NANCKA (2020) 219–235.

Pandektistik als der ausschlaggebenden Richtung in der Lemberger Romanistik änderte zunächst die Tatsache nichts, dass Leonard Piętak (1841–1909)⁸, der sich einen Namen als ein deklariertes Gegner der Pandektistik machen sollte⁹, schon im Jahre 1872 zunächst zu einem außerordentlichen und ab Jahre 1876 zu einem ordentlichen Professor für Römisches Recht an der dortigen Juristischen Fakultät ernannt wurde¹⁰. Es darf dabei jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass Piętak parallel dazu als ein durchaus aktiver Rechtswissenschaftler und Autor auf dem Gebiet des Handelsrechts tätig war. So erhielt er seine erste *venia docendi* im Jahre 1869 eben nicht für Römisches Recht, sondern für das Handelsrecht und zunächst wurde er zum außerordentlichen Professor für Handelsrecht ernannt¹¹ und publizierte an sich eher wenig auf dem Gebiet des römischen Rechts¹².

Im Jahre 1882 veröffentlichte Piętak dennoch ein umfangreiches Lehrbuch des römischen Erbrechts¹³, das ihn dann sehr rasch in die Position eines führenden Pandektistikgegners unter den galizischen Romanisten brachte, eine Position, die in dieser Zeit im Grunde genommen nur mit der von Zoll, verglichen werden kann, der schon zehn Jahren davor (1872/73) mit einer breiter ausgelegten Programmschrift gegen das Abhalten von Pandektenvorlesungen an österreichischen Universitäten aufgetreten war¹⁴. Immerhin spricht T. Giaro aus der mehr als einhundertjährigen Perspektive in seiner 1994 erschienenen Arbeit über die Dogmatik und Geschichte der polnischen Romanistik im Hinblick auf den Vorstoß Piętak's aus dem Jahre 1882 unverblümt von einem methodologischen *Credo* der antipandektistischen Ausrichtung der polnischen oder galizischen Romanistik¹⁵.

⁸ Zur Person von L. Piętak vgl. FINKEL–STARZYŃSKI op. cit. Cz. 2 [Teil 2] 193–195.; Ernest TILL: Leonard Piętak [Nachruf]. *Przegląd Prawa i Administracji: rozprawy i zapiski literackie*, Lwów, Jg. XXXIV (1909). 269–272.; Fryderyk ZOLL starszy: Leonard Piętak. Wspomnienie pośmiertne. *Przegląd Polski*, 1909. (Bd. XLIII/4). 201–206.; Wojciech Maria BARTEL: Piętak Leonard. In: Eva OBERMAYER–MARNACH (ed.): *Österreichische Biographische Lexikon 1815–1950*. Bd. 8, Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1983. 68.; Jerzy ZDRADA: Piętak Leonard. *Polski słownik biograficzny, Bd 26, Piątkiewicz Stanisław–Pniowski Władysław*, Wrocław u. a: Zakład Narodowy im. Ossolińskich Polskiej Akademii Nauk 1981. 200–201.; WISŁOCKI op. cit. 77–78. KODRĘBSKI op. cit. 241–243.; SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 59–72.; REDZIK (2017) op. cit. 405–406.; NANCKA (2020) op. cit. 223–224. sowie darüber hinaus vgl dazu unten pkt.II.

⁹ TILL op. cit. 270.; GIARO (1994) op. cit. 94.; KODRĘBSKI op. cit. 243. JĘDREJEK (2002) op. cit 179–180.; DERS. (2003) 185–186.

¹⁰ TILL op. cit. 270.; SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 60.

¹¹ Mehr dazu siehe unten pkt II.

¹² Dies wird ihm auch zu zum Teil zu Vorwurf gemacht etwa in: KODRĘBSKI op. cit. 243.; GIARO (1994) op. cit. 94. und neulich auch NANCKA (2020) op. cit. 224.

¹³ Leonard PIĘTAK: *Prawo Spadkowe Rzymskie*, Tom. I, Lwów, Księgarnia Seyferta i Czajkowskiego, 1882.

¹⁴ ZOLL: O wykładach prawa rzymskiego i obowiązującego prawa cywilnego w uniwersytetach austriackich., *Pamiętnik Wydziału prawa i administracji w c.k.Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie. Rok szkolny 1872/3.*, Kraków, 1873. 1–32.

¹⁵ GIARO (1994) op. cit. 94.; explizit ist bei Giaro zwar von einem „polnischen methodologische Credo“ die Rede, dennoch ist aus dem Zusammenhang heraus klar, dass damit wohl die antipandektistische

Um zu verstehen, weshalb einem in einem Vorwort zu einem Lehrbuch des römischen Erbrechts enthaltenen programmatisch-methodologischen Vorstoß von Piętak eine so große Bedeutung zukam, muss man sich die faktischen Gegebenheiten vor Augen führen, in denen sich die galizische Romanistik damals entfaltet hat. Es gab in dieser Zeit im Kronland Galizien nur zwei akademische Zentren, nämlich in Lemberg und Krakau, an denen eine universitäre Rechtswissenschaft betrieben und dementsprechend auch die Lehre des römischen Rechts gepflegt wurde. Von daher standen sie in einem regen Austausch untereinander¹⁶. Dazu kommt der Umstand, dass die Lemberger Universität und dementsprechend auch deren Juristische Fakultät, was ihre wissenschaftliche Bedeutung anbelangte, derjenigen von Krakau damals in nichts nachstand¹⁷.

Ausrichtung der galizischen oder Lemberger Romanistik gemeint wird. Übrigens wird darin von Giaro ebenfalls die Zolli'sche Bekennung zu dieser Ausrichtung entsprechend herausgestellt.

¹⁶ Die Besonderheit der Situation ist dabei einerseits darin zu sehen, dass die damalige galizische Romanistik unbestrittenermaßen als Teil der „gesamtösterreichischen“ Romanistik begriffen werden muss, aber andererseits auch nicht zu übersehen ist, dass es zeitgleich damals nicht nur in Galizien, sondern in der ganzen Habsburgermonarchie einen in erster Linie durch die nationalpolitische Emanzipierung einzelner Völker vorangetriebenen Prozess der Nationalisierung der – bis dahin mehr oder weniger einheitlichen – „österreichischen“ Wissenschaft einsetzte. Dies kam in einer spürbaren Abgrenzung, ja Abschottung einzelner wissenschaftlicher Zentren innerhalb der k. u. k. Monarchie nach dem Kriterium der jeweiligen Nationalsprachen zum Ausdruck. In dieser Hinsicht würde sich die damals stattfindende nahezu vollständige Polonisierung des ganzen universitären Betriebes in Galizien, darunter auch der dortigen Romanistik, als Ausdruck der besagten Nationalisierung der Wissenschaft innerhalb der Habsburgermonarchie darstellen. So werden im neueren historischen Schrifttum durchaus ansprechende, sich darauf beziehende allgemeingültige wissenschaftstheoretische Erklärungsmodelle entwickelt, auf die jedoch im Rahmen dieser Betrachtung nicht näher eingegangen werden kann, so vgl. in diesem Zusammenhang zahlreiche Schriften dazu von solchen Autoren wie M. Ash oder J. Surman, darunter allen voran Jan SURMAN: *Habsburg Universities 1848–1918. Biography of a Space*. Diss. Philosophie. Uni., Wien, 2012.; DERS.: *Science and Its Publics. Internationality and National Languages in Central Europe*. In: Mitchel G. ASH – Jan SURMAN (ed.): *The Nationalization of Scientific Knowledge in the Habsburg Empire, 1848–1918*. Basingstoke, 2012. 30–56.; *Universities in Imperial Austria 1848–1918. A Social History of a Multilingual Space*. West Lafayette, Indiana, [Purdue University Press] 2018.; was speziell die Lage an den galizischen Universitäten anbetrifft vgl.: Jan SURMAN: *Die Figuren der Akademia. Galizische Universitäten zwischen Imperialismus und multiplen Nationalismus*, In: *(De-) Konstruktionen Galiziens*. red. Doktoratskolleg Galizien, Innsbruck, Wien, Bozen, 2009. 17–40.; DERS.: *Uniwersytety Galicyjskie w Monarchii Habsburskiej: Nacjonalizacja nauki i internacjonalizacja wiedzy*. In: *Prace Komisji Historii Nauki PAU* Bd. 9, Krakow, 2012. 39–52. Was wiederum die Problematik der Bemühungen um Polonisierung des universitären Unterrichts des Römischen Recht im damaligen Galizien im Einzelnen angeht, so vgl. dazu neuerdings REDZIK (2017) op. cit. 123 i 402; auch BODURA (2019–2020), op. cit. 80–85.

¹⁷ In der Tat kam der Lemberger Universität unter den beiden galizischen Universitäten schon wegen der Zahl der Studierenden sowie auf Grund der Tatsache, dass die Stadt Lemberg der Hauptort des Kronlandes war und dadurch unbestritten als ein lokales politisches und wirtschaftliches Zentrum Galiziens fungierte, eine führende Rolle zu. Hinsichtlich der viel stärkeren Wirksamkeit der Juristischen Fakultät der damaligen Lemberger Universität im Vergleich zu derjenigen von Krakau auf dem Gebiet der juristischen Romanistik, vgl. explizit KODRĘBSKI op. cit. 256.

Erst vor diesem Hintergrund mag es plausibel erscheinen, weshalb der programmatisch-methologische Vorstoß von Piętak vom Jahre 1882 von seiner Bedeutung her zumindest als ebenbürtig mit den einschlägigen Programmschriften von Zoll, aus dem Zeitraum von 1873 bis 1899¹⁸ angesehen werden kann. Und plausibel wird auch, weshalb der Vorstoß von Piętak sich aus rechtshistorischer Perspektive durchaus als ein „antipandektisches Manifest“ der galizischen Romanistik bezeichnen lässt.

Während die drei Programmschriften von Zoll, aus dem Zeitraum von 1873 bis 1899 an anderer Stelle schon eingehend besprochen worden sind¹⁹, soll nun im Folgenden näher auf das besagte „antipandektistische Manifest“ von Piętak aus dem Jahre 1882 eingegangen werden.

Zunächst wird dabei das allgemeine Bild der Entfaltung der Romanistik in Lemberg in der Zeit vor dem Vorstoß von Piętak, für die eine ausgeprägte Dominanz der Pandektistik charakteristisch war, cursorisch dargelegt werden (I). Dann soll die besagte Programmschrift von Zoll aus dem Jahre 1872, als der erste konzeptuelle Vorstoß der galizischen Romanistik gegen die Pandektistik und das Pandektenrecht überhaupt, in ihren Grundzügen dargestellt werden (II). Des Weiteren werden die Person von Piętak als Rechtswissenschaftler einschließlich seiner wichtigsten romanistischen Veröffentlichungen in den wesentlichen Zügen besprochen (III). Dann wird auf die uns hierbei besonders interessierenden, im Vorwort zum Lehrbuch des römischen Erbrechts aus dem Jahre 1882 enthaltenen Ausführungen Piętaks näher eingegangen, in denen er seine gegenüber dem Pandektenrecht und dementsprechend auch gegenüber der Pandektistik kritische Einstellung im vollen Umfang zum Ausdruck brachte (IV). Unter V. werden sodann auch andere seiner Publikationen, dargestellt werden, in denen er dieselbe Sichtweise vertrat (V). Ferner wird nach der Darstellung einer allgemeinen Charakterisierung des Lehrbuchs von Piętak als solchem (VI), die Bewertung des programmatischen Vorstoßes von Piętak im Schrifttum thematisiert (VII). Als Exkurs folgt ein Überblick über die nachfolgenden Programmschriften der galizischen Romanistik gegen das Pandektenrecht (VIII). All dies soll schließlich mit einer abschließenden Bewertung abgerundet werden (IX).

1. Zur Lage der Romanistik in Lemberg vor dem Vorstoß von Piętak im Jahre 1882

Der Lemberger Ordinarius für römisches Recht in den Jahren von 1857 bis 1870 Józefat Zielonacki²⁰ verkörperte ohne Zweifel den Typus eines deutschen

¹⁸ Dazu zählen neben sich oben erwähnten ZOLL (1873) op. cit. noch: Fryderyk ZOLL: O nauce prawa rzymskiego w naszych Uniwersytetach. *Przegląd Prawa i Administracji*, Lwów, Jg. XVII (1892), 12–23. u. Fryderyk ZOLL: O naukowem stanowisku prawa rzymskiego po zaprowadzeniu powszechnego kodeksu cywilnego w Niemczech *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne*, Kraków, Bd I. (1900), 1–17.

