

PLR

Pázmány
Law
Review
IX. (2022)



PÁZMÁNY


Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences

Budapest

Pázmány Law Review
IX. (2022)
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

„150 Jahre Deutsche Einheit“

Hans-Christof KRAUS

Historische Rahmenbedingungen der Deutschen Einigung von 18715

Wilhelm BRAUNEDER

Deutschlands Einigung: Diplomatisches Kunstwerk, Einfache
Rechtskonstruktion13

István SZABÓ

Die Öffentlich-Rechtlichen Merkmale der Deutschen Einheit21

Judit BALOGH

Privatrechtskodifikation, Rechtseinheit und Staatliche Einheit
– eine Voraussetzung, ein Mittel oder die Folge?39

CURRENT ISSUE

Education Rights

Jan De GROOF

Transformative Hope? Lecture on the Ceremony of Honorary
Doctorate at the Pázmány Péter Catholic University53

Pablo MEIX CERECEDA – Balázs Szabolcs GERENCSÉR – Boróka Luca BALLA

Education Law for the Future – summary of the hybrid international
expert seminar at the Pázmány Péter Catholic University61

Lajos AÁRY-TAMÁS

Protecting and Promoting Children’s Education Rights69

Volodymyr KOVTUNETS – Andrii SHEVTSOV

Right to Education in Ukraine. 2015–2019 reforms and following steps . . .73

ARTICLE

Marcin STĘBELSKI Family as a Constitutional Value	85
Katarina PEROČEVIĆ The Relationship between the Concept of a Person in the Philosophical- Anthropological Sense and a Legal Subject as a Holder of Personality and Human Rights	101

THEMATIC FOCUS:
„150 Jahre Deutsche Einheit“

HISTORISCHE RAHMENBEDINGUNGEN DER DEUTSCHEN
EINIGUNG VON 1871

Hans-Christof KRAUS

Professor für Neuere und Neueste Geschichte (Universität Passau)

Abstract

The article briefly outlines the emergence of German political unity in the 19th century against the background of the collapse of the old German Empire (1806). While the rigid internal structures of the German Confederation, founded in 1815, prevented an agreement for a long time, political unity could only be established after 1856. The decisive factor for this was the „Crimean War situation“, i.e. a political situation in which the four major European powers (Russia, France, Great Britain, Austria) did not want to or could not prevent the foundation of a German empire.

Keywords: nation state; 19th century; german history; foundation of the German Reich.

Abstrakt

Der Aufsatz stellt die deutsche Reichsgründung von 1871 in den Kontext der Nationalstaatsbildungen in Europa seit Beginn der Frühen Neuzeit. Das Deutsche Reich, begründet als ein fester Zusammenschluss der deutschen Bundesstaaten mit Ausnahme Österreichs, schaffte es tatsächlich, einen historischen Ausgleich zwischen den partikularen Traditionen und den neueren Einheitsbestrebungen in Deutschland zu erreichen. Die hierdurch bewirkten Integrationsprozesse politischer, sozialer und wirtschaftlicher Natur festigten und stärkten den mitteleuropäischen Raum, beseitigten die durch übermäßige politische Fragmentierung bewirkten früheren Schwächen, schufen aber bis 1914 auch kein „zu starkes“ Deutschland, wie spätere verfehlte Deutungen behaupteten. Auf den Integrationsleistungen der Jahrzehnte nach 1871 beruht im Kern auch noch das heutige, seit 1990 wiedervereinigte Deutschland.

Schlagworte: Deutsche Einheit, Reichsgründung, Bismarck, Mitteleuropa.

1. Voraussetzungen

Das Deutsche Reich, gegründet im Jahr 1871 nach dem siegreichen Krieg gegen Frankreich, verfügt über eine lange Vorgeschichte, die durchaus weiter zurückreicht als nur bis zur Errichtung des Norddeutschen Bundes 1866 oder zu den fehlgeschlagenen deutschen Einigungsversuchen der Jahre 1848 bis 1850. Um den Erfolg der vergleichsweise späten Nationalstaatsbildung der Deutschen angemessen historisch verorten zu können, muss man an den Beginn des Jahrhunderts zurückgehen, als sich das alte deutsche Reich, das Heilige Römische Reich Deutscher Nation, bereits im Endstadium seines langen Siechtums befand. Unter diesen Bedingungen fiel es damals Napoleon Bonaparte nicht besonders schwer, auch noch die Reste der alten Reichsinstitutionen auszulöschen, den letzten deutschen Kaiser Franz II. im August 1806 zur Abdankung zu zwingen und die kleineren und mittleren deutschen Territorialstaaten zu einem „Rheinbund“ unter französischer Oberherrschaft zusammenzufassen¹.

Damit war das einstige Deutschland für ein Jahrzehnt in drei sehr unterschiedliche Teile auseinandergefallen: Neben dem Rheinbund waren dies die Habsburgermonarchie und das Königreich Preußen; beide wurden zudem nach den schweren Kriegsniederlagen von 1807 und 1809 noch einmal territorial verkleinert, Preußen sogar auf die Hälfte seines früheren Umfangs reduziert. Die Befreiungskriege und die sich daran anschließende Neuordnung Mitteleuropas brachte dann ein neues politisches Gebilde hervor: den Deutschen Bund, der nach dem Willen der damals regierenden deutschen Fürsten kein Bundesstaat, sondern eben nur ein Staatenbund sein sollte, ohne Regierung, ohne politisch wirksame zentrale Institutionen mit exekutiver Funktion, ohne eine ständische oder parlamentarische Vertretung, ohne stehendes Heer und auch ohne ein oberstes Bundesgericht – repräsentiert lediglich durch einen Diplomatenkongress, den „Deutschen Bundestag“ in Frankfurt am Main².

Das besonders Problematische an dieser Konstruktion, die das Alte Reich nicht wirklich ersetzen konnte, bestand darin, dass der Bund 1815 durch einen völkerrechtlichen Vertrag ins Leben gerufen worden war, den auch die anderen europäischen Mächte – allen voran Großbritannien, Frankreich und Russland – mit unterzeichnet hatten; auf diese Weise besaßen sie fortan das Recht, sich in die Ordnung der deutschen Angelegenheiten beständig einmischen zu können, und hierauf haben sie auch nicht verzichtet³. Immer dann, wenn die Stellung des Bundes

¹ Siehe hierzu den Überblick bei Ernst Rudolf HUBER: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1: Reform und Restauration 1789 bis 1830*. Stuttgart, W. Kohlhammer, 2. Aufl., 1975. 61–91.; Hans-Christof KRAUS: *Das Ende des alten Deutschland. Krise und Auflösung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation 1806*. Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte 37, Berlin, Duncker & Humblot, 2006. passim.

² Guter Überblick bei Jürgen MÜLLER: *Der Deutsche Bund 1815–1866*. Enzyklopädie Deutscher Geschichte, 78, München, Oldenbourg, 2006.

³ Vgl. zur Diskussion über das ‚Garantierecht‘ der europäischen Großmächte vor allem HUBER (1975) op. cit. 675–687.

gefährdet schien oder wenn dessen Erneuerungsbedürftigkeit sich einmal besonders deutlich bemerkbar machte, versuchten die Regierungen in London, Paris und St. Petersburg hier Einfluss zu nehmen.

Erst in den 1850er Jahren wehrte sich die Deutschen: Als im Zuge der Neugründung des Deutschen Bundes nach der Revolution im Jahr 1851 zeitweilig das Gerücht aufkam, die östlichen Teile Preußens und der transleithanische Teil der Habsburgermonarchie könnten nun ebenfalls in das Bundesgebiet – dem sie bisher nicht angehört hatten – eintreten, protestierten die beiden Westmächte mit gleichlautenden diplomatischen Noten. Die Führung des Bundes allerdings verwehrte sich damals sehr entschieden gegen jeden Versuch einer auswärtigen Einmischung in ausschließlich deutsche Angelegenheiten.

2. Zwei deutsche Großmächte

Tatsächlich begann sich in den 1850er Jahren Vieles in Deutschland zu ändern. Zwar war der Bund in alter Gestalt wiederhergestellt worden, doch in sozialer und wirtschaftlicher, auch in demographischer Hinsicht wandelte sich Deutschland in auffälliger und rascher Weise. Die ab dem Anfang des Jahrzehnts besonders intensiv einsetzende Industrialisierung, die ein schnelles Anwachsen der Städte und eine massive Landflucht als Begleiterscheinung mit sich brachte, veränderte zugleich in zunehmendem Maße auch die politischen Gewichte und Strukturen innerhalb des Deutschen Bundes⁴. Das aufstrebende Preußen, das sich während der Vormärzzeit noch mit der Rolle als zweiter Macht in Deutschland nach Habsburg zufriedengegeben und das sich damals noch den Vorgaben des allmächtigen Wiener Staatskanzlers Metternich willig untergeordnet hatte, wollte – vor allem in der Gestalt seines Bundestagsgesandten in den Jahren 1851–58, Otto von Bismarck – diese Rolle künftig nicht mehr akzeptieren.

Preußen strebte also innerhalb Deutschlands nach oben, es forderte wenigstens Gleichberechtigung neben Österreich als zweite Führungsmacht im Bund, doch die Wiener Regierung war zu keiner Zeit bereit, den Berliner Forderungen und Ansprüchen entgegenzukommen. Das führte im Laufe der Jahre zu wachsenden Differenzen innerhalb des Bundes, die – je nach Lage – dem einen oder dem anderen der beiden deutschen Großmächte zugutekamen⁵. Doch im Laufe der Zeit profitierte die norddeutsche Hauptmacht immer stärker von den Fehlern der österreichischen Regierung, zuerst der ungeschickten Politik während des Krimkrieges, die zu einer schweren Verstimmung zwischen Wien und St. Petersburg führte, und wenige Jahre

⁴ Gute zusammenfassende Darstellung bei Thomas NIPPERDEY: *Deutsche Geschichte 1800–1866. Bürgerwelt und starker Staat*. München, C. H. Beck, 1983. 674–714.; ebenfalls Wolfram SIEMANN: *Gesellschaft im Aufbruch. Deutschland 1849–1871*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1990. 25–171.

⁵ Vgl. besonders Jürgen MÜLLER: *Deutscher Bund und deutsche Nation 1848–1866*. Schriftenreihe der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 71, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2005. bes. 197–275.

später vor allem in dem höchst unglücklich verlaufenen Krieg des Habsburgerreichs gegen Piemont-Sardinien und das zweite französische Kaiserreich⁶.

Die außenpolitischen Probleme des Habsburgerreichs schwächten seine Stellung nicht nur in Europa, sondern auch in Deutschland immer mehr, zumal jetzt auch seine deutschlandpolitischen Initiativen nach und nach fehlschlügen – so etwa der Versuch einer Bundesreform im Rahmen des Frankfurter Fürstentages von 1863⁷. Preußen, dessen Regierung nun (seit September 1862) von Bismarck geführt wurde, war Österreich letztlich immer einen Schritt voraus; die Berliner Regierung konnte für eine Bundesreform Forderungen stellen, z. B. die nach einem deutschen Bundesparlament, die das Habsburgerreich aus innenpolitischen Gründen, eben um den Zusammenhalt des Vielvölkergebildes nicht zu gefährden, nicht in den Blick nehmen konnte. Auch galt Preußen in dieser Zeit bereits als die modernere und handlungsfähigere, auch militärisch besser organisierte der beiden deutschen Großmächte.

3. Die Krimkriegssituation

Aber noch etwas anderes kam hinzu, das von der neueren deutschen Forschung zur Geschichte der Internationalen Beziehungen im 19. Jahrhundert als die „Krimkriegssituation“ bezeichnet worden ist⁸. Damit ist eine spezielle Lage der damaligen fünf – bald sogar (mit Italien) sechs – führenden europäischen Großmächte gemeint, die der Strategie der preußischen Politik seit Ende der 1850er Jahre besonders entgegenkommen sollte. Konkret gesagt: Alle drei außerdeutschen Signatarmächte der Deutschen Bundesakte von 1815: Großbritannien, Frankreich und Russland, dazu auch das etwas später hinzugekommene neugegründete Königreich Italien konnten oder wollten die Einigung Deutschlands unter preußischer Führung nicht verhindern – weder die Gründung des Norddeutschen Bundes noch die des Deutschen Reichs. Noch in den Jahren 1849/50 waren aller Versuche eine groß- oder kleindeutschen Einigung von den Regierungen in London, Paris, St. Petersburg mit allergrößtem Misstrauen beobachtet und letztlich verhindert worden⁹. Warum also jetzt nicht mehr?

Russland war nach dem verlorenen Krimkrieg wenigstens zeitweilig in einen Zustand politischer Schockstarre verfallen; es war damals intensiv beschäftigt mit der eigenen inneren Neuordnung, der umfassenden Reformpolitik des jungen Zaren Alexander II., zudem hatte das Vielvölkerreich mit Problemen der inneren Integration

⁶ Winfried BAUMGART: Österreich und Preußen im Krimkrieg 1853–1856. In: Oswald HAUSER (ed.): *Vorträge und Studien zur preußisch-deutschen Geschichte*. Neue Forschungen zur brandenburg-preußischen Geschichte, 2, Köln–Wien, Böhlau, 1983. 45–70.

⁷ Dazu MÜLLER (2005) op. cit. 276–360.

⁸ Klaus HILDEBRAND: Die „Krimkriegssituation“. Wandel und Dauer einer historischen Konstellation. In: DERSELBE (ed.): *Der Flug des Ikarus. Studien zur deutschen Geschichte und zur internationalen Politik*, München, Oldenbourg, 2011. 67–77.

⁹ Dazu siehe NIPPERDEY op. cit. 670–673.; umfassend Friedrich MEINECKE: *Radowitz und die deutsche Revolution*. Berlin, 1913. passim.

der außerrussischen Völker zu kämpfen; hier gab es vor allem Konflikte mit den Polen, die in den Jahren 1862/63 wieder einmal einen Aufstand gegen die ihnen verhasste russische Oberherrschaft unternahmen. Die Regierung in St. Petersburg musste daher dem preußischen Ministerpräsidenten Bismarck dankbar dafür sein, dass er im Zuge der Niederschlagung des Aufstandes von der preußischen Seite aus den Russen indirekt Schützenhilfe leistete¹⁰.

Großbritannien hatte nach Ende des nur sehr mühsam gewonnenen Krieges gegen Russland seit 1857 mit mehreren großen kolonialen Rebellionen zu kämpfen, vor allem in Indien; später kamen Probleme mit den Nordstaaten der USA am Beginn des Bürgerkrieges hinzu, dann Aufstände in Irland und schließlich die zweite große Wahl- und Verfassungsreform von 1867. Schon aus diesen Gründen legte man in London keinen besonderen Wert, sich noch einmal in die deutschen Angelegenheiten zu mischen; lediglich an der Krise von 1864 nahmen die Briten noch einmal Anteil, doch konnten sie die endgültige Niederlage der ihnen verbundenen Dänen gegen die vereinigten preußischen und österreichischen Truppen im Krieg um Schleswig-Holstein nicht mehr verhindern. Aus den Konflikten und Kriegen der Jahre 1866 und 1870/71 hielten sie sich aus ähnlichen Gründen weitestgehend heraus; sie wünschten weder einen erneuten Konflikt mit Russland, noch einen mit dem damals politisch aufstrebenden Preußen.

Und *Frankreich*? Kaiser Napoleon III., der auf den Spuren seines großen Onkels zu wandeln versuchte, hatte sich in den 1860er Jahren, als er bereits seit einem Jahrzehnt an der Herrschaft war, gründlich verkalkuliert: Die von ihm angezettelten Kriege zuerst 1859 in Italien, später ab 1861 in Mexiko, verliefen am Ende eben nicht so, wie er es sich zum Vorteil seines Landes und zur Mehrung seines Ruhmes eigentlich erhofft hatte; diese militärischen Aktionen verschlangen zudem hohe Summen und brachten Frankreich jedoch gerade nicht die zuerst erhofften Vorteile ein. Das war der Grund dafür, dass der französische Kaiser eine direkte Einmischung in die beiden ersten deutschen Einigungskriege der Jahre 1864 und 1866 ausdrücklich vermied.