¹⁹ Vgl. dazu BODURA (2022) op. cit. 25–37.

²⁰ J. Zielonacki (1818–1884) wurde in Großpolen, also im sog. Großherzogtum Posen, als preußischer Untertan geboren. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft und der Promotion zum Dr. iur.

Pandektisten, für den das römische Recht an sich keine historische Disziplin darstellt, sondern bestenfalls einen Prototyp des geltenden Rechts. Insofern wird er wegen seines intellektuellen Zuschnittes und seiner Arbeitsweise zum Recht allgemein als ein Pandektist *en vogue* betrachtet²¹. An dieser Erkenntnis ändert auch die Tatsache nichts, dass die Schriften Zielonackis seine gründliche Kenntnis der Quellen des römischen Rechts und der zeitgenössischen romanistischen Literatur belegen²². Wie sich dies für einen typischen Pandektisten gehörte, galt auch Zielonackis Interesse in erster Linie der Rechtsdogmatik, und zwar sowohl des aktuellen österreichischen Privatrechts wie auch der Dogmatik des Pandektenrechts, kaum jedoch – und auch dies war in gewisser Weise charakteristisch – etwa der Rechtsgeschichte²³. Immerhin bezeichnend ist, dass sein im Jahre 1862 in erster Auflage vorgelegtes Pandektenlehrbuch (auf Polnisch) unbestritten als Zielonackis Lebenswerk gilt²⁴. Es war ein umfangreiches Werk von zwei Bänden auf 843 Seiten. Schon von seinem Aufbau her orientierte es sich zweifelsohne am Aufbau zahlreicher deutschsprachiger Pandektenlehrbücher, die zu dieser Zeit in Deutschland in großer Zahl erschienen²⁵. Zielonacki verzichtet darin auf jegliche weitergehenden Überlegungen, etwa zu der Frage, wie sich das Recht in materieller Hinsicht entwickelt hat und aus welchen Quellen es fließt. Er beschränkte sich im Gegenteil darauf, es als Mittel zur Sicherung der sozialen Ordnung zu betrachten – hier bleibt er eindeutig einer rein positivistischen Konzeption des Rechts treu²⁶. Bevor er im ersten Band zum römischen Sachenrecht übergeht, erörtert Zielonacki

in Berlin im Jahre 1845 habilitierte er im Römischen Recht 1849 an der preußischen Universität Breslau, wo er zunächst auch als Privatdozent tätig war, bis er im Jahr 1850 zum Lehrstuhlinhaber für Römisches Recht in Krakau ernannt wurde. Im Jahre 1853 wurde er jedoch aus politischen Gründen entlassen und nach Innsbruck versetzt, wo er aber gleichfalls den Lehrstuhl für Römisches Recht innehatte. Später, d.h. im Jahre 1855, wechselte er nach Prag und schließlich 1857 nach Lemberg, wo er als Professor für Römisches Recht bis 1870 lehrte. Zielonacki hat als Romanist in drei Sprachen gearbeitet: Nach der Doktorarbeit und der Habilitationsschrift auf Latein verfasste er zahlreiche romanistische und privatrechtliche Arbeiten auf Deutsch, bis er später in seinen wissenschaftlichen Publikationen zur polnischen Sprache übergang. Mehr dazu sehe etwa BODURA (2020) op. cit. 280.; ZIĘBA (2010) op. cit. 391–399.; KODRĘBSKI op. cit. 237–238.; SONDEL (2013) op. cit. 153.

²¹ Vgl. dazu etwa KODRĘBSKI op. cit. 238.; GIARO (1994) op. cit. 94.; JĘDREJEK (2002) op. cit. 92., neulich auch: BODURA (2020) op. cit. 280.

²² SONDEL (2013) op. cit. 153.

²³ BODURA (2020) op. cit. 281.

²⁴ Józefat ZIELONACKI: „*Pandekta czyli wykład prawa prywatnego rzymskiego, o ile ono jest podstawą prawodawstw nowszych*“ [Die Pandekten oder eine Auslegung des römischen Privatrechts, soweit es Grundlage der neueren Gesetzgebungen ist], im Schrifttum wird dieses Buch besprochen von ZIĘBA (2010) op. cit. 424–427. wohl auch von KODRĘBSKI op. cit. 237–238.; SONDEL (2013) op. cit. 153.; in neuerer deutschsprachiger Literatur wird dies Buch näher besprochen, etwa von BODURA (2020) op. cit. 280–282.

²⁵ Charakteristisch ist dabei die von Zielonacki anfangs vorangestellte Definition des Vorlesungsgegenstandes. Demnach stellte der Gegenstand der Pandektenvorlesung das römische Privatrecht zur Zeit Justinians dar, allerdings nur insoweit, als es zugleich die Grundlage der neueren Privatrechtsgesetzgebung darstellte, mehr dazu u.a. BODURA (2020) op. cit. 281.

²⁶ KODRĘBSKI op. cit. 237.

darin zunächst die Rechtsquellenlehre, das Personenrecht und die Rechtsakte. Der zweite Band befasst sich dann mit dem Schuldrecht, mit dem Pfand (das Zielonacki als separaten Rechtsbereich betrachtet) sowie mit dem Familien- und Erbrecht²⁷. Das ganze Lehrbuch enthält fast ausschließlich eine rein dogmatische Vorlesung zum justinianischen Recht, mit nur sehr wenigen punktuellen Hinweisen auf das klassische Recht bzw. auf die historische Entwicklung des römischen Rechts. Das Ganze bleibt jedenfalls aus der Sicht der heutigen Rechtshistoriografie ausgesprochen ahistorisch²⁸. Was das Pandektenlehrbuch von Zielonacki betrifft, so sei hierbei noch angemerkt; dass es das erste polnische Pandektenhandbuch war, dass das deutsche, pandektistische Lehrmodell des römischen Rechts auf galizischen Boden überträgt und zugleich eine durchaus wichtige Rolle für die Präsenz des römischen Rechts in der polnischen Kultur im 19. Jahrhundert im Allgemeinen gespielt hat²⁹. Auch an den anderen romanistischen Schriften von Zielonackis ließ sich seine eindeutige, pandektistische Grundeinstellung erkennen.

Auch der Lemberger Romanist Ferdynand Źródłowski (1843-1894)³⁰ ist ganz sicherlich als Pandektist anzusehen³¹. Auf dem Gebiet des römischen Rechts hat

²⁷ BODURA (2020) op. cit. 281.

²⁸ So KODRĘBSKI op. cit. 238.

²⁹ So KODRĘBSKI op. cit. 237.; SONDEL (2013) op. cit. 153., BODURA (2020) op. cit. 281.; NANCKA (2020) op. cit. 221–222. Dies wurde auch von seinen Zeitgenossen so gesehen und entsprechend gewürdigt. So bewertet Friedrich Zoll [der Ältere] das Pandektenlehrbuch von Zielonacki sehr hoch und zwar mit der Begründung, dass es „in der polnischen Literatur das erste und einzige Werk dieser Art“ sei, dessen terminologische Präzision und konsistente Systematik er hoch lobte. por. Fryderyk ZOLL (rec.): *Pandekta czyli wykład prawa rzymskiego o ile jest ono podstawą prawodawstw nowszych przez Józefata Zielonackiego. Część pierwsza*. Kraków, 1862. *Czasopismo Poświęcone Prawu i Umiejętnościom Politycznym*, Kraków, 1863. 51–58., 224–232., 493–502.; idem, *Pandekta czyli wykład prawa rzymskiego o ile jest ono podstawą prawodawstw nowszych przez Józefata Zielonackiego. Część pierwsza*. Kraków o 1862 (*Dokończenie rozbioru krytycznego, umieszczonego w zeszytach I. IV. I VIII. Roku zeszęłego*), *Czasopismo Poświęcone Prawu i Umiejętnościom Politycznym*, Kraków, 1864. 163–178.

³⁰ Źródłowski studierte in Lemberg, promovierte jedoch in Krakau und habilitierte sich dort 1866 im österreichischen Zivilrecht. Als 24-jähriger junger Mann wurde er ein Jahr später als außerordentlicher Professor für Zivilrecht an die Universität Lemberg berufen. Diese schnelle wissenschaftliche Karriere war nicht zuletzt durch die Polonisierung der Universität Lemberg bedingt, die nun nach der sprachlichen Umstellung polnische Dozenten benötigte. 1872 wurde Źródłowski zum ordentlichen Professor für das Zivilrecht ernannt. Er trat 1889 in den Ruhestand, vgl. KODRĘBSKI: *Prawo rzymskie* 238f. BODURA (2020) op. cit. 282.

³¹ Daran änderte auch die Tatsache nichts, dass er in seinem in Prag im Jahre 1877–1880 veröffentlichten Lehrbuch des en Recht die tradierte Aufteilung des Römischen Recht in Pandekten und Institutionen aufgegeben hatte, worauf unten zurückzukommen sein wird, vgl. dazu Ferdinand Źródłowski: *Das römische Privatrecht, Bd. 1: Das Recht im objektiven Sinn und die Personen*. Prag, Verlag von H. Dominicus, 1877.; Bd. 2: *Die Sachen und ein Theil der Lehre von den Rechten überhaupt*. Prag, Verlag von H. Dominicus, 1880. Andererseits verlegte er nahhinein, d.h. im Jahre 1889, auf Polnische zwei separate Ausarbeitungen zu den Pandekten und zu den Institutionen so vgl. dazu Ferdynand Źródłowski: *Pandekta prywatnego prawa rzymskiego*. Bd. 1: *Wstęp i Część ogólna*. Lwów, Wydawnictwo Towarzystwa „Biblioteki Słuchaczów Prawa we Lwowie”. Główny Skład w Księgarni Pawła Starzyka (przedtem J. Milikowski), 1889 u. Ferdinand ŹRÓDŁOWSKI: *Instytucje i Historia*

Żródłowski drei umfassende Lehrbücher veröffentlicht, darunter ein umfassendes, in Prag in den Jahren 1877-1880 in zwei Bänden veröffentlichtes Handbuch des römischen Rechts auf Deutsch³², das Lehrbuch der Pandekten auf Polnisch (1889)³³ und schließlich ein Lehrbuch der Institutionen auf Polnisch (1889)³⁴. Was das eben erwähnte Pandektenlehrbuch von Żródłowski anbelangt, so blieb auch dessen Aufbau ganz im üblichen Schema der deutschen Pandektenlehrbücher seiner Zeit.³⁵ Żródłowski verweist darin wiederholt auf sein schon früher auf Deutsch veröffentlichtes Handbuch des römischen Rechts wie auch auf die einschlägigen deutschen Pandektenlehrbücher, insbesondere auf die klassischen Lehrbücher von Windscheid und Dernburg³⁶, aber er lässt sich durchaus auch auf zahlreiche Polemiken mit deutschen Romanisten ein³⁷. Auf jeden Fall lässt sich seinem (polnischen) Pandektenlehrbuch entnehmen, dass sich Żródłowski deutlicher noch als Zielonacki zur Aktualität des Pandektenrechts bekannte³⁸.

2. Zoll's programmatische Schrift aus dem Jahre 1873 als ein vorausgehender Vorstoß der galizischen Romanistik gegen die Pandektistik

Mit der, eben geschilderten, der Pandektistik gegenüber freundlicherer Grundeinstellung der Lemberger Romanisten Zielonacki und Żródłowski kontrastierte die inhaltliche Aussage der im Jahr 1873 in Form eines längeren Aufsatzes auf Polnisch publizierten Programmschrift des Krakauer Ordinarius für römisches Recht Zoll mit dem Titel *Die Ausgestaltung von Vorlesungen des römischen Rechts*

prywatnego prawa rzymskiego, Lwów, Księgarnia Pawła Starzyka (przedtem J. Milikowski), 1889. Das wissenschaftliche Hauptinteresse von Żródłowski galt dem gegenwärtigen österreichischen bzw. deutschen Privatrecht seiner Zeit. Er schrieb und veröffentlichte hauptsächlich in deutscher Sprache und es war ihm wichtig, mit der deutschen Wissenschaft in Kontakt zu bleiben. Darüber hinaus beteiligte er sich aktiv an den Diskussionen zur Reform des österreichischen Privatrechts und zwar hauptsächlich zu Fragen des Zivilprozessrechts, vgl. dazu KODRĘBSKI op. cit. 239; BODURA (2020) op. cit. 282.