Das sich soeben erst etablierende Königreich *Italien* befand sich in den 1860er Jahren ebenfalls noch in einer recht schwierigen Lage, denn vor allem das Verhältnis zum mächtigen Nachbarn im Norden, der Habsburgermonarchie, blieb seit dem Krieg von 1859 noch eine Reihe von Jahren äußerst angespannt. Als potentieller Verbündeter bot sich daher vor allem Preußen an, dessen Angebot zur Zusammenarbeit im Vorfeld des Krieges von 1866 deshalb von den Italienern auch rasch akzeptiert wurde. Anders gesagt: Die durch den Krimkrieg veränderte politische Mächtekonstellation in Europa schuf für die Bismarcksche Einigungspolitik der 1860er Jahre plötzlich bestimmte Freiräume, die es vorher in dieser Form und diesem Ausmaß nicht gegeben hatte¹¹.

¹⁰ Walter BUSSMANN: *Das Zeitalter Bismarcks*. Handbuch der Deutschen Geschichte, III/2, Konstanz, Akademische Verlagsanstalt, 1956. 71–73.

¹¹ Ausführlich zur internationalen Politik der 1860er Jahre: Winfried BAUMGART: *Europäisches Konzert und nationale Bewegung. Internationale Beziehungen 1830–1878*. Handbuch der Geschichte der Internationalen Beziehungen, 6, Paderborn, Schöningh, 1999. 363–405.

Auch diese „Krimkriegssituation“ gehört also in den Kontext einer Analyse der historisch-politischen Rahmenbedingungen der deutschen Reichseinigung von 1871.

4. Aspekte der Einigung

Nur vor dem Hintergrund dieser exzeptionellen außenpolitischen Großwetterlage in Europa konnte das Werk der deutschen Reichseinigung gelingen – aber diese Gunst der Stunde musste von den führenden Politikern erst einmal erkannt und deren Vorteile mussten rasch genutzt werden, solange das für eine Einigung günstige Zeitfenster noch geöffnet war. Diese Leistung vollbracht zu haben, ist vor allem das Verdienst Bismarcks¹². Einige Aspekte seien abschließend noch besonders hervorgehoben: *Erstens* bestand Preußen auf der Auflösung des alten Deutschen Bundes von 1815, um den Boden für einen verfassungspolitischen Neuanfang in Deutschland frei zu machen und um den alten Rechtstitel der nichtdeutschen Signatarmächte des Wiener Kongresses zur Einmischung in die inneren Angelegenheiten Deutschlands endgültig zum Verschwinden zu bringen. Darin dürfte das Hauptmotiv dafür zu suchen sein, dass der unter Führung Preußens im Jahr 1866 neu begründete Norddeutsche Bund eben *nicht* als eine verkleinerte Ausgabe des früheren Bundes fungierte, sondern als komplette Neugründung mit neuen Institutionen, mit einer klar benannten politischen Führung und vor allem auch mit einer nach dem damals modernsten Wahlrecht zusammengesetzten Volksvertretung¹³. Fortan waren die deutschen Angelegenheiten ausschließlich eine Sache der Deutschen selbst. Freilich war hierfür (das darf nicht ignoriert werden) ein hoher Preis zu zahlen: das Ausscheiden des Habsburgerstaats aus Deutschland.

Zweitens beging die preußische politische und militärische Führung nach dem siegreichen Krieg von 1866 *nicht* den Fehler einer politischen Demütigung und territorialen Dezimierung Österreichs, sondern der Sieger verzichtete ausdrücklich auf Gebietsannexionen; auch die Reparationszahlungen fielen mit 20 Millionen Talern ausgesprochen gering aus und konnten anschließend von Wien rasch beglichen werden. Diese Maßnahmen hatte Bismarck nur mit Hilfe des preußischen Kronprinzen gegen die anfänglichen Pläne und Absichten des Königs und der leitenden preußischen Militärs im Vorfrieden von Nikolsburg und dann im Prager Friedensvertrag vom 23. August 1866 durchgesetzt. Damit war die Möglichkeit eines künftigen Ausgleichs mit dem Habsburgerreich sowie einer politischen Wiederannäherung beider deutscher Hauptmächte gegeben¹⁴, die dann bekanntlich dreizehn Jahre später zur Bildung des Zweibundes zwischen dem neuen Deutschen Reich und dem inzwischen als Doppelmonarchie neu konstituierten Habsburgerstaat Österreich-Ungarn führte.

¹² Hierzu siehe auch Hans-Christof KRAUS: *Bismarck. Größe – Grenzen – Leistungen*. Stuttgart, Klett Cotta 2015. 84–156. u.a.

¹³ Dazu Ernst Rudolf HUBER: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3: Bismarck und das Reich*. Stuttgart, Kohlhammer, 3. Aufl., 1988. 515–519., 643–791.

¹⁴ Vgl. KRAUS (2015) op. cit. 106–110.

In der politischen Begriffssprache des 19. Jahrhunderts hat man diese Lösung der deutschen Frage – also die Begründung eines Deutschen Reiches als Nationalstaat *ohne* das historisch eigentlich zu Deutschland gehörende Österreich – als Verwirklichung einer „kleindeutschen“ Einigung bezeichnet¹⁵. Die Erfahrungen der Revolutionsjahre 1848 bis 1850 hatten gezeigt, dass eine „großdeutsche“ Einigung, gar noch in der Form eines „Siebzig-Millionen-Reichs“, das in den Jahren 1849/50 von dem damaligen österreichischen Staatskanzler Felix Fürst Schwarzenberg und seinem Handelsminister Karl Ludwig von Bruck projiziert worden war, keine Aussicht auf Verwirklichung besaß¹⁶. Und dies nicht nur aus Gründen der Aufrechterhaltung des politischen Mächtegleichgewichts in Europa, sondern auch aus innerdeutschen Motiven, denn mit einer auf diese Weise gefestigten Vormachtstellung Habsburgs hätten sich auch die anderen deutschen Staaten wohl nicht mehr abfinden können und wollen. – Nur für einen Zeitraum von sieben Jahren ist Jahrzehnte später, von 1938 bis 1945, die großdeutsche Lösung in die Wirklichkeit umgesetzt worden. Aber das ist bereits eine ganz andere Geschichte.

¹⁵ Zur Begrifflichkeit ‚Kleindeutsch‘ – ‚Großdeutsch‘ siehe auch Gerhard RITTER: Großdeutsch und Kleindeutsch im 19. Jahrhundert. In: DERSELBE: *Lebendige Vergangenheit. Beiträge zur historisch-politischen Selbstbesinnung*. München, Oldenbourg, 1958. 101–125.

¹⁶ Vgl. NIPPERDEY op. cit. 657–659.

DEUTSCHLANDS EINIGUNG: DIPLOMATISCHES KUNSTWERK, EINFACHE RECHTSKONSTRUKTION

Wilhelm BRAUNEDER

Professor für Rechts- und Verfassungsgeschichte
(Universitäten Wien und Budapest)

Abstract

The unification of Germany was achieved by the foundation of a federal state with a very unique structure due to the political possibilities and open to further developments. To give the impression of fulfilling a historical mission traditional terms were used like ‚German Emperor‘ and ‚German Empire‘ for just created modern institutions. The centre of statehood, especially the judiciary and the administration, remained by the member states. Even the army consisted of their contingents. The sovereignty of the Empire was not held by the emperor but by all the monarchs of the member states together so to say in coownership. Despite the development was headed by Prussia the unification was also a strong desire in all parts of Germany. The separation from Austria's German provinces, which also belonged to the in 1866 ending German Confederation (Deutscher Bund), was taken in account.

Abstrakt

Die Einigung Deutschlands wurde durch die Gründung eines Bundesstaates vollzogen. Dieser Bundesstaat wies aufgrund des politischen Kräfteverhältnisses eine einzigartige Ausgestaltung auf, die auch Raum für weitere Entwicklung bot. Um den Eindruck zu erwecken, dass mit der Reichsgründung eine historische Aufgabe erfüllt wurde, verwendete man traditionelle Begriffe, wie „Deutscher Kaiser“ oder „Deutsches Reich“ zur Bezeichnung neu gegründeter Institutionen. Die zentralen Gewalten, insbesondere die Gerichtsbarkeit und die Verwaltung verblieb bei den einzelnen Mitgliedsstaaten. Sogar die Armee setzte sich aus den Kontingenten der Mitgliedsstaaten zusammen. Die Souveränität kam nicht dem Kaiser, sondern allen Monarchen der Teilstaaten im Sinne eines geteilten Eigentums zu. Obwohl die Entwicklung von Preußen vorangetrieben wurde, kann festgehalten werden, dass sie einem Wunsch ganz Deutschlands entsprach.

Keywords: unification, Italy, Switzerland, Die Trennung von Deutsch-Österreich, das federal state, unique structure. bis 1866 gleichfalls zum Deutschen Bund gehörte wurde in Kauf genommen.

Schlagworte: Einigung, Italien, Schweiz, Bundesstaat, einzigartige Struktur.

1. Zum Vergleich Staatliche Einigungen im 19. Jahrhundert

Neben Deutschland erlebte das 19. Jahrhundert vor allem zwei weitere staatliche Einigungen, nämlich 1848 die „Schweizerische Eidgenossenschaft“ als Bundesstaat sowie das Königreich Italien ab 1861. Sie unterschieden sich von Deutschland allerdings erheblich. Bei zwar ähnlichen historischen Bedingungen wichen die politischen Umstände und die rechtlichen Konstruktionen der Einigung zum Teil äußerst stark voneinander ab.

1.1. Italien

Wie in Deutschland gab es in Italien mehrere Staaten¹. Mit Lombardo-Venetien umfaßte das Kaiserreich Österreich einen gewichtigen Teil, nämlich Oberitalien östlich des Ticino. Im Westen davon lag das Kgr. Sardinien mit der gleichnamigen Insel, wozu Savoyen gehörte, das 1860 an Frankreich fiel. Die südliche Hälfte der Halbinsel nahm das Kgr. beider Sizilien samt dieser Insel ein. Dazwischen lag der Kirchenstaat des Papstes, die Staaten Modena und Toskana von habsburgischen und Parma einer bourbonischen Nebenlinie, auch die Republik San Marino. Der am Wiener Kongreß erörterte Plan diese Staaten in einem italienischen Staatenbund zusammenzufassen, so wie dies mit jenen Deutschlands im Deutschen Bund geschah und auch mit den Kantonen der Schweiz, scheiterte an der besonderen Position des Papstes.

Die Einigung Italiens erfolgte dadurch, daß das Kgr. Sardinien die anderen italienischen Staaten schrittweise annektierte: die Lombardei zufolge des Sieges über Österreich 1859, Parma, Modena und die Toskana aufgrund von Volksabstimmungen 1860 wie auch das Kgr. Sizilien und den Kirchenstaat außerhalb Roms. Mit Zustimmung des ersten italienischen Parlaments nahm 1861 Kg. Viktor Emanuel II. v. Sardinien den Titel eines Kg. v. Italien an und es erklärte Rom zur künftigen Hauptstadt. Nach dem für Italien zwar verlorenen Krieg gegen Österreich von 1866 konnte es zufolge dessen Niederlage gegen Preußen Venetien erwerben und 1870 den restlichen Kirchenstaat mit Rom, das nun Hauptstadt wurde, was stets Volksabstimmungen legitimierten. Die Annexionen führten dazu, daß sich das Kgr. Sardinien schrittweise erweiterte und seine Verfassung auf die Neuerwerbungen erstreckte, so daß das Kgr. Italien nach französischem Vorbild zu einem Einheitsstaat

¹ U. a. Francesco TRANIELLO – Ganni SOFRI: *Der lange Weg zur Nation. Das italienische Risorgimento*. Stuttgart, Kohlhammer Verlag 2012.

wurde. Italien erhielt somit keine föderalistische Struktur. Die Monarchen der annektierten Staaten gingen ins Exil wie insbesondere nach Österreich.

1.2. Schweiz

Der Wiener Kongreß organisierte die Schweiz² 1815 ähnlich dem Deutschen Bund in der Form eines Staatenbundes der Kantone als souveräner republikanischer Staaten und Neuenburgs, formell eine Monarchie des Kg. v. Preußen bis zu dessen Verzicht 1857. Das einzige Organ bestand in der „Tagsatzung“, einer Delegiertenversammlung der Kantone. Nach der Bundesexekution gegen den „Sonderbund“ der katholischen Kantone von 1847 steigerte die Bundesverfassung 1848 den Staatenbund zum Bundesstaat nach dem Vorbild der Vereinigten Staaten. Die Gesetzgebung oblag nun der „Bundesversammlung“ als einem Zwei-Kammern-Parlament bestehend aus dem „Ständerat“ als Kantonsvertretung (zwei Vertreter pro Kanton) und dem „Nationalrat“ als Volksvertretung. Sie wählte den „Bundesrat“ als Bundesregierung. Die nachfolgende Bundesverfassung 1874 stärkte zwar die Bundesgewalt, doch dominierte die Staatsqualität der Kantone weiterhin. Die föderative Gestaltung blieb stark vorherrschend und – im Gegensatz zur Einigung Italiens – ein signifikantes Merkmal der Schweiz.

2. Vorgänger und Reichsgründung 1870/71

Die Einigung Deutschlands weist große Parallelen zu jener der Schweiz auf, unterscheidet sich aber besonders dadurch, daß es galt souveräne Monarchien einerseits beizubehalten, sie aber andererseits einem neuen Staatswesen einzufügen. Darin liegt auch der große Unterschied zur italienischen Einigung. Das Kgr. Italien war schließlich das stetig vergrößerte Kgr. Sardinien mit dessen Verfassung, das Deutsche Reich von 1870/71 aber keineswegs ein vergrößertes Preußen.

Die Reichsgründung beruhte auf zwei Vorgängern: vor allem dem Norddeutschen Bund von 1867 wie auch dem Deutschen Zollverein in seiner Gestaltung ebenfalls seit 1867³.

Der Norddeutsche Bund trat 1867 an die Stelle des 1866 aufgelösten Deutschen Bundes, und zwar in unscharfer Formulierung „nördlich des Mains“, genauer im bisherigen Bundesgebiet ohne die süddeutschen Staaten Baden, Württemberg, Bayern, zu dem auch die Rheinpfalz gehörte, und den südlich des Mains gelegenen Teil des Großherzogtums Hessen-Darmstadt. Aus der Verfassung des Deutschen Bundes blieb die Bundesversammlung (auch Bundestag) als Bundesrat erhalten, wo

² Insbes. Adolf KÖLZ: *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte*. II, Bern, Stämpfli, 2004. 477.

³ Die Literatur ist nahezu uferlos; zuletzt etwa Christoph NONN: *12 Tage und ein halbes Jahrhundert*. München, C. H. Beck Verlag, 2020.; Frank-Lothar KROLL: *Geburt der Moderne*. Berlin, Bebra Verlag, 2013.; Verfassungsgeschichte: Ernst Rudolf HUBER: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789* Bd. II, 3. Aufl., Stuttgart, W. Kohlhammer GmbH, 1986. 100.