³² ŻRÓDŁOWSKI (1877) op. cit. (Bd.1) u. DERS. (1880) op. cit. (Bd. 2).

³³ ŻRÓDŁOWSKI (1889).

³⁴ ŻRÓDŁOWSKI (1889a).

³⁵ So wird darin von Żródłowski in seinem Pandektenlehrbuch das allgemeine Wissen über das Recht als solches, darunter die Rechtsquellenlehre, das Personenrecht, die allgemeine Lehre über die Sachen und die Rechtsgeschäfte behandelt. Eine ausführliche Darstellung des römischen Rechts bleibt zunächst aus; sie sollte augenscheinlich im letztendlich nicht veröffentlichten zweiten Band des Lehrbuches enthalten sein. Vgl. dazu BODURA (2020) op. cit. 282.

³⁶ BODURA (2020) op. cit. 282.

³⁷ Es wird Żródłowski in heutigem Schrifttum zum Vorwurf gemacht, dass sein Pandektenlehrbuch in dogmatischer Hinsicht voller Polemik in alle Richtungen war, in ungeschickter Sprache geschrieben und vor allem, dass es schon bei seinem Erscheinen gänzlich veraltet gewesen sei. Immerhin unterscheidet sich dessen Aufbau nicht wesentlich von dem über ein Vierteljahrhundert älteren Lehrbuch Zielonackis, vgl. KODRĘBSKI op. cit. 239; NANCKA (2020) op. cit. 223.

³⁸ Insofern wird im Schrifttum auch die Meinung geäußert, dass Żródłowski noch mehr als Zielonacki für einen in Galizien tätigen Pandektisten stehen würde, der eng mit der deutschen Wissenschaft verbunden ist, so etwa KODRĘBSKI op. cit. 239–240.; wohl aber auch BODURA (2020) op. cit. 283.

und des geltenden Zivilrechtes an österreichischen Universitäten³⁹. In diesem Text sprach sich der Autor ganz ausdrücklich gegen eine Vorlesung zum Pandektenrecht (als einer Vorlesung, die das heutige römische Recht zum Gegenstand hat) an den österreichischen Universitäten aus. Zu der von ihm mit dieser Schrift ins Spiel gebrachten Reformagenda gehörte außerdem das Postulat einer Zusammenlegung des dogmatischen mit dem historischen Part der romanistischen Didaktik an den österreichischen Universitäten sowie obligatorischer exegetischer Übungen anhand klassischer Texte⁴⁰. Der dahingehende Vorschlag von F. Zoll d. Ä., stellte jedenfalls was das Postulat der Abschaffung der Pandektenvorlesung an den k. k Universitäten betrifft, zum Zeitpunkt seines Erscheinens, also im Jahre 1873, aus der Sicht des damaligen österreichischen Schrifttums insofern ein Novum dar, als sich Zoll damals, anders als bei seinen späteren Veröffentlichungen zu dem Thema⁴¹, noch auf keine dahingehenden Äußerungen in der heimischen Literatur stützen konnte⁴².

3. Zur Person vom Leonard Piętak

Leonard Franciszek Piętak wurde im Jahr 1841 in Przemyśl (Premissel) geboren. Er studierte im Anschluss an die im Jahre 1860 am Gymnasium in Przemyśl bestandene Reifeprüfung an der Lemberger Universität Rechtswissenschaften. Sein Studium schloss er dann im Jahre 1864 ab; die Promotion zum Dr. iur. erfolgte im Jahre 1867⁴³. Er habilitierte 1869 in Lemberg im Handelsrecht⁴⁴ und wurde ein Jahr später zum außerordentlichen Professor für Handels- und Wechselrecht⁴⁵ ernannt. Im Jahre 1871 erhielt er zusätzlich noch die *venia docendi* aus dem römischen Recht, nachdem er davor die Arbeit „Über die rechtliche Natur der Korrealobligation“⁴⁶ vorgelegt hatte. Im Jahre 1872 wurde Piętak dann auch zum außerordentlichen

³⁹ ZOLL (1873) op. cit. 1–32.

⁴⁰ Vgl. dazu BODURA (2022) 22, 26, 28, 29, 31, 33 u. 38.

⁴¹ In erster Linie gilt dies für den im Folgenden noch angesprochene Text (vgl. unten Pkt. VIII A) aus dem Jahre 1899/1900, vgl. ZOLL (1900) op. cit. 1–17.

⁴² Von daher griff Zoll dabei auf zwei deutsche Veröffentlichungen aus dieser Zeit zurück, in denen die Autoren sich dezidiert für einen Verzicht auf die Pandektenvorlesung – und dies sogar im damaligen Deutschland – aussprachen. Und diese waren: Zum einen Adolf STÖLZEL: *Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien: eine rechtsgeschichtliche Untersuchung mit vorzugsweiser Berücksichtigung der Verhältnisse im Gebiete des ehemaligen Kurfürstenthums Hessen*. Stuttgart, Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1872. 615–619. vgl. dazu auch Vgl. BODURA (2022) op. cit. 26.

⁴³ FINKEL–STARZYŃSKI op. cit. Cz. 2 [Teil 2] 193.; ZDRADA (1981) op. cit. 200.; TILL op. cit. 269.; ZOLL (1909) op. cit. 201.; KODRĘBSKI op. cit. 241.; SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 60.; REDZIK (2017) op. cit. 405.

⁴⁴ Auf der Grundlage der Habilitationsschrift „Über die rechtliche Natur der Actiengesellschaften Börsen und Börsengeschäfte“, vgl. dazu etwa FINKEL–STARZYŃSKI op. cit. Cz. 2 [Teil 2] 193.; SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 60.; REDZIK (2017) op. cit. 405.

⁴⁵ So jedenfalls BARTEL op. cit. 68.; SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 60.; REDZIK (2017) op. cit. 405.

⁴⁶ Sofern ersichtlich blieb eine Publizierung im Sinne einer Drucklegung aus.

Professor für Römisches Recht⁴⁷ ernannt, bis er schließlich im Jahre 1876 zum ordentlichen Professor für römisches Recht und Handels- und Rechnungsrecht an der k.k. Universität Lemberg (Lwiw) ernannt wurde⁴⁸. Dort war er sodann fast ein Vierteljahrhundert lang als der das Römische Recht lehrende Dozent tätig⁴⁹. Im Jahre 1900 schied es dann im Zusammenhang mit der Übernahme des Postens eines Ministers im gesamtösterreichischen Kabinett aus der akademischen Laufbahn aus⁵⁰. Dazwischen war er zweimal Rektor der Lemberger k. k. Universität⁵¹ sowie dreimal Dekan der Juristischen Fakultät⁵². Piętak beteiligte sich zugleich aktiv am politisch-gesellschaftlichen Leben des Landes⁵³. Von 1886 bis 1895 war er im Stadtrat von Lemberg⁵⁴. Zweimal, d. h. in den Jahren 1881 und 1888, gehörte er in seinen Eigenschaften als Rektor der Lemberger Universität dem Galizischen Landtag als Virilist an⁵⁵. Im Oktober 1893 erhielt er ein Mandat im gesamtösterreichischen Parlament (Staatsrat), in dem er Mitglied und zugleich Vizepräsident des Polenklubs war. Den Gipfel seiner politischen Karriere erklimmte Piętak im Jahre 1900, als er Mitglied der Regierung wurde und das Amt des Landesministers für Galizien übernahm, das er in drei Kabinetten, vom Januar 1900 bis zum Mai 1906 ausübte⁵⁶. Nach seinem Rücktritt als Minister für Galizien (1906) wurde er zunächst wieder Mitglied des Staatsrates, bis er im Jahre 1907 zum Mitglied des Herrenhauses ernannt

⁴⁷ Mit allerhöchster kaiserlicher Erschließung vom 12.04.1872. vgl. dazu FINKEL–STARZYŃSKI op. cit. Cz. 2 [Teil 2] 193.; SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 60.

⁴⁸ Mit allerhöchster kaiserlicher Erschließung von 12.04.1876. FINKEL–STARZYŃSKI op. cit. Cz. 2 [Teil 2] 193.; SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 60.

⁴⁹ Mehrere Informationen zu seiner didaktischen Tätigkeit an der Lemberger Universität in der neueren Literatur vgl. m. w. N.: SZCZYGIELSKI op. cit. 59–61. Dieser Autor macht dabei u.a. genaueren Angaben zu den damals erschienenen Niederschriften zu Vorlesungen von L. Piętak.

⁵⁰ Mehr dazu siehe unten.

⁵¹ Dies war in den akademischen Jahren 1881/1882 und 1888/1889 darüber hinaus war er auch zweimal Vize-Rektor (in den akademischen Jahren 1882/1883 und 1889/1890), vgl. dazu FINKEL–STARZYŃSKI op. cit. Cz. 2 [Teil 2] 194. u. 376–379.; ZDRADA op. cit. 200.

⁵² Und zwar in den akademischen Jahren 1878/79, 1883/1884 und 1890/1891, darüber hinaus war er mehrere Male Prodekan dieser Fakultät, und zwar in den akademischen Jahren 1879/1880, 1880/1881, 1884/1885 und 1891/1892, vgl. dazu FINKEL–STARZYŃSKI, op. cit. Cz. 2 [Teil 2], 193–194. u. 376–379.; ZDRADA op. cit. 200.

⁵³ Mehr dazu sehe etwa E. TILL op. cit. 271–272.; ZOLL (1909) op. cit. 204–205.; FINKEL–STARZYŃSKI op. cit. Cz. 2 [Teil 2] 194.; ZDRADA op. cit. 200–201.; SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 62–64.

⁵⁴ Kazimierz OSTASZEWSKI–BARAŃSKI: Pogląd na działalność reprezentacji królewsko–stołecznego stołecznego miasta Lwowa w okresie 1871–1895. In: *Miasto Lwów w okresie samorządu 1870–1895*, Lwów, Nakładem Gminy Królewsko–Stołecznego Miasta Lwowa, 1896. 223., 236., 252–253.

⁵⁵ FINKEL–STARZYŃSKI op. cit. Cz. 2 [Teil 2] 194.

⁵⁶ Und zwar nacheinander während der Amtszeit der Regierungen von Ernest von Körber vom 19. Januar 1900 bis 27. Dezember 1904, von Paul Gautsch von Frankenthuren (1. Januar 1905 bis 30. April 1906) und Konrad von Hohenlohe–Waldenburg–Schillingsfürst (30. April 1906 bis 28. Mai 1906) – Angaben nach: SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 63.

wurde, in dem er bis zu seinem Tod im Jahre 1909 blieb⁵⁷. Für seine öffentliche Tätigkeit wurde Herr Piętak 1893 zum Hofrat ernannt⁵⁸.

Was Piętak's Schriften auf dem Gebiet des römischen Rechts angeht, so kommt unbestritten die zentrale Bedeutung dem schon genannten Lehrbuch des Erbrechts zu⁵⁹. Auf diese Arbeit von Piętak soll im Folgenden noch näher eingegangen werden⁶⁰. Darüber hinaus zählt die in den Jahren 1875 und 1876 im „*Archiv für die civilistische Praxis*“ veröffentlichte zweiteilige Arbeit zur „*Lehre von der Pupillarsubstitution*“⁶¹ zum romanistischen Schaffen Piętaks. Darin befasst sich der Autor mit der Ernennung eines Substitutes für ein minderjähriges Kind, das durch den Erblasser im Testament als Erbe eingesetzt werden sollte (*substitutio pupillaris*)⁶². Ferner sind zumindest einige unter zahlreichen weiteren Rezensionen romanistischer Werke seiner Zeit anzuführen, die aus der Feder von Piętak stammen. In erster Linie gilt dies für seine Rezension der ab dem Jahre 1886 in mehreren Bänden erscheinenden Pandekten von Zoll⁶³ - immerhin bis heute das umfangreichste romanistische Lehrbuch auf Polnisch. Diesem Werk schenkte Piętak besonders viel Aufmerksamkeit, denn es wurden von ihm dazu insgesamt vier Rezensionen publiziert⁶⁴, in denen er das Zoll'sche Werk

⁵⁷ Piętak verstarb im Februar 1909 in Wien, vgl. BARTEL op. cit. 68.; ZDRADA op. cit. 201. SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 63.