Preußen die Stimmen der von ihm annektierten Staaten Hannover, Kurhessen, Nassau und Frankfurt/Main übernahm. Dazu aber traten weitere Organe. Dazu zählte vor allem wie 1849 vorgesehen der vom Volk gewählte Reichstag als Parlament und als administrative Spitze der Bundeskanzler, gleichzeitig preußischer Ministerpräsident, und das Bundespräsidium, das dem König von Preußen zustand. Bundeskanzler und Bundespräsidium oblag die Regierung, letzterem der Oberbefehl über das Heer und die Bundesdesmarine. Das Heer bestand allerdings aus Kontingenten der Mitgliedstaaten, die aber nach preußischem Muster zu organisieren waren. Wegen dieser mit Preußen verbundenen Regierungsspitze und kraft der Stimmen im Bundesrat ergab sich eine Dominanz Preußens. Da die gesetzgebende Gewalt des Reichstags direkt gegenüber der Bevölkerung neben den Landesparlamenten wirksam war besaß der Norddeutsche Bund den Charakter eines Bundesstaates und nicht mehr den eines Staatenbundes wie der Deutsche Bund. Ein Schritt zur Rechtseinheit erfolgte mit dem Bundesoberhandelsgericht von 1869.

Auch der Deutsche Zollverein wandelte sich 1867 in einen Zoll-Bundesstaat dadurch, daß der Reichstag unter Beiziehung von in den süddeutschen Staaten gewählten Abgeordneten als Zollparlament fungierte. Damit war in diesen Angelegenheiten die Reichsgründung praktisch vorweggenommen.

Zur Parallelgründung eines Süddeutschen Bundes kam es nicht. Vielmehr schlossen die einzelnen süddeutschen Staaten mit dem Norddeutschen Bund 1866/67 Bündnisverträge. Als Frankreich dem Norddeutschen Bund am 19. Juli 1870 den Krieg erklärte traten an dessen Seite die süddeutschen Staaten in diesen ein. Noch während seiner Dauer schloß sich jeder von ihnen im November 1870 vertraglich dem Norddeutschen Bund unter Zustimmung ihrer Parlamente an. Sie unterstellten sich damit prinzipiell dessen Verfassung, erhielten allerdings jeweils Sonderrechte. Bayern stand weiterhin ein Gesandtschaftsrecht zu – in Wien gab es daher neben der Deutschen Botschaft eine bayerische Gesandtschaft – und seinem König der Oberbefehl über das bayerische Heer außer im Kriegsfall.

Der Wunsch nach einer staatlichen Einigung Deutschlands beschränkte sich keineswegs auf Preußen und Norddeutschland, er beherrschte ebenso die süddeutschen Staaten, zumal diese in der Geschichte mehr am Kaisertum gegangen hatten. Dies zeigte nun das Einigungsverhalten der betroffenen Landtage und vor allem der Umstand, daß Bayerns König Ludwig II. trotz seiner separatistischen Träume in einem offiziellen Schreiben Kg. Wilhelm die Kaiserwürde anbot. Die Trivilliteratur artikulierte weit verbreitete Wünsche wie etwa der Sachse Karl May, dessen Helden hoffen, daß die Deutschen „nun endlich einmal ein einiges Volk werden“, eine unbekannte und herrenlose Insel im Pazifik „im Namen des zu erwartenden deutschen Kaisers“ in Besitz nehmen und stolz sind „een Deutscher“ zu sein „zumal wir jetzt nu eenen Kaiser haben“⁴.

⁴ Karl MAY: *Winnetou I*, Freiburg, Friedrich Ernst Fehsenfeld, 1893. 126.; Karl MAY: *Waldröschen III*, Reprint, Leipzig, Edition Leipzig, 1988. 1412.; Karl MAY: *Der Sohn des Bärenjägers*. Neudruck–Zürich, Haffmanns Verlag, 1992. 143.

Nach dem Beitritt der süddeutschen Staaten ergänzte der norddeutsche Reichstag die bestehende Bundesverfassung und adaptierte sie als Reichsverfassung mit neuen Bezeichnungen wie insbesondere „Deutscher Kaiser“ und „Deutsches Reich“, auch „Reichskanzler“, beibehalten wurde „Bundesrat“; sie trat mit 1. Jänner 1871 in Kraft. Als Reichsgründungsakt in den Vordergrund trat aber am 18. Jänner 1871 die Kaiserproklamation im Spiegelsaal des Schlosses zu Versailles. Die Titulaturfrage umging die Proklamation mit einem „Heil Kaiser Wilhelm“.

Eingriffe des Reichs in die Landesstrukturen gab es kaum. Gerichtsbarkeit und Verwaltung blieben Landessache mit Ausnahme etwa des Reichsgerichts von 1879 als oberste Instanz in bürgerrechtlichen und in Strafsachen. Die Rechtsvereinheitlichung erfolgte schrittweise beispielsweise mit dem Personenstands- und Eherecht 1875 und vor allem mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), das plakativ zu Jahrhundertbeginn am 1. Jänner 1900 in Kraft trat, gemeinsam mit dem Handelsgesetzbuch (HGB)⁵. Die Vollziehung aber oblag den Gerichten und Behörden der Länder. Am deutlichsten trat das Reich in der kaiserlichen Marine und in den Kolonien in Erscheinung. Weiterhin bestand das Heer aus Kontingenten der Länder freilich nach preußischem Muster, die Eisenbahnen waren Länderbahnen. Reichsheer und Reichsbahn schuf erst die Weimarer Republik.

3. Die Verfassungskonstruktion von 1870/71

Die Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 stellte ein Unikat dar, das keinem der damaligen Verfassungen und Verfassungsmodellen entsprach. So zählte sie allein schon zur Minderheit der Bundesstaaten bereits in Europa; ein solcher war lediglich noch die Schweiz. Weltweit fielen als solche vor allem die Vereinigten Staaten von Amerika auf, eventuell Kanada ab 1867 und Australien ab 1900, kaum die Vereinigten Staaten von Brasilien von 1891. Aber es hatte mit keinem dieser Bundesstaaten die geringste Ähnlichkeit. Dies lag am diplomatischen Geschick einer kunstvollen Ausgestaltung. Schließlich galt es nicht nur mehrere Monarchien und drei Stadtrepubliken von höchst unterschiedlichem Gewicht in einem Staat zusammenzuführen, sondern solche, die noch vor fünf Jahren, 1866, gegeneinander im Krieg gestanden hatten wie vor allem Preußen und Bayern. Auch zu diesem Zweck wurden an sich unterschiedliche Verfassungselemente⁶ miteinander verbunden.

3.1. Der „Deutsche Kaiser“

Das so bezeichnete Organ war in dieser Funktion kein Monarch – natürlich schon als König von Preußen –, sondern lediglich die neue Titulatur für das bisherige

⁵ Wilhelm BRAUNEDER: *Europäische Privatrechtsgeschichte*. Stuttgart, UTB GmbH, 2014. 144.

⁶ HUBER op. cit.

Bundespräsidium des Norddeutschen Bundes⁷. Dies stellte eigentlich eine Kuriosität dar, denn sie benannte einen Nichtmonarchen mit dem höchsten abendländischen Monarchentitel. Politisch war er jedenfalls richtig gewählt: einerseits in der damals bedeutsamen historischen Rückschau auf das Kaisertum seit Karl dem Großen, andererseits in Hinblick auf den Vorrang gegenüber den regierenden deutschen Königen, Großherzogen und Herzogen. Die historische Dimension unterstrich die Form der neuen Kaiserkrone, die der römisch-deutschen Kaiserkrone nahezu entsprach, aber nur auf dem Papier existierte, etwa von Briefmarken, denn sie wurde nicht angefertigt. Bezeichnend auch, daß vor der renovierten Kaiserpfalz zu Goslar zwei Reiterdenkmäler aufgestellt wurden: das von Kaiser Friedrich I. mit dem historischen Beinamen Barbarossa und das von Kaiser Wilhelm I. mit dem neu kreierten Barbablanca, der sich freilich kaum durchsetzte. Die historische Anbindung schlug sich besonders signifikant in dem vorsichtig in Wien vorgetragenen Begehren des preußischen Kronprinzen und künftigen Kaisers Friedrich III. nieder, die römisch-deutschen Reichkleinodien den Hohenzollern zu überlassen, was man in Wien entrüstet zurückwies.