⁵⁸ FINKEL-STARZYŃSKI op. cit., Cz. 2 [Teil 2] 194.; darüber hinaus wurde er 1904 mit dem Orden der Eisernen Krone der Klasse I und 1906 mit dem Großen Kreuz des Leopold-Ordens ausgezeichnet, vgl. dazu ZOLL (1909) op. cit. 205.

⁵⁹ So auch etwa TILL op. cit. 270. wohl aber auch KODRĘBSKI op. cit. 242.; WISŁOCKI op. cit. 77.; JĘDREJEK (2002) op. cit. 92., 179.; DERS. (2003) 185.; SZCZYGIELSKI op. cit. 64.

⁶⁰ Mehr dazu siehe unten Pkt. IV.

⁶¹ Leonard PIĘTAK: Zur Lehre von der Pupillarsubstitution. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1875/ 3. 378–427.; 1876/ 1. 1–35.

⁶² Dieser auf Deutsch verfasste Beitrag von L. Piętak wurde damals in dem galizischen Fachschrifttum rezensiert, und dabei durchaus positiv bewertet, vgl. [anonym] Rezension [v.:] Dr. Leonard Pietak, Professor in Lemberg. *Lehre von der Pupillarsubstitution. Archiv für die civilistische Praxis*, 58 Band, 378 – 461. *Przegląd Sądowy i Administracyjny*. Lwów, Jg. I (1876), 341. Obwohl dies Rezension anonym bleibt, wird in der Literatur dazu die Meinung vertreten, dass diese Rezension von Zoll d. A. stammte, so vgl. dazu SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 66. Andererseits sei an diese Stelle auch darauf hingewiesen, dass ausgerechnet dieser Beitrag von Piętak im polnischen rechtshistoriografischen Schrifttum nicht selten unberücksichtigt bleibt, und dies von so ausgewiesener Kenner der Gesichte polnischen Romanistik wie etwa Kodrębski vgl. KODRĘBSKI op. cit. 242–243. oder Wiesław LITEWSKI: *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*. Kraków, 1998. 309. wird hingegen angeführt etwa von Wisłocki, vgl. WISŁOCKI op. cit. 77.

⁶³ Fryderyk ZOLL [d. Ä.]: *Pandekta, czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego*. 1. Aufl. Bd. I–III (Kraków, 1888–1910).

⁶⁴ Leonard PIĘTAK: Rezension. [v.:] Fryderyk ZOLL: *Pandekta, czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego z krótkim uwzględnieniem historyczno rozwoju pojedynczych jego instytucyj*. t. I: Część ogólna i Prawo rzeczowe (Pierwsza połowa), Kraków, 1888. str. I–XXXI, 1–224. *Przegląd Sądowy i Administracyjny*, Lwów, Jg. XIII (1888), 696–703.; DERS.: Rezension. [v.:] Fryderyk ZOLL: *Pandekta, czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego z krótkim uwzględnieniem historyczno rozwoju pojedynczych jego instytucyj*. t. I.: Druga połowa. Kraków, 1891. str. 225–338. *Przegląd Sądowy i Administracyjny: rozprawy i zapiski literackie*. Lwów, Jg. XVI (1891), 567–570.; DERS.: Rezension. [v.:] Fryderyk ZOLL: *Pandekta, czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego z krótkim uwzględnieniem*

einer sehr akribischen und insgesamt eher wenig freundlichen Kritik unterzog⁶⁵. Auch Piętaks Rezension des 1877 in Prag erschienenen Handbuches des römischen Privatrechts von Żródłowski⁶⁶, die Rezension zweier Arbeiten des angesehenen Warschauer Römischrechtlers Theodor Dydyński, das Latein-Polnische Wörterbuch für die Quellen des römischen Rechts aus dem Jahre 1883⁶⁷ und schließlich eine im Jahre 1891 in Berlin erschienene Arbeit zur handschriftlichen Überlieferung der Justinianischen Rechtsquellen⁶⁸ sind in diesem Zusammenhang noch zu erwähnen. Ferner sind die Rezensionen von Arbeiten zweier Romanisten zu nennen, die im Vergleich zu ihm schon zur nächsten Generation galizischer Romanisten gehörten. und zwar zum einen die Rezension der Arbeit von Marcell Chlamtacz über die Übereignung durch Tradition im römischen Recht⁶⁹ und zum anderen diejenige eines Werks von Ignaz Koschembahr-Lyskowski mit dem Titel: *Die deutsche Schule des römischen Rechts, zugleich ein Beitrag zur Beurtheilung der Bedeutung des römischen Rechts für die modernen Rechte*⁷⁰. Und schließlich wären hier auch noch die Rezensionen der Arbeiten des russisch-deutschen Romanisten und späteren Professors des römischen Rechts in Berlin und Königsberg, Paul Ernst Emil

historyczno rozwoju pojedynczych jego instytucyj. t. II: Prawo rzeczowe, Kraków. 1898. str. 1–283. Przegląd Prawa i Administracji: rozprawy i zapiski literackie. Lwów, Jg. XXIII (1898), 746–747. Ergänzend sein noch dem hinzufügen, dass die Kritik von Pietak sogar eine schriftliche Entgegnung von Zoll nach sich ziehen, so vgl. dazu Fryderyk ZOLL: O nauce prawa rzymskiego w naszych Uniwersytetach. *Przegląd Prawa i Administracji*, Lwów, Jg. XVII (1892), 12–23. mehr zu diesem Text vgl. auch: BODURA (2022) op. cit. 31–32.

⁶⁵ So auch etwa SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 67.

⁶⁶ Ferdinand ŻRÓDŁOWSKI: *Das römische Privatrecht, Bd. I: Das Recht im objektiven Sinn und die Personen*. Prag, Verlag von H. Dominicus, 1877.; so vgl. dazu: „Pk” [PIĘTAK] Rezension [v.:] Dr. Żródłowski Ferdinand, Professor an der Universität in Lemberg: Das römische Privatrecht. Bd. I. Das Recht im objectiven Sinn und die und die Personen, Prag, 1877. *Przegląd Sądowy i Administracyjny*, Jg. II (1877), 83.

⁶⁷ Teodor DYDYŃSKI: *Słownik łacińsko-polski o źródłach prawa rzymskiego*. Warszawa, Druk Michała Ziemkiewicza i Wiktoryna Noakowskiego, 1883.; so vgl. dazu: „Pk” [PIĘTAK] Rezension [v.:] Prof. Dr. Teodor DYDYŃSKI: Słownik łacińsko-polski o źródłach prawa rzymskiego. Warszawa, 1883. str. III i 731. *Przegląd Sądowy i Administracyjny*. Jg. VIII (1883), 103–104.

⁶⁸ Teodor DYDYŃSKI: *Beiträge zur handschriftlichen Überlieferung der Justinianischen Rechtsquellen* vgl. dazu Rezension von. Dydyński *Beiträge zur handschriftlichen Überlieferung der Justinianischen Rechtsquellen* v. *Kwartalnik Historyczny*, 1891. z. 3, 661–664. [Szczygielski str.68 Fn 64].

⁶⁹ Marcell CHLAMTACZ: *Die rechtliche Natur der Übereignungsart durch Tradition im römischen Recht*, Leipzig: F. Wagner, 1897; so vgl. dazu: Leonard PIĘTAK, Rezension [v.:] Dr. Marcelli Chlamtacz, Die rechtliche Natur der Übereignungsart durch Tradition im römischen Recht (Lipsk 1897). *Przegląd Prawa i Administracji: rozprawy i zapiski literackie*. Lwów, Jg. XXIII (1898), 150–155.

⁷⁰ Ignaz KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI: *Die deutsche Schule des klassischen römischen Rechts zugleich ein Beitrag zur Beurtheilung der Bedeutung des römischen Rechts in die modernen Rechte*, Fribourg (Suisse): Imprimerie et Librairie de l'Œuvre de Saint-Paul 1898; so vgl. dazu: „Pk” [PIĘTAK] Rezension [v.:] Ignacy KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI: Die deutsche Schule des klassischen römischen Rechts zugleich ein Beitrag zur Beurtheilung der Bedeutung des römischen Rechts in die modernen Rechte, Fribourg (Suisse), 1898., *Przegląd Prawa i Administracji: rozprawy i zapiski literackie*, Lwów, Jg. XXIV (1899), 303–306.

Sokolowski zu nennen, dessen Schriften zur Mandatsbürgschaft im römischem und im Gemeinen Recht 1891 in Halle erschienen sind⁷¹.

Nichtsdestotrotz wird deutlich, dass das Gesamtwerk von Piętak auf dem Gebiet der Romanistik eher bescheiden blieb, was seine Gründe gewiss darin hatte, dass die zweite wissenschaftliche Ausrichtung von Piętak – wenn sogar nicht sein „erstes“ Betätigungsfeld als Rechtswissenschaftler – der Bereich des Handels- und Wechselrechts war⁷².

4. Piętak's Position bezüglich des Pandektenrechts und der Pandektistik im „Lehrbuch des römischen Erbrechts“, Lemberg 1882

Seine Ausführungen zum Verhältnis zwischen dem „reinen“ römischen Recht und dem sog. „heutigen“ römischen Recht bzw. Pandektenrecht beginnt Piętak im Rahmen des Vorwortes zu dem von ihm im Jahre 1882 vorgelegten Lehrbuch des römischen Erbrechts⁷³ mit einer Beschreibung der zeitgenössischen Situation in Deutschland und Österreich. In beiden Ländern werde die Aufteilung der Wissenschaft des römischen Rechts in die Geschichte und die Institutionen einerseits und in die Pandekten andererseits bis jetzt konsequent beibehalten⁷⁴. Wenn auch die Grenzen dieser beiden Bereiche – was unser Autor seinerseits mit Nachdruck betonte – nicht genau definiert seien, werde im Allgemeinen angenommen, dass die Institutionenvorlesung die Hauptprinzipien des reinen römischen Rechts in ihrer historischen Entwicklung zu ihrem Gegenstand habe⁷⁵. Hingegen behandle die Pandektenvorlesung das

⁷¹ Paul SOKOŁOWSKI: *Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht unter Berücks. des Entwurfes eine bürgerliche Gesetzbuche für den deutschen Reich*. Halle a. S., Max Niemeyer, 1891.; so vgl. dazu Leonard PIĘTAK: Rezension [v:] Paul Sokolowski (Mitglied des russischen Instituts für römisches Recht bei der Universität zu Berlin), *Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem. Przegląd Prawa i Administracji: rozprawy i zapiski literackie*, Lwów, Jg. XVII (1892), 66–69.

⁷² Dennoch kann dem im Schrifttum vertretenen Standpunkt, wonach Piętak schon wegen der Bescheidenheit seines Schaffens auf dem Gebiet des Römischen Rechts nicht so ohne weiteres als der erste „postpandektistische“ Lemberger Romanist schlechthin betrachtet werden könne, nicht vorbehaltlos gefolgt werden. So aber explizit etwa GIARO op. cit. 94. und in diese Richtung schon früher auch KODRĘBSKI op. cit. 242. Anders jedoch in dieser Hinsicht im neueren Schrifttum wiederum NANCKA (2020) op. cit. 224. Andererseits scheint aber auch der etwa von Szczygielski verfolgte Ansatz nur wenig überzeugend, wenn dort zum romanistischen Betätigungsfeld von Piętak auch dessen Nachrufe auf angesehene Romanisten seiner Zeit gezählt werden, wie etwa die Nachrufe auf Zielonacki oder Windscheid; vgl. dazu: Leonard PIĘTAK: Józefat Zielonacki (Wspomnienie poświęcone), *Przegląd Sądowy i Administracyjny*. Lwów Jg. IX (1884), 161–162.; DERS.: Bernard Windscheid (Wspomnienie poświęcone) *Przegląd Prawa i Administracji: rozprawy i zapiski literackie*, Jg. XVII (1892), 671–675.

⁷³ Im Grunde genommen stellte seine Betrachtung die Begründung für die in seinem Lehrbuch angewendete Methode dar.

⁷⁴ Piętak selbst spricht hier explizit von den „sogenannten Institutionen“ bzw. den „sogenannten Pandekten“ [pol. „tak zwane instytucje“ bzw „tak zwane pandekta“] sprach vgl. dazu PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VII.

⁷⁵ Ibid.

justinianische Recht, sofern dieses in Deutschland Rechtskraft erlangt habe, einschließlich jener Änderungen, denen es unter dem Einfluss des heimischen und des kanonischen Rechts unterlegen war,⁷⁶ also letztendlich diejenige *Rechtsmaterie*, die gegenwärtig „von den Deutschen“ – so wörtlich Piętak⁷⁷ – als das „heutige römische Recht“ oder auch das „gemeine deutsche Recht römischen Ursprungs“ bezeichnet werde⁷⁸. Schon hier bringt Piętak seine kritische Meinung hinsichtlich dieses Zustandes zum Ausdruck, indem er feststellt, dass er diese Sachlage aus vielen Gründen für unbefriedigend halte⁷⁹. Dadurch würden die Pandekten zum Hauptgegenstand des Studiums des römischen Rechts. Die Pandekten aber – und damit war ganz offensichtlich „das Pandektenrecht“ gemeint – werden von Piętak in diesem Zusammenhang charakterisiert als ein Recht, das so weitgehend auf die modernen Verhältnisse zugeschnitten worden ist, dass es größtenteils überhaupt kein römisches Recht mehr sei⁸⁰. Der Umstand, dass die Pandekten (das Pandektenrecht) den Hauptgegenstand des Studiums des römischen Rechts ausmachten, habe letztendlich zur Folge, dass die Institutionen (Institutionenvorlesung) nun zu einer kurzen Vorbereitung auf das Studium des Pandektenrechts würden. In der akademischen Praxis führe dies dazu, dass das „gemeine deutsche Recht römischen Ursprungs“ genau dargelegt werde, was über die Grenzen dieser deutschen Gebiete hinaus, das römische Recht nach wie vor in Kraft sei, nur insofern von Bedeutung sei, als es für die Erklärung heutiger Gesetzbücher dienen könne. Denn auch diese würden inhaltlich unbestritten auf dem Römischen Recht beruhen⁸¹. Dennoch könne ein so formuliertes (didaktisches) Ziel der Pandektenvorlesung nach Piętaks Auffassung auch auf eine andere, ja sogar „bessere“ Weise erreicht werden. Und zwar durch eine umfassende Berücksichtigung der besagten römischrechtlichen Elemente im Rahmen der Vorlesung zum geltenden Privatrecht⁸². Eine separate Vorlesung der Pandekten (des Pandektenrechts) sei insofern überflüssig⁸³. Dies betreffe insbesondere diejenigen Länder, in denen das römische Recht weder in formeller Hinsicht (wie dies in Deutschland der Fall war) noch in irgendeiner anderen Geltung erlangt hat⁸⁴. Nach Piętaks Auffassung soll das römische Recht als Gegenstand

⁷⁶ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VII.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VII.

⁷⁹ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VII. Piętak spricht in diesem Zusammenhange zugleich die Überzeugung aus, dass seine Auffassung von „bedeutenden deutschen Juristen der letzten Zeit geteilt werde“. Bezeichnenderweise werden von ihm dabei jedoch keine Juristen namentlich genannt.

⁸⁰ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VII.

⁸¹ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VIII.

⁸² PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VIII. Am Rande sei anzumerken, dass dieser Ansatz eine offensichtlich Parität zu diesbezüglicher Position von Zoll aus dem Jahre 1872/73 darstelle, vgl. dazu ZOLL (1873) op. cit. 11., ferner auch BODURA (2022) op. cit. 27–28, 38.

⁸³ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VIII.

⁸⁴ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VIII. Bei Piętak ist explizit von „einem Land wie dem unsrigen“ die Rede, einem Land, in dem das römische Recht nie die Geltung erlangt hat, was jedoch die Frage aufwirft, was er damit tatsächlich gemeint haben könnte. Viel spricht aber dafür, dass Piętak mit der

eines rechtswissenschaftlichen Studiums nämlich ganz unabhängig davon betrieben werden, ob, wo und wann es als verbindliches Recht anerkannt wurde. Denn sein Wert bestehe nicht darin. Dieses Recht habe für jede Nation die große Bedeutung, die die Errungenschaften des Geistes der klassischen Antike im Allgemeinen als Elemente der modernen Zivilisation hätten. In dieser Hinsicht nähme das römische Recht einen sehr ehrenwerten Platz ein⁸⁵.

Was den didaktischen Nutzen einer vertieften Beschäftigung mit dem „reinen“ Römische Recht angeht, so führt unser Autor dazu weiter aus, gebe es in der Tat kein Recht, das in Bezug auf die juristischen Fähigkeiten und zur Verbesserung der modernen Gesetzgebung mehr beitragen könne als eben dieses „reine“ römische Recht. So sei auch dessen Einfluss auf die heutige Rechtswissenschaft ganz gewaltig und die heutigen Bücher des Privatrechts folgten größtenteils seinen Grundsätzen⁸⁶. Was dem römischen Recht insbesondere einen unerschöpflichen Wert verleihe, sei die Form seiner Ausarbeitung, die es zum perfekten Modell und zur Schule juristischer Vernunft und Kreativität mache⁸⁷. Unabhängig von der Beziehung zwischen dem Römischen Recht und dem geltenden Recht werde das Meisterwerk der römischen Juristen für die Rechtswissenschaft immer das bleiben, was etwa die Werke der griechischen Meister für die Kunst und ihre Entwicklung seien und für immer bleiben werden, nämlich ein kaum erreichbares Vorbild was seine außerordentliche Anpassungsfähigkeit auf neuauftretende soziale Verhältnisse und Lebensbedürfnisse angehe⁸⁸. Dies sei durch die geschickte Entwicklung und Weiterbildung des Römischen Rechts gelungen, bei der jedoch die ihm zugrundeliegenden, fest formulierten Rechtsgrundsätze niemals preisgegeben worden seien⁸⁹. Vor dem Hintergrunde einer solchen Einstellung, was die Bedeutung des Römischen Rechts für die zeitgenössische Rechtslehre und Gesetzgebung angeht, formuliert unser Autor nun seine eigene Konzeption bezüglich der Ausgestaltung des akademischen Unterrichtes des Römischen Rechts. Dieser sei so zu gestalten, dass dabei nicht nur das notwendige Material und Wissen geliefert werde, um die heute geltenden Gesetze besser verstehen zu können, sondern dass dieser Unterricht auch zu einer „echten Schule der juristischen Ausbildung“ werde⁹⁰. Im Einzelnen bedeute dies vor allem, dass der Gegenstand des systematischen universitären Unterrichtes im römischen Recht nur das reine römische Recht sein

von ihm hier verwendeten Formulierung „unser Land“ doch das Königreich Polen gemeint haben muss, wo das römische Recht tatsächlich niemals formell gegolten hatte, und nicht Österreich, wo das Römische Recht bis zum Jahr 1811 formal in Kraft geblieben war, was Piętak zweifelsohne bekannt gewesen sein musste.

⁸⁵ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VIII.

⁸⁶ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VIII.

⁸⁷ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VIII–IX.

⁸⁸ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] IX.

⁸⁹ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] IX. Bei den altrömern, so Piętak, seien die für neue soziale Verhältnisse benötigten neuen Rechtsregeln durch eine tiefe Einsicht in den Geist des bestehenden Rechts abgeleitet worden.

⁹⁰ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] IX.

sollte⁹¹. Ferner, dass die diesbezüglichen Vorlesungen in jedem Falle ein möglichst genaues Bild des römischen Rechts sowie seiner Struktur zu vermitteln hätten. Daher dürfe sich eine systematische Darstellung des Römischen Rechts nach Piętak's Auffassung keineswegs lediglich auf eine simple Wiedergabe von Hauptprinzipien und Grundkategorien des Römischen Rechts beschränken. Vielmehr gelte es, dabei gerade auch auf die Details der diesbezüglichen Rechtsmaterie näher einzugehen. Allen voran habe die romanistische Vorlesung die Dogmatik des Römischen Rechts mit dessen Geschichte zu verbinden⁹². Von den so gesteckten methodologischen Zielvorgaben geleitet, sei er – so führt es Piętak explizit aus – im Rahmen seiner nun vorliegenden Ausarbeitung zum römischen Erbrecht selbst vorgegangen⁹³. Demnach wird dort nur das „reine“ römische Erbrecht behandelt und zwar sowohl dogmatisch als auch historisch. Gerade auf dem Gebiet des Erbrechts sei dies ganz besonders angebracht. Das werde sogar von den Befürwortern einer Aufteilung des universitären römischrechtlichen Unterrichts in die Vorlesung der Institutionen und in diejenige der Pandekten weitgehend zugestanden⁹⁴. Denn es sei unmöglich, ausgerechnet den Bereich des römischen Erbrechts lediglich „in der pandektischen Weise“ zu behandeln⁹⁵. Er selbst führt zur Begründung dieser These das Argument einer offensichtlichen „inneren“ Ausdifferenzierung des römischen Erbrechts an, das über die justinianische Kompilation überliefert worden war⁹⁶. Dieses „justinianische Erbrechte“ stelle ungeachtet der bedeutsamen Reformen, die durch Justinians Novellen verwirklicht worden waren, keineswegs ein „einheitliches Ganzes“ dar⁹⁷. Seine Einzelteile würden nämlich zu verschiedenen Epochen der Entwicklung des römischen Rechts gehören, aus verschiedenen Quellen stammen und daher auch den Charakter eines z.T. ganz unterschiedlichen Zeitgeistes aufweisen⁹⁸. Die Einzelteile (des römischen Erbrechts) würden sich dabei wohl auch aus ganz unterschiedlichen Prinzipien ableiten. In den Justinianischen Sammlungen bildeten sie als Ganzes zwar „das geltende Recht“, gleichzeitig sei dieses Ganze aber unvollendet geblieben und nicht einheitlich, ähnlich etwa einem Gebäude, das in Teilen in verschiedenen Jahrhunderten errichtet worden sei⁹⁹. Eine klare, nachvollziehbare Darstellung dieses Recht sei daher schlicht unmöglich, ohne seine historische Entwicklung nachzuzeichnen. Und eben diesem Umstand Rechnung tragend wird das römische

⁹¹ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] IX.

⁹² PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] IX.

⁹³ Das römische Erbrecht wird von Piętak dabei charakterisiert als ein abgegrenzter Teil, als eigenständiges Ganzes innerhalb des gesamten römischen Rechtes, vgl. dazu PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] IX.

⁹⁴ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] IX.

⁹⁵ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] IX–X.

⁹⁶ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] X.

⁹⁷ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] X.

⁹⁸ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] X.

⁹⁹ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] X.

Erbrecht nach Piętak's Meinung im Rahmen des universitären Unterrichtes des Römischen Rechtes oft als eigenständiges Teilgebiet betrachtet¹⁰⁰.

Aus unserer Perspektive mag es noch interessant erscheinen, dass Piętak, bevor er näher auf das „justinianische Erbrecht“ einging, noch eine in methodologischer Hinsicht durchaus wichtige allgemein gültige Aussage formulierte: Eine enge Verknüpfung von romanistischer Dogmatik und Geschichte sei im Rahmen des universitären Unterrichtes des römischen Rechts auch ganz generell wünschenswert¹⁰¹. Nicht zuletzt aber erweist sich aus dem Umstand, dass der hier zur Debatte stehende Text des Vorwortes zu einem immerhin weit ausgelegten Lehrbuch des römischen Erbrechts in inhaltlicher Hinsicht keine anderen durchgreifenden Aussagen enthält¹⁰², welche Bedeutung Piętak der besagten Kritik an der Pandektistik letztendlich zugemessen hat.