Der neue Kaisertitel blieb nicht unkommentiert und unbestritten. Selbst Kg. Wilhelm I. von Preußen, der ihn schließlich tragen sollte, zeigte sich anfangs ablehnend. Einerseits verglich er ihn mit einem „Charaktermajor“, also einem militärischen Rang ohne entsprechende Befehlsgewalt, andererseits wünschte er die Formulierung „Kaiser von Deutschland“ analog etwa zu „König von Preußen“. Da es sich hier aber um öffentlichrechtliche Besitztitel handelte kam jener nicht in Frage, schon gar nicht „Kaiser der Deutschen“ wie 1849 vorgesehen, sondern eben „Deutscher Kaiser“.

3.2. Der „Bundesrat“

Auch der Bundesrat stellte eine spezielle, singuläre Einrichtung dar. Oberflächlich betrachtet mag man ihn für eine Ländervertretung halten wie später ihm nachempfundene Organe: der Reichsrat der Weimarer Reichsverfassung von 1919, der ihm ähnliche österreichische Bundesrat der Bundesverfassung 1920 und der Bundesrat des Bonner Grundgesetzes von 1949.

Er ging jedoch wesentlich darüber hinaus und stellte formal das wichtigste Reichsorgan dar. Er war sozusagen der Gesamt-, der Kollektivmonarch des Reiches, denn er bestand aus den Bevollmächtigten der Bundesglieder, der Monarchen und der Freien Städte, und war Träger der Souveränität des Reiches – nicht der Kaiser. Daher kamen ihm Befugnisse sowohl in der Reichsgesetzgebung wie in der Reichsverwaltung zu wie in anderen Staaten einem Monarchen. Jene übte er gemeinsam mit dem Reichstag aus, in dieser besaß er das Recht zu

⁷ Jüngst Wolfgang NEUGEBAUER: Der Kampf ums Symbol. Preußische Tradition und deutsche Kontinuität um 1870/71. *Forschungen zur brandenburgischen und preussischen Geschichte*, NF 31, 2021. 77., sowie Franz ALTHOFF: *Zum Selbstverständnis der preußischen Herrscher nach der Reichsgründung 1871*. ebda 53.

Ausführungsverordnungen. In der Außenpolitik band seine Mitwirkung den Kaiser wie etwa beim Abschluß von Staatsverträgen. Signifikant zeigte sich dies als das Deutsche Reich 1908 Kaiser Franz Josef zu seinem sechzigsten Regierungsjubiläum gratulierte, was Franz Matsch in einem offiziellen Ölgemälde festhielt. In der linken Bildhälfte steht der Jubilar, der Österreich-Ungarns Souveränität verkörpert, allein, in der rechten Bildhälfte das Deutsche Reich als Gratulant, vertreten durch alle Bundesfürsten in preußisch-blauen Uniformen und im Talar ein Vertreter der Freien Städte, darunter Kaiser Wilhelm II. nur knapp vor seinen Mitmonarchen als die gemeinsamen Träger der Reichssouveränität. Durch diesen Kollektivmonarchen besaß das Reich durchaus einen monarchischen Charakter, galt aber vielfach als „Staatenrepublik“⁸.

3.3. Der „Reichstag“

Als Volksvertretung fungierte der Reichstag, dem die Gesetzgebung in Reichangelegenheiten gemeinsam mit dem Bundesrat oblag, wobei diesem mit der Gesetzesinitiative eine monarchenähnliche Stellung zukam. Der Reichstag bestand nur aus einer Kammer, die, fortschrittlich wie sonst kaum in Europa, in allgemeiner, gleicher, direkter und geheimer Wahl gewählt wurde. Der Reichstag sollte an den 1849 geplanten erinnern, tat dies aber nur in Hinblick auf das damals vorgesehene Abgeordnetenhaus. Die Funktion einer Länderkammer besorgte ja der Bundesrat. Damit ergab sich die Konstruktion der Gesetzgebung nicht in den zwei Kammern eines Organs, des Parlaments wie etwa in der Schweizer Bundesversammlung, sondern in zwei getrennten Organen. Dies kam auch darin zum Ausdruck, daß das Reichstagsgebäude in Berlin als Zentralkuppelbau mit einem Plenarsaal errichtet wurde, anders als etwa für das österreichische und das ungarische Parlament in Wien beziehungsweise in Budapest mit ihren zwei Kammern zweiflügelige Bauten errichtet wurden. Die Konstruktion zweier Organe setzte sich in der deutschen wie in der österreichischen Verfassungsentwicklung nach 1918 fort und ermöglichte es, die beiden unterschiedlich zugunsten der Volksvertretung zu gewichten.

4. Zusammenfassung und Ausblick

Die eigenwillige Konstruktion der Reichsverfassung von 1871 entstand in Anpassung an die politischen Möglichkeiten Deutschlands. Sie „baute nicht auf irgendwelchen Staatstheorien auf, sondern zielte vielmehr auf die tatsächlichen Bedürfnisse des Staatslebens ab“⁹. Sie erhielt auch daher keine Grundrechte. Vor allem war es damals ihre Aufgabe den Staatsbürger vor Eingriffen der staatlichen Verwaltung zu

⁸ Z. B. Heinrich MITTEIS – Heinz LIEBERICH: *Deutsche Rechtsgeschichte*. 19. Aufl., München, Beck Juristischer Verlag, 1992. 450 Pkt. 2.

⁹ Cristian-Friedrich MENDER: *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*. 5. Aufl., Heidelberg, Müller Jur. Verlag, 1986. 14.

schützen, die aber das Reich nicht besaß, sondern weiterhin die Einzelstaaten. Ihre Verfassungen enthielten in der Regel Grundrechte.

Deutschlands Einigung erfolgte freilich ohne jene Gebiete, die in Österreich zum Deutschen Bund gehört hatten, die man daher bis zu dessen 1866 Ende politisch zu Deutschland zählte, aber weiterhin als „Südostdeutschland“ auch geografisch¹⁰. Noch 1918 verwendete ein Verfassungsentwurf für die dann „Deutschösterreich“ genannte Republik diese Bezeichnung. Die Entwicklung zeigt, daß ein deutscher Nationalstaat mit irgendeinem Einschluß des damaligen Österreich nicht zu verwirklichen gewesen war. Realisieren ließ sich aber die „kleindeutsche“ Lösung, und zwar mit andauerndem Erfolg. Erst durch den Zerfall Österreich-Ungarns 1918 wäre der Weg für eine „großdeutsche“ Lösung frei gewesen, wurde sowohl von Deutschösterreich wie dem Deutschen Reich auch angestrebt wie es nicht nur das Anschlußprotokoll der beiden Außenminister von 1919 erweist, aber durch die Verträge von Versailles und Saint Germain verhindert wurde¹¹.

Die Konstruktion der Reichsverfassung 1871 beruht eigentlich auf einer naheliegenden, einfachen juristischen Konstruktion, jedenfalls im Kern. Was Mehrere zusammenlegen, was sie vereinigen wollen führt zu einem gemeinsamen Kapital, bildet ein gemeinsames Gut, wird als Miteigentum gemeinsam verwaltet und allenfalls verteidigt. So lag die Lösung mit dem Bundesrat als Kollektivmonarchen auf der Hand gerade für einen Juristen wie Bismarck. Und was eine Verfassung anlangt wie jene des Reiches von 1871 so gehört es nahezu zum Wesen einer solchen, daß die Verfassungswirklichkeit einen anderen Schein als der Verfassungstext ausstrahlt. So hätten wohl wenige das Reich nicht als konstitutionelle Monarchie empfunden mit Wilhelm II. als „echten“ Kaiser, wengleich mit einigen Mängeln zufolge der ganz anderen Konstruktion. Und weiters gehört es zum derartigen Wesen, eine Verfassung gegebenenfalls an veränderte Bedingungen anzupassen, was auch geschah bis hin zur Parlamentarisierung knapp vor dem Ende 1918. Bismarck hatte dies wohl am 11. März 1867 mit seiner Bemerkung im Norddeutschen Reichstag ins Auge gefaßt: „Setzen wir Deutschland, sozusagen, in den Sattel!!“

¹⁰ Wilhelm BRAUNEDER: *Geschichte der österreichischen Staaten*. Wien, Karolinger Verlag, 2019. 128.; „Süd-östliches Deutschland“: *Stieler's Schulatlas*, 1850. Kartenbild Nr. 17.