5. Antipandektische Positionen in anderen Piętak's Texten

Zwar kam eine antipandektistische Position von Piętak am deutlichsten im Vorwort seines Lehrbuchs zum römischen Erbrecht zum Ausdruck, das daher von uns, wenn auch zugespitzt, als „antipandektistisches Manifest der galizischen Romanistik“ bezeichnet wird. Ähnliche Aussagen wurden von ihm aber auch anderswo formuliert. So vor allem in den erwähnten Rezensionen romanistischer Arbeiten anderer Autoren, wie etwa des in Prag im Jahre 1877 von Żródłowski veröffentlichten Handbuches des römischen Rechts oder der Arbeit von Koschembahr-Lyskowski betreffend die deutschen Schulen des klassischen Römischen Rechtes und nicht zuletzt auch in der Rezension der „Pandekten“ von Zoll.

In seiner Rezension des in Prag im Jahre 1877 unter dem Titel: „Römisches Recht“ erschienen Erstes Band eines umfangreichen Handbuches des klassischen Römischen Rechtes von Żródłowski¹⁰³ wird von Piętak als alle erste die Tatsache nun positiv gutgeheißen, dass der Autor des von ihm rezensierten Werks, die für die deutsche Literatur üblichen Aufteilung des römischen Rechts in den die Institutionen und den

¹⁰⁰ Nach seinen Worten ginge es dabei darum, dem Erfordernis einer Aufteilung des Unterrichtes des römischen Rechts in Institutionen und Pandekten in geschickter Weise zu entsprechen; vgl. PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] X.

¹⁰¹ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] IX.

¹⁰² Inhaltlich sind in diesem Zusammenhang noch drei Punkte hervorzuheben: Zum einen Piętak's Anmerkung, dass die Menge des von ihm dargebotenen Materials den „typischen“ Umfang eines Lehrbuchs um einiges überschreite (dementsprechend wird Piętak's Lehrbuch unisono als „sehr detailliert“ charakterisiert; so etwa KODRĘBSKI op. cit. 242.; WISŁOCKI op. cit. 77.) Zweitens, dass sich Piętak darin eindeutig zum zeitgenössischen deutschen romanistischen Schrifttum bekannte und nicht zuletzt auch, dass er nun die Bedeutung der praktischen exegetischen Übungen hervorhob, was seinen Vorstellungen nach die Studierenden dazu ermutigen sollte, ihre eigenen Studien zum römischen Recht anhand originaler Quellenstellen zu betreiben, vgl. dazu PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] X–XI.

¹⁰³ Ferdinand ŻRÓDŁOWSKI: *Das römische Privatrecht, Bd. I: Das Recht im objektiven Sinn und die Personen*. Prag, Verlag von H. Dominicus, 1877; so vgl. dazu: „Pk“ [PIĘTAK] Rezension (1877) op. cit. 83.

Pandekten aufgeben habe. Eine solch Aufteilung des römischen Rechts sei war nach der Auffassung Piętaks zum einen wissenschaftlich kaum zu vertreten. Zum anderen komme dieser Aufteilung „bei uns“ (womit wohl nicht nur das Kronland Galizien, sondern vielmehr ganz Cisleithanien gemeint war), obwohl in Programmen der Universitätsvorlesungen vorgesehen, auch nicht die gleiche praktische Bedeutung wie in Deutschland zu¹⁰⁴. Wenn diese Äußerung von Piętak aus dem Jahre 1877 auch recht kurz ausfällt, ist sie doch wichtig, da sie aus der Zeit *vor* dem Erscheinen von Piętaks Lehrbuch des römischen Erbrechts stammte.

Anders war es dies wiederum im Falle von Piętak`s Rezension der Arbeit von Koschembahr-Łyskowski aus dem Jahre 1899, die die deutsche Schule des klassischen Römischen Rechtes zum Thema hatte. Hier bekräftigt unser Autor wieder einmal, dass das einzige Betätigungsfeld für einen Romanisten das reine römische Recht zu sein habe. Besonders bemerkenswert ist dabei, dass er hier explizit auf das Vorwort zu seinem Lehrbuch des Römischen Erbrechts von 1882 Bezug nahm: Zum einem, indem er darauf hinwies, dass er selbst schon damals diese Sichtweise vertreten habe, zum anderen dadurch, dass er im Rahmen seiner Darstellung von einst auch konsequent diesen methodologischen und programmatischen Ansatz praktisch zu verwirklichen versucht hatte. Dem fügt Piętak noch hinzu, dass sich auch die Romanisten in Deutschland, wo man bisher stets das römische Recht allein „pandektistisch“ zu behandeln pflegte, schon bald nach dem Inkrafttreten des neuen Zivilgesetzbuchs (BGB) dem reinen römischen Recht zugewendet hätten und zwar in erster Linie dem klassischen Römischen Recht¹⁰⁵. Allerdings versah Piętak die letztgenannte Aussage mit dem vielsagenden Vorbehalt, dass hier Vorsicht angebracht sei. Es wäre nämlich ganz falsch, wenn diese Richtung (d.h. die Wendung zur Erforschung ausschließlich des klassischen Römischen Rechts), anstatt nur eine der Strömungen in der „Historischen Schulen“ zu bleiben, einen die völlige Überhand erlangen oder sogar exklusiv werden würde. Dann würde es nämlich möglicherweise zu einem gänzlichen Zerreißen desjenigen Fadens kommen, der das moderne Recht mit der Vergangenheit verbindet. Es würde, so Piętak, dadurch zwar eine Lehre des römischen Rechts entstehen, die aufgrund der ausgezeichneten Beherrschung des klassischen Rechts ganz bestimmt von großem wissenschaftlichem Nutzen wäre. Auch für die juristische Ausbildung wäre ein solcher Stil der Romanistik sicherlich

¹⁰⁴ „Pk” [PIĘTAK] Rezension (1877) op. cit. 83.

¹⁰⁵ Die letztgenannte Aussage von Piętak muss allerdings in jedem Fall im Lichte des von ihm rezensierten Textes von Koschembahr-Lyskowski gesehen werden. Piętak gibt hier die einschlägigen Ausführungen dieses Autors zunächst nur wieder und macht sie sich erst dann auch zu eigen. Dies betrifft in erster Linie diejenige Passage aus Koschembahr-Lyskowski`s Arbeit, in denen es auch explicit hieß, dass das römische Element im heutigen Recht nicht das klassische, sondern das Justinians Recht sei. Dieses sei jedoch das Recht, das zur Zeit des Niedergangs gegolten habe; in seiner Gesamtheit stelle es lediglich eine Kompilation aus dem Recht der klassischen Ära dar. Deshalb gelte es nun, sich vor allem dem klassischen Recht zuzuwenden, um auf diese Weise die einschlägigen Grundprinzipien des Römischen Rechts, das besagte römische Element im heutigen Recht, klar zu erkunden. Denn stehe es außer Frage, dass die tatsächlichen Grundprinzipien eines bestimmten Rechts in der Zeit seiner Blütezeit besser hervorgehoben werden als in der Zeit seines Untergangs; mehr dazu vgl. PIĘTAK (1899) 304.

von Vorteil. Aber im Ergebnis würde eine solche Art von Romanistik dann doch viel mehr das Interesse der Archäologen als der Juristen wecken, da letztere viel stärker mit der Herzfrequenz des modernen Lebens verbunden seien¹⁰⁶.

6. Die allgemeine Charakterisierung des Piętak's Lehrbuches des römischen Erbrechts

Bevor auf die Bewertung des Vorstoßes von Piętak in der zeitgenössischen Literatur eingegangen wird, gilt es zunächst, sich dem Inhalt des Buches selbst zuzuwenden, dessen Vorwort wir als antipandektistisches Manifest *par excellence* betrachten können. Von Piętak selbst wird das von ihm vorgelegte Handbuch des römischen Erbrechts als eine Arbeit charakterisiert, die in erster Linie für die akademische Jugend gedacht sei¹⁰⁷. Insofern sei er als Autor stets darum bemüht gewesen, sein Werk so zu gestalten, dass die akademische Jugend möglichst dazu ermutigt werde, eigene Forschungen am römischen Vorbild¹⁰⁸ aufzunehmen. Aus diesen Gründen habe er ganz bewusst seine Arbeit seither ausgelegt als gewöhnliche Lehrbücher, und zwar vor allem dadurch, dass er zahlreiche zusätzliche Zitate aus Quellen und Literatur hinzugefügt und viele kontroverse Themen detaillierter analysiert oder zumindest auf sie aufmerksam gemacht habe¹⁰⁹.

Was den Inhalt des Lehrbuches von Piętak in engeren Sinnen angeht, so ist hierzu nur anzuführen, dass der im Jahre 1882 erschienene erste Band neben einer umfassenden Darstellung der allgemeinen Grundsätze des römischen Erbrechts¹¹⁰ einschließlich der Erläuterung des Unterschieds zwischen der Erbfolge nach *ius civilis (hereditas)*¹¹¹ und nach dem prätorischen Erbrecht (*bonorum possessio*), allem voran eine detaillierte Schilderung des römischen Erbrechts *ex testamento*¹¹² beinhaltet. In dem im Jahre 1888 erschienenen ersten Teil des zweiten Bandes beschäftigte sich Piętak wiederum mit dem Erben *ab intestato*¹¹³.

¹⁰⁶ Vgl. PIĘTAK (1899) 305.

¹⁰⁷ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] X.

¹⁰⁸ In diesem Zusammenhang wird von Piętak immer wieder die Bedeutung der Lektüre von originalen römischen Texten hervorgehoben, damit man den richtigen Nutzen aus dem Lernen dieses Rechtes ziehen könne; PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] X.

¹⁰⁹ Was die Literaturbasis für seine Ausarbeitung angeht, so gibt Piętak dazu an, dass er bemüht gewesen sei, keine Werke aus der deutschen und polnischen Literatur des laufenden Jahrhunderts wegzulassen, während er aus der Literatur der früheren Jahrhunderte nur einige Werke aufgenommen habe. Zusätzlich habe er noch aus den neueren französischen Werken einige der wichtigsten aufgenommen vgl. dazu PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] XI.

¹¹⁰ PIĘTAK (1882) op. cit. 1–138.

¹¹¹ PIĘTAK (1882) op. cit. 105–138.

¹¹² So werden von Piętak darin etwa solche Themenblöcke behandelt wie der Begriff des Testaments, die Testierunfähigkeit, die rechtliche Fähigkeit, als Erbe eingesetzt zu werden, die Form des Testaments, die Arten von Testamenten, die Unwirksamkeit des Testaments, darunter dessen Widerruf und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen, PIĘTAK (1882) op. cit. 139–387.

¹¹³ Darin beschäftigte sich Piętak zunächst mit den Grundkategorien der Intestaterbfolge (PIĘTAK (1882) op. cit. 1–16.), dann mit deren historischer Entwicklung – von den einschlägigen Regeln des XII

7. Bewertung des Vorstoßes von Piętak

7.1. Bewertung des Vorstoßes von Piętak im Schrifttum der Epoche

Die Bewertung des programmatischen Vorstoßes von Piętak ging im zeitgenössischen Schrifttum grundsätzlich mit der Bewertung bzw. mit dem Rezensieren seines Lehrbuches des römischen Erbrechtes einher. So sind dem Schrifttum von damals zumindest drei solche Besprechungen oder Rezensionen zu entnehmen. Zum einen die zweiteilige Rezension¹¹⁴ des damaligen Krakauer Ordinarius für römisches Recht, Zoll zum andere eine Besprechung von einem Lemberger Rechtsanwalt Ignacy. Sz. Czaremynski (wobei sich diese Rezension nur auf den zweiten Band des Werkes von Piętak bezog)¹¹⁵ und nicht zuletzt die Rezension des Warschauer Romanisten Romuald Hube¹¹⁶.

Zoll bewertet Piętak's Werks durchaus positiv. Dabei wird von ihm besonders die Gründlichkeit und die Gewissenhaftigkeit des Autors bei der Prüfung einzelner römischer Quellentexte hervorgehoben. Des Weiteren die sorgfältige Verwendung der Fachliteratur, ferner die Eigenständigkeit des Autors beim Formulieren seiner Ansichten und nicht zuletzt auch, dass Piętak im Rahmen seines Werks einzelne Rechtsinstitutionen des römischen Rechts sowohl im Lichte von deren geschichtlicher Entwicklung, als auch ihrer dogmatischen Ausgestaltung und dies wiederum zunächst im klassischen und des Weiteren auch im justinianischen Recht dargestellt hat.

Während die Rezension von Czaremynski eher als eine knappe Buchbesprechung angesehen werden kann, verdient die Rezension von R. Hube eine größere Aufmerksamkeit. Zum einen deshalb, weil R. Hube in seiner Rezension als besonderen

Tafel-Gesetzes, über das prätorische Recht und den Reformen durch die kaiserliche Gesetzgebung bis hin zur Novelle 118 aus dem Jahre 543 (17–161.) – und schließlich wird die Novelle 118 (161–218.) dargestellt. Nicht zuletzt ist noch darauf hinzuweisen, dass das Werk von Piętak dennoch nicht fertiggestellt wurde. Dementsprechend wurde im nachhinein seitens des Lemberger Romanisten S. Szachowski ein Versuch unternommen, Piętak's Lerbuch fortzusetzen. So veröffentlichte er im Jahr 1902 einen 116 Seiten starken Band mit dem Titel: „Gegentestamentarisches Erben in Römischen Recht“ vgl. Stanisław SZACHOWSKI: *Dziedziczenie przeciwtestamentowe w prawie rzymskiem* Bd. I., Lwów: Związkowa drukarnia 1902. Leider ist es auch ihm nicht gelungen, die Arbeit endgültig abzuschließen vgl. dazu SZCZYGIELSKI (2009) 65. darunter Fn. 38.

¹¹⁴ Sofern es hierbei von seinen zweiteilige Rezension von F. Zoll die Rede ist, wird damit die Rezension der beiden Bände gemeint vgl. Fryderyk ZOLL: Rezension [v.:] Dr Leonard Piętak, Prawo spadkowe rzymskie, t. 1, Lwów 1882. *Przegląd Sądowy i Administracyjny*, Lwów, Jg. VIII (1883) 88–90.; DERS.: Rezension [v.:] Dr Leonard, Prawo spadkowe rzymskie, t. 2 (Część I: Dziedziczenie beztestamentowe), Lwów, 1888, *Przegląd Sądowy i Administracyjny* Jg. XIV (1889) 468–472.

¹¹⁵ Ignacy Sz. CZAREMYNSKI: Rezension [v.:] Dr Leonard Piętak, Prawo spadkowe rzymskie, t. 2 (Część I: Dziedziczenie beztestamentowe), Lwów 1888. *Prawnik* Jg. XX (1889) 411–412.

¹¹⁶ „R.”: Rezension [v.:] Dr Leonard Piętak, Prawo spadkowe rzymskie, t. 1, Lwów 1882, t. 2, cz. I, Lwów 1888. *Ateneum: pismo naukowe i literackie*. Warszawa 1889, t. 3 (ogólnego zbioru t. 55). 549–554. Obwohl diese Rezension lediglich mit „R” signiert worden war, wurde sie nach e. M. im rechtshistorischen Schrifttum von R. Hube verfasst, vgl. dazu KODRĘBSKI op. cit. 243. Sowohl die Rezension von Cheryński als auch die von Hube wird offensichtlich übersehen in: NANCKA (2020) op. cit. 224.

Verdienst Piętaks explizit die Tatsache hervorhob, dass dieser in seinem Buch allein das „reine“ römische Recht darstelle und dadurch mit der bisherigen „Lemberger Tradition eines pandektistischen Unterrichtsmodells“ breche. Zum anderen auch deshalb, weil R. Hube, selbst Schüler deutscher Universitäten, in seiner Rezension das Lehrbuch Piętaks zum Erbrecht auf eine Stufe mit ähnlichen deutschen Werken stellte¹¹⁷.

7.2. Heutige Sichtweise auf den Vorstoß von Piętak und sein Werk

Ähnlich wie schon zum Zeitpunkt seines Todes im Jahre 1909¹¹⁸ wird im heutigen Schrifttum der Vorstoß von Piętak im Allgemeinen positiv gewertet¹¹⁹. Es wird in diesem Zusammenhang besonders hervorgehoben, dass der Autor den bis dahin in Lemberg dominierenden pandektistischen Ansatz dezidiert abgelehnt¹²⁰ und damit den Weg für die nun modernere – im Sinne einer „historischen“ – Ausrichtung der ganzen galizischen Romanistik freigemacht hat¹²¹. Dementsprechend wird das Vorwort zu Piętak's Lehrbuch des römischen Erbrechts, das wir hier als antipandektistisches Manifest ansehen wollen, von Giaro immerhin als methodologisches Credo der historischen Ausrichtung der polnischen Romanistik des neunzehnten Jahrhunderts bezeichnet.

8. Exkurs: Überblick über die nachfolgenden Programmschriften der galizischen Romanistik gegen die Pandektistik

Vor dem Hintergrund einer eingehenden Beschäftigung mit der programmatischen Schrift von Piętak, in dem es um einen entschiedenen Vorstoß gegen das Pandektenrecht und der Pandektistik ging, muss sich aus unserer rechtshistorischen Perspektive wohl die Frage stellen: Wie verlief in dieser Hinsicht die weitere Entwicklung der galizischen Romanistik? In diesem Zusammenhang sind zumindest zwei weitere Texte von Zoll aus dem Jahre 1892 und 1899 und sowie einer von Koschembahr-Lyskowski aus dem Jahr 1900 anzuführen.

¹¹⁷ Vgl. „R.“: Rezension [v.:] *Ateneum*, op.cit. 1889., t. 3 (ogólnego zbioru t. 55). 554.

¹¹⁸ Vgl. Dazu die einschlägige Nachrufe von Till u. Zoll d.Ä

¹¹⁹ So JĘDREJEK (2002) op. cit. 180 GIARO (1994) op. cit. 94., SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 64–65. Zugleich ist aber nicht zu übersehen, dass Piętak zumindest vereinzelt vorgeworfen wird, er habe – zumindest aus heutiger Sicht – kein wirkliches Verständnis für den juristischen Historismus. Er habe sich bei seiner Darstellung auf eine bloße Schilderung einzelner Rechtsnormen beschränkt, ohne ihre Entstehung und ihre sozioökonomischen Rahmenbedingungen zu untersuchen; so etwa etwa KODREBSKI op. cit. 243. Zugleich aber lobt derselbe Autor an gleicher Stelle die „hohe Lehrqualität“ von Piętak's Lehrbuch.

¹²⁰ NANCKA (2020) op. cit. 224.

¹²¹ Piętaks Lehrbuch war bereits im Jahre 1882 erschienen, also noch einige Jahre vor den „nichtpandektistischen“ Pandekten Zolls, derer erste Auflage des ersten Bandes erst im Jahre 1886 erschienen war.

8.1. Zoll's Aufsatz von 1892: „Über die Lehre des römischen Rechts an unseren Universitäten“

Im Jahr 1892 publizierte Zoll einen Text, in dem er sich wieder einmal gezielt mit methodologischen Fragen des Unterrichtes des Römischen Rechts „an unseren Universitäten“ beschäftigte¹²². Dieser Aufsatz unterschied sich dennoch z.T. von dem Zoll'schen Programmaufsatz aus dem Jahre 1873. Und zwar dadurch, dass darin anstelle einer komplexen Behandlung der ganzen Problematik nur ein bestimmter inhaltlicher Ausschnitt angesprochen wurde, nämlich die Frage der Relevanz des Unterrichtes des römischen Prozessrechts, einschließlich der damit einhergehenden Frage nach dem Umfang des Lehrstoffes in diesem Bereich¹²³. Nichtsdestotrotz beinhaltet auch dieser Aufsatz einige durchaus bemerkenswerte Aussagen. Allen voran gilt dies für das wiederholte Bekenntnis von Zoll d. Ä. zum methodologischen Ansatz, wonach eine sachliche Zusammenlegung des Lehrstoffes des römischen Rechts *sensu stricto* und der römischen Rechtsgeschichte im Hinblick auf die Bedürfnisse universitärer Didaktik an den österreichischen Universitäten am sinnvollsten erscheine. Des Weiteren betrifft dies auch die wiederholte Hervorhebung des didaktischen Stellenwerts exegetischer Übungen anhand von originalen römischen Texten¹²⁴. Vor allem aber gilt es, zu unterstreichen, dass Zoll darin auf einer klaren inhaltlichen Differenzierung des zeitgenössischen romanistischen Schrifttums beharrte: Einer Differenzierung nämlich zwischen den Lehrbüchern, in denen nur das „reine“ Römische Recht behandelt werden würde, und solchen, in denen es um das heutige Römische Recht ginge¹²⁵.

8.2. Zoll's Aufsatz von 1899/1900: „Zum wissenschaftlichen Stellenwert des römischen Rechts nach der Einführung eines allgemeinen Zivilgesetzbuches in Deutschland“

Eine weitere und damit die dritte Programmschrift Zolls betreffend die Ausgestaltung des universitären Unterrichtes im Römischen Recht an den österreichischen Universitäten

¹²² Vgl. ZOLL (1892) op. cit. 12–23. Es liegt auf der Hand, dass mit „unseren Universitäten“ von Zoll die österreichischen Universitäten gemeint waren.

¹²³ Der äußere Grund für das Verfassen dieses Textes war, wie Zoll selbst zugab, das Erscheinen von L. Piętaks Rezensionen zu beiden Teilen des im Jahre 1888 bzw. 1891 erschienenen ersten Bandes von Zolls Pandekten. Der Inhalt dieser Rezensionen veranlasste F. Zoll d. Ä. nun dazu, sich über einige der darin enthaltenen Auffassungen von Piętak polemisch zu äußern. Da es jedoch den Rahmen der vorliegenden Betrachtung bei weitem sprengen würde *en détail* auf den Inhalt diesbezüglicher Meinungsverschiedenheiten der Autoren einzugehen, soll deshalb hier nur erwähnt werden, dass es dabei in erster Linie um Piętak's Behauptung ging, dass die Problematik des Prozessrechtes im Pandektenhandbuch von F. Zoll zu oberflächlich bzw. zu peripher betrachtet worden sei. vgl. ZOLL (1892) op. cit. 13–14.

¹²⁴ Damit ging auch eine vehemente Kritik von Zoll an der verbreiteten Praxis der Verwendung einschlägiger Kompendien im Rahmen des universitären Unterrichtes des römischen Rechts einher. vgl. ZOLL (1892) op. cit. 20–21.

¹²⁵ Vgl. ZOLL (1892) op. cit. 15 Fn. 2, mehr dazu sehe auch BODURA (2022) op. cit. 31–32.

erschien 1899 (1900)¹²⁶ und zwar anlässlich der in dieser Zeit im Deutschen Reich vorgenommenen tiefgreifenden Änderung des alttradierten Modells der juristischen Ausbildung auf dem Gebiet des Privatrechts. Bekanntlich sind diesbezügliche Beschlüsse bei der sog. Eisenacher Konferenz vom 23. März 1896 getroffen worden. Die grundlegendste unter den damals beschlossenen Reformmaßnahmen bestand darin, die *bis dato* im Mittelpunkt stehenden Vorlesungen des Pandektenrechts durch eine systematische Vorlesung zur neu verabschiedeten und ab dem 1. Jänner 1900 in Kraft tretenden privatrechtlichen Kodifikation, dem BGB, zu ersetzen. Damit sollte künftig an den deutschen Universitäten das Pandektenrecht nicht mehr unterrichtet werden. Angesichts derartiger Entwicklungen sah sich Zoll. in seiner immerhin seit mehr als fünfundzwanzig Jahren formulierten Reformkonzeption hinsichtlich der Umgestaltung des universitären Unterrichts des Römischen Rechts an den österreichischen Universitäten (in der er den Verzicht auf die Pandektenvorlesung anstrebte) weitgehend bestätigt. Ebenfalls schloss er aus der Tatsache, dass die zahlreichen-neuen Publikationen zum Thema der Reform der Juristenausbildung, die in der letzten Zeit im ganzen deutschsprachigen Raum erschienen waren, hinsichtlich des Fachs Römisches Recht inhaltlich weitgehend mit dem übereinstimmen¹²⁷, was er schon im Jahre 1873 vorgeschlagen hatte, dass seine dahingehenden Reformansätze an Überzeugungskraft nun ganz klar dazugewonnen hatten. Wenn auch nicht zu übersehen ist, dass die im Jahre 1899 (1900) von Zoll formulierten Reformvorschläge zum Teil eine augenfällige Wiederholung seiner Reformansätze aus dem Jahre 1873 darstellten¹²⁸, ist jedoch aus unserer Perspektive dennoch besonders herauszustellen, dass Zoll sich diesmal viel intensiver mit der Frage auseinandersetzt hat, ob die von ihm geforderte und sich nun auch faktisch abzeichnende Abkehr von den Vorlesungen des heutigen Römischen Rechts (Pandektenrechts), die Gefahr mit sich bringe, dass damit auch die in den letzten Jahrzehnten neu gewonnenen Erkenntnisse in der Erschließung und Auslegung römischer Rechtsquellen, also letztendlich einen wissenschaftlichen Ertrag der Lehre des heutigen Römischen Rechts (der Pandektistik) damit nicht verloren gingen¹²⁹.