¹¹ BRAUNEDER (2019) op. cit. 178.

DIE ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN MARKMALE DER DEUTSCHEN EINHEIT

István SZABÓ*

Professor für Rechtsgeschichte (Katholische Péter Pázmány Universität)

Abstract

This study examines the public law aspects of German unity in 1871. It argues that German unity is achieved when the organisation of the German states is transformed from a confederation into a federal state and the new constitution is extended to all German-inhabited territories. However, the monarchical constitution of the state-imposed limits on both the organisational and the territorial conditions. The protection of the sovereignty of the rulers of the member states was a barrier to the establishment of an imperial executive, and the German-inhabited areas of the Habsburg Empire could not be integrated into the new Germany without partitioning the territory of the empire. German unity was created along these compromises and was therefore not perfect from a dogmatic point of view. However, there was a significant shift towards a federal state compared to the former German Confederation. In addition, there were unique elements which helped to

Abstrakt

Die Studie untersucht die allgemeinrechtliche Seite der Deutschen Einheit von 1871. Laut ihrer Feststellung kann man über eine deutsche Einheit sprechen, falls die Organisation der deutschen Staaten vom Staatenbund zum Bundestaat wird und der Wirkungskreis der neuen Verfassung sich auf alle Gebiete ausdehnt, wo deutsche Bürger wohnen. Die monarchische Staatseinrichtung bedeutete jedoch sowohl bei den staatsorganisatorischen als auch bei den territorialen Bedingungen Hindernisse. Der Schutz der Souveränität der Herrscher der Gliedstaaten war beim Ausbau der Reichsexekutive eine Hindernis, die deutschen Gebiete des Habsburgerreiches waren ohne die Aufteilung des Reichsgebiets in das neue Deutschland nicht integrierbar. Die Deutsche Einheit entstand entlang dieser Kompromisse, so war sie aus dogmatischer Hinsicht nicht perfekt. Sie war jedoch eine deutliche Verschiebung im Vergleich zu dem früheren Deutschen Bund in die Richtung

* ORCID: 0000-0001-5150-731X

promote unity, the most interesting of which were the special prerogatives of Prussia.

Keywords: Germany, unity, confederation, federal state, Bismarck.

eines Bundesstaates. Außerdem erschienen auch unikale Elemente, die zur Einheit verholfen haben, von denen die eigenartigen Sonderrechte von Preußen besonders interessant waren.

Schlagworte: Deutschland, Einheit, Staatenbund, Bundesstaat, Bismarck.

1. Einleitung

Die Entstehung der Deutschen Einheit wird von der europäischen Geschichtsschreibung mit der Proklamation von Wilhelm I. am 18. Januar 1871 in Versailles zum Kaiser verbunden. *Die Frage der Deutschen Einheit ist in erster Linie eine öffentlich-rechtliche Frage*, und zwar: wann haben die deutschen Fürsten eine Staatsorganisation nach der Auflösung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation 1806 zustande gebracht, die die Merkmale der Staatlichkeit trägt? *Wann wurde die Gemeinschaft der souveränen Staaten (der Staatenbund) zum Bundesstaat?*

Das gewünschte Ziel war die Wiederbelebung des 1806 aufgelösten Reiches, aus dem Aspekt einer Staatsorganisation entsprach das jedoch der Bedingungen der Einheit nicht, man kann sich wohl noch an die Souveränitätsansprüche der Herrscher der Gliedstaaten von den Geschichtsbüchern erinnern. Die von Karl IV. 1356 verabschiedete Goldene Bulle erkannte die königlichen Hoheitsrechte der Kurfürsten. Darin versteckte sich schließlich das Grundproblem der Deutschen Einheit. Der Staatenbund basiert auf die Souveränität der Gliedstaaten, der Bundestaat auf die geteilte Souveränität zwischen dem Bund und den Gliedstaaten. *Wie kann eine geteilte Souveränität (vertikale Gewalttrennung) zwischen den Herrschern zustande gebracht werden?* Die regierende Souveränität war von der horizontalen Gewalttrennung im 19. Jahrhundert bereits stark betroffen, diese wurde zugunsten des Parlaments beschränkt. Die vertikale Verteilung der Kompetenzen, die der König behielt, mit einem anderen Herrscher war jedoch auch damals schwer zu behandeln, so wirkte dieses Problem auch auf die Einheitsbestrebungen nach 1806 aus. Als Beispiel reicht es die italienische Einheit von 1861 oder das Königreich der Serben, Kroaten und Slowenen von 1921 zu erwähnen. Bei der Entstehung der italienischen Einheit wurde das Doppelkönigreich Sizilien auf militärischem Weg aufgelöst, im südslawischen Staat wurde der Herrscher von Montenegro von Thron vertrieben. Es passte nicht ins Gesamtbild, dass der Herrscher von Montenegro sein Amt behält und der Herrscher des südslawischen Staates auf seinem Gebiet nur beschränkte Zuständigkeiten hat. In beiden Fällen wurden Einheitsstaaten gegründet, die Ausübung der Souveränität wurde ausschließlich dem Zentrum zugesprochen. Der Fall von Österreich vor 1918 ist interessant, welches neben der monarchischen Staatsform Merkmale einer Bundesorganisation aufwies. Hier war jedoch der Kaiser das Staatsoberhaupt jedes Erblandes, es gab also bei dem Herrscher keine vertikale Gewalttrennung.

Zurück zur deutschen Geschichte des 19. Jahrhunderts: die Auflösung des Reiches war die Folge der napoleonischen Kriege, und nach dem Untergang des französischen Kaisers entstand der Anspruch auf die Einheit sofort. Die Bundesakte des Deutschen Bundes von 1815 begann jedoch mit den folgenden Sätzen: „die souveränen Fürsten und freien Städte Deutschlands [...] vereinigen sich zu einem beständigen Bunde, welcher der *deutsche Bund* heißen soll.“¹ Es wird auf die Merkmale der Staatsorganisation des Deutschen Bundes später detaillierter eingegangen, aber der einleitende Satz weist bereits auf die Art eines Staatenbunds hin. Der Anspruch auf die Einheit existierte, die Fürsten konnten sich jedoch nicht einigen, so blieb das Modell des Bundesstaates neben dem Staatenbund in Minderheit.²

Wegen des Mangels an dem Konsens zwischen den deutschen Staaten kam auch die Idee der Einheit auf einem beschränkten Gebiet vor, *so erschien neben den öffentlich-rechtlichen Fragen auch eine geografische*. In der Frankfurter Nationalversammlung von 1848/49 wurde es auch in der Praxis klar, dass es fast unmöglich ist, eine Reichsverfassung zu verabschieden, die auf allen deutschen Gebieten gültig ist. So musste man bezüglich der territorialen Bedingung einen Kompromiss schließen, der Begriff *kleindeutsche Lösung* ist allgemeinbekannt. Nachdem der Frankfurter Versuch scheiterte, begann sich die Erfüllung der zwei Kriterien (neue Reichsverfassung, geografische Gültigkeit) auch zeitlich voneinander zu scheiden. Als Erfüllung des ersten Kriteriums betrachtet man die Verabschiedung der Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867, dann als Erfüllung des zweiten Kriteriums den Anschluss der süddeutschen Staaten von 1871. Es wurde zwar formell im Jahre 1871 eine neue Reichsverfassung verabschiedet, inhaltlich geschah aber eigentlich der Anschluss an den Norddeutschen Bund, einen Unterschied gab es nur in ein paar Wörtern des Textes beider Verfassungen. Als die territoriale Gültigkeit im Jahre 1871 verbreitert wurde, dachte man, dass das mögliche Maximum des Staatsgebiets erreicht wurde, so nahm die neue Staatsform den Namen Deutsches Reich wieder an. Das erwünschte Ziel wurde erreicht, das 1806 aufgelöste Reich existierte wieder. All das gewann auch in der Benennung der zentralen Staatsorganisation einen besonderen Inhalt: Der Bund wurde zum Synonym der Zerrissenheit (Staatenbund), das Reich zum Synonym der Einheit (Bundesstaat).