¹²⁶ ZOLL (1900) op. cit. 1–17.

¹²⁷ Besonders wichtig war für ihn in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass nun eine Art Übereinstimmung darüber zu herrschen schien, dass in erster Linie auf exegetische Übungen abzustellen sei, was zweifelsohne seinen dahingehenden Vorschlägen aus dem Jahre 1873 entsprach.

¹²⁸ Was er übrigens seinerseits selbst auch offen zugibt, so ZOLL (1900) op. cit. 12.

¹²⁹ Diese Fragestellung war von Zoll zwar partiell schon vor fünfundzwanzig Jahren angesprochen worden. Dieses Mal wandte er sich diesem Fragenkomplex jedoch viel differenzierter und zugleich viel tiefgründiger zu. So sah er zwar im Allgemeinen der besagten Gefahr eher gelassen entgegen, teilte aber auch Befürchtungen von zeitgenössischen Autoren; ZOLL (1900) op. cit. 11., vgl. dazu auch BODURA (2022) op. cit. 33.

8.3. „Das Prolegomena zur Geschichte des Römischen Recht“

von I. Koschembahr-Łyskowski als Programschrift der nächsten Generation der Lemberger Romanisten

Vor dem Hintergrund unserer Beschäftigung mit den programmatischen Schriften der galizischen Romanistik verdient allenfalls noch die Antrittsvorlesung von Ignaz (Ignacy) Koschembahr-Łyskowski (1864-1945)¹³⁰ an der Lemberger Juristischen Fakultät aus dem Jahre 1901 auf eine jedenfalls kurze Erwähnung. In dieser Vorlesung mit dem Titel „Das Prolegomena zur Geschichte des Römischen Recht“ (pol: „Prolegomena do historii prawa rzymskiego“)¹³¹, skizziert der an der Lemberger Universität neu berufene außerordentliche Professor für Römisches Recht (der bis dahin als ordentlicher Professor an der Universität Freiburg in der Schweiz tätig gewesen war) seine eigene Konzeption einer „modernen“ Lehre des Römischen Rechts. Der Ausgangspunkt seiner Überlegungen stellte dabei die Erkenntnis, dass das „römische Element“ im heutigen Recht nicht das klassische, sondern das Justinianische Recht sei. Dieses sei jedoch ein Recht, das zur Zeit des Niedergangs des Römischen Reiches und seiner Rechtskultur gegolten habe und in seiner Gesamtheit lediglich eine Kompilation aus dem Recht der klassischen Ära darstelle¹³². Deshalb gelte es nun, sich dem klassischen Römischen Recht zuzuwenden, um auf diese Weise die Grundprinzipien des Justinianischen Rechts, das besagte „römische Element im heutigen Recht“, noch besser und klarer zu erkunden. Denn es stünde doch außer Frage, dass die richtigen Grundprinzipien eines bestimmten Rechts in der Zeit seiner Blüte klarer hervorträten, als in der Zeit seines Niedergangs¹³³.

Was die Berührungspunkte zwischen der Konzeption Koschembahr-Łyskowski's und seiner Person, mit der von Piętak angeht, so sind diese in zwei Punkten zu sehen. Zum einen in programmatischer Hinsicht: Das, was Koschembahr-Łyskowski nun im Jahre 1900 vorschlug, korrespondierte nämlich weitgehend mit dem, wofür sich Piętak selbst seit Jahren eingesetzt hatte, d.h. mit dem Postulat einer dezidierten Abkehr in der universitären Lehre des Römischen Rechts vom „heutigen“ Römischen Recht (von dem Pandektenrecht) und stattdessen für eine offene Zuwendung zum „reinen“ römischen Recht, und damit für ein klares Bekenntnis zu einer historischen

¹³⁰ Mehr zu Person von I. Koschembahr-Łyskowski siehe u.a. Tomasz GIARO: Koschembahr-Łyskowski, Ignacy von (1864–1945) In: Michael Stolleis, (ed.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*. München, C.H. Beck Paperback, 2001. 368–369.; Ewa Maria VESPER: Ignacy Koschembahr-Łyskowski polski romanista przełomu XIX i XX wieku. Diss. Jur. Univ., Białystok, 2019.; Krzysztof SZCZYGIELSKI: Ignacy Koschembahr-Łyskowski doktorem honoris causa Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie. In: Adam LITYŃSKI – Piotr FIEDORCZYK (ed.): *Miscellanea Historico-Juridica. Bd. 12*. Białystok, Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku, 2013. 217–238.

¹³¹ Ignacy KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI: Prolegomena do historii prawa rzymskiego, Wykład wstępny przy objęciu katedry prawa rzymskiego w uniwersytecie lwowskim dnia 23.pazdz.1900. *Przegląd Prawa i Administracji: rozprawy i zapiski literackie*. Lwów, Jg. XXV (1900), 849–861.

¹³² KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI (1900) op. cit. 856.

¹³³ KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI (1900) op. cit. 857.

Ausrichtung der Romanistik¹³⁴. Zum anderen in personeller Hinsicht: Immerhin trat Koschembahr-Łyskowski seine neue Stelle als Professor für Römisches Recht, deshalb an, weil Piętak infolge der Übernahme des Postens eines Ministers in der Regierung von E. v. Körber aus dem akademischen Betrieb in Lemberg ausgeschieden war. Er übernahm dementsprechend auch weitgehend die Lehrverpflichtungen, die bis dahin Piętak oblegen hatten. In dieser Hinsicht kann Koschembahr-Łyskowski als Piętak's Nachfolger angesehen werden.

9. Abschließende Bewertung

Im Vorwort zu seinem Lehrbuch des römischen Erbrechts formulierte Piętak eine konsequente Kritik des sog. heutigen römischen Rechts (Pandektenrechts) und sprach sich dezidiert dafür aus, dass an den österreichischen -und darunter wohl auch galizischen- Universitäten künftig allein das „reine“, d. h. das antike Römische Recht unterrichtet werde. Zugleich hebt er die Bedeutung dieses Rechtes, also des reinen Römischen Rechts, im Hinblick auf das Erlernen von rechtlichen Grundstrukturen und des juristischen Denkens durch die angehenden Juristen mit Nachdruck hervor. Seiner Meinung nach wird das (Alt)Römische Recht für immer ein kaum erreichbares Vorbild für eine optimale Ausgestaltung von Rechtssystemen in dem Sinne bleiben, dass es gleichermaßen dem Bedürfnis nach notwendiger Stetigkeit und Unveränderlichkeit von geltenden Rechtsgrundsätzen wie auch nach der notwendigen Flexibilität beim regulatorischen Erfassen von neuen gesellschaftlichen Verhältnissen Rechnung trage. Er unterstrich dabei sowohl die zivilisatorische als auch kulturelle Bedeutung des von (Alt)-Römern entwickelten Rechtes. Dessen Bedeutung lässt sich ihm zufolge mit der Bedeutung von Werken der altgriechischen Kunst für die modernen Kunst- und Ästhetikvorstellungen vergleichen. Der in diesem Aufsatz im Mittelpunkt stehende Text des Vorworts zu Piętak's Lehrbuch des römischen Erbrechtes aus dem Jahre 1882 stellt unbestritten einen grundlegenden Meilenstein in der Emanzipierung der galizischen Romanistik von der tradierten, damals allerdings z.T. schon nicht mehr zeitgemäßen pandektistischen Romanistik dar und markiert zugleich den Übergang zu einer historischen Sichtweise bei der Betrachtung und Vermittlung des Römischen Rechts. Chronologisch ist Piętak's Vorstoß folgendermaßen einzuordnen: Er lag knappe zehn Jahre nach der ersten, gegen die Pandektenvorlesung gerichteten Programmschrift Zolls von 1872/73 und etwa zehn Jahre vor dem nächsten dahingehenden Vorstoß von seiner Seite aus dem Jahre 1892 und etwa knappe zwanzig Jahre vor dem Text von Zoll anlässlich des Inkrafttretens des BGB aus dem Jahre 1899/1900 sowie vor den Prologomena zur Geschichte des Römischen Rechts von Koschembar aus der gleichen Zeit.

Die Bedeutung von Piętak's Vorstoß ist aus unserer Perspektive vor allem darin zu sehen, dass mit diesem eine neue konzeptuelle Ausrichtung der bis dahin stark

¹³⁴ Seine Zustimmung zur Position von Koschembahr-Łyskowski brachte Piętak schon in seiner oben erwähnte Rezension zu Koschembahr-Łyskowskis Arbeit über die deutsche Schule des klassischen römischen Rechts zum Ausdruck.

pandektistisch geprägten Lemberger Romanistik vorgegeben wurde, was vor dem Hintergrund der führenden Rolle der Lemberger Universität unter den galizischen Universitäten als durchaus wichtige Zäsur in der Entwicklung der dortigen Romanistik gelten muss. Zum anderen besteht die Bedeutung darin, dass der uns interessierende Vorstoß Piętak's aus dem Jahre 1882 keine bloß deklaratorisch-programmatische Schrift blieb, sondern zugleich einen wichtigen Bestandteil eines durchdachten Lehrkonzeptes in der Form eines breit ausgelegten Lehrbuches des römischen Erbrechtes bildete. Auf diese Weise wurde der darin propagierte methodologische Ansatz einer Abkehr vom Pandektenrecht und einer Zuwendung zum „reinen“ römischen Recht vom Autor auch unmittelbar in die Tat umgesetzt. Ergänzend sei an diese Stelle noch anzumerken, dass die besagte konzeptuell-methodologische Position von Piętak auch in einigen anderen seiner Schriften vertreten wurde¹³⁵.

Nicht zuletzt verdienen aus den einschlägigen Ausführungen Piętak's noch zwei bemerkenswerte Aussagen besonders betont zu werden: Zum einen, dass das Pandektenrecht ein Recht darstellt, das so weitgehend auf die modernen Wirtschafts- und Sozialverhältnisse zugeschnitten worden ist, dass es größtenteils überhaupt kein Römisches Recht mehr ist¹³⁶. Zum anderen die Aussage, wonach das römische Recht als Gegenstand eines rechtswissenschaftlichen Studiums unabhängig davon sein sollte, ob, wo und wann es als verbindliches Recht anerkannt wurde, weil sein Wert davon eben gänzlich unabhängig ist. Besonders der letztgenannte Gedanke wurde nachhinein im Schrifttum von zahlreichen Autoren oft aufgegriffen¹³⁷.

¹³⁵ So vgl. dazu oben Pkt V.

¹³⁶ PIĘTAK (1882) op. cit. [Vorwort] VII. Der Vollständigkeit halber sei noch angemerkt, dass bei Piętak zwar wörtlich von Pandekten die Rede ist, nichtsdestotrotz aus dem ganzen Zusammenhange seiner Aussage eindeutig hervorgeht, dass von ihm damit „das Pandektenrecht“ gemeint war.

¹³⁷ So vgl. dazu etwa WISŁOCKI op. cit. 77., KODRĘBSKI op. cit. 24.; JĘDREJEK (2002) op. cit. 179.; DERS. (2003) op. cit. 185.; GIARO (1994) op. cit. 94.; SZCZYGIELSKI (2009) op. cit. 64. wohl aber auch TILL op. cit. 270.