In der vorliegenden Studie wird *die öffentlich-rechtliche Seite der deutschen Einheit untersucht*. Bei der Bedingung der Staatsorganisation stellt sich die folgende Frage: Brachten die Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 und die textlich identische Verfassung von 1871 einen Bundesstaat zustande? Wie es vorher erwähnt wurde, wird die Analyse auch durch die Untersuchung der unmittelbaren Vorgeschichte, also des Deutschen Bundes, und durch die des im Rahmen des

¹ Artikel I. der Bundesakte des Deutschen Bundes von 1815.

² Klaus STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band V. (Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts)*. München, Beck, 2000. 185–186.; Ernst Rudolf HUBER: *Die deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. (Band 1–8)* Stuttgart, Kohlhammer, 1957/1990. Band 1. 482–487.; 510–542.

ersten Einheitsversuchs entstandenen Verfassungsentwurfs (der Frankfurter Reichsverfassung von 1849), erweitert. Unter den *territorialen (geografischen) Bedingungen* suche die Antwort auf die folgende Frage: Falls sich die Gültigkeit der neuen Reichsverfassung nur auf einen Teil der deutschen Gebiete bezieht, wie groß ist der Teil, wo man sagen kann, dass das neue Deutschland das Maximum der territorialen Ausbreitung erreicht hat? Ich versuche die Antwort auch hier auf ein öffentlich-rechtliches Fundament legen. Gab es einen zukünftigen Gliedstaat, dessen Verfassung mit der geplanten Reichsverfassung so stark im Gegensatz stand, dass es seine Integration unmöglich machte? Eine territoriale Bedingung wird hier als erfüllt gesehen, falls sich die Gültigkeit der neuen Reichsverfassung bis auf diesen Staat auf alle deutschen Gebiete verbreitet.

2. Staatenbund vs. Bundesstaat

Die staatsorganisatorische Bedingung der Einheit war also *die Gestaltung des Staatenbunds zu einem Bundesstaat*. Es gibt zahlreiche Aspekte, wie die zwei Modelle voneinander unterschieden werden können, in Folgenden wird zusammengefasst, welche Aspekte bei der Verwirklichung der deutschen Einheit hier als relevant betrachtet werden.

Das wichtigste Kriterium für die Trennung der zwei Modelle ist *die Kompetenz der Kompetenzen*, die Frage also, zu wem die Zuständigkeit gehört, zu entscheiden, wie die Zuständigkeiten zwischen dem Bund und den Gliedstaaten verteilt werden soll. Diese Gewalt ist berechtigt, die Struktur des Bundes zu gestalten, und später diese umzugestalten. Im Staatenbund geschieht das mit der einstimmigen Zustimmung der Gliedstaaten, die Staatsordnung des Bundes ist eigentlich ein völkerrechtlicher Vertrag. Die Staatssouveränität bleibt – wie in der Einleitung bereits erwähnt – ganz bei den Gliedstaaten, falls es keine Einstimmigkeit gibt, die Souveränität des Staates, welcher die Gegenstimme abgab, beschränkt wird. Irgendwelcher Wirkungskreis wird nicht aus eigenem Willen übergeben, sondern er kann auch gegen seinen Willen weggenommen werden. Das zeigt in die Richtung des Bundesstaates, eine Souveränität kommt zustande, welche sich von den Gliedstaaten scheidet.

Bei der Trennung der zwei Staatsorganisationsformen wird hier *die vertikale Verteilung zwischen dem Bund und den Gliedstaaten der horizontalen Gewalttrennung* untersucht. Im Modell des Bundesstaates wird die vertikale Verteilung bei allen drei Gewaltzweigen verwirklicht, falls irgendwelcher Gewaltzweig zu dem ausschließlichen Wirkungskreis der Gliedstaaten gehört, weist das auf den Staatenbund hin. Innerhalb der Gesetzgebung ist es auch wichtig, ob *es auf der Bundesebene ein volksvertretendes Organ zustande gebracht wird*. Falls nicht, kann jegliches Bundesorgan nur mit der Delegation der Gliedstaaten errichtet werden. Falls es ein volksvertretendes Bundesorgan gibt, kann es ganz unabhängig von den Gliedstaaten den Bundeswillen durchsetzen.

Bei der Errichtung der Bundesorgane mit der Delegation der Gliedstaaten kann die Untersuchung der *Frage des gebundenen bzw. freien Mandats* nicht außer Acht gelassen werden. Mit diesem Problem trifft man grundsätzlich an der Grenze zwischen Ständevertretung vs. Volksvertretung, beim Modell der Staatsorganisation

steht es jedoch in Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Bund – Gliedstaat im Zusammenhang. Das freie Mandat zeigt in die Richtung der selbstständigen Souveränität, welche sich von den anderen Gliedstaaten scheidet, das gebundene Mandat wirkt dagegen.

Im Verfassungshintergrund der deutschen Einheit wurde auch *die Regelung der Grundrechte* eine zentrale Frage. Soll diese zur Zuständigkeit des Bundes gehören oder bei dem der Gliedstaaten bleiben? Die Gewährleistung dieser Rechte hat nämlich auf die ganze Staatsorganisation, aber besonders auf die Verwaltung eine große Wirkung. Falls die Regelungen der Grundrechte zur Zuständigkeit des Bundes gehören, wird damit ein ernsthafter Bundeseinfluss auf alle Zuständigkeiten der Gliedstaaten gesichert. Falls diese bei den Gliedstaaten bleiben, wird ihre Selbstständigkeit gegenüber dem Bund deutlich verstärkt.

Schließlich nehme ich noch drei Zuständigkeit, die *Außenpolitik, die Verteidigungspolitik und das Steuerhoheitsrecht* unter die Lupe. Diese sind die drei Wirkungskreise, wo der Bund, um die eigene Staatlichkeit zu sichern, eine dominante Rolle spielen soll. Falls die Gliedstaaten eigene diplomatische Beziehungen herstellen und auch ohne die Genehmigung des Bundes völkerrechtliche Verträge schließen dürfen, wird die zentrale Gewalt gewichtlos. Genauso, falls dieser eine einheitliche Verteidigung nicht gestalten kann, und die Gliedstaaten in der Praxis sogar gegeneinander einen Krieg führen können. Ähnlich gewichtlos wird der Bund, falls dieser nicht berechtigt ist, selbständig Steuer einzuführen, und die eigene Existenz nur von der Einzahlung der Gliedstaaten finanzieren kann.

3. Vorgeschichte: Der Deutsche Bund und die Frankfurter Reichsverfassung

Es wurde bereits in der Einleitung mit dem Zitat der Bundesakte des Deutschen Bundes darauf hingewiesen, dass diese Organisation die Kennzeichen des Staatenbundes an sich trug. Nach der Untersuchung der Merkmale im letzten Punkt kann festgestellt werden, dass die Bundesakte des Bundes selbst mit einem völkerrechtlichen Vertrag zwischen den Gliedstaaten zustande kam.³ Das einzige Organ der Staatsgewalt war die Bundesversammlung, deren Mitglieder aufgrund der Hinweise der Regierung (des Herrschers) des delegierenden Gliedstaates stimmten.⁴ Die Modifizierung der Bundesakte gehörte zur Zuständigkeit der Bundesversammlung, die Entwürfe sollten einstimmig verabschiedet werden.⁵ Die Umgestaltung der Bundesorganisation und die Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Zentrum und den Gliedstaaten gehörten zwar zur Zuständigkeit eines Bundesorgans, es war jedoch zur Entscheidung der völligen Konsens der Gliedstaaten nötig. Genauso, wie zur Modifizierung eines

³ Georg MEYER – Gerhard ANSCHÜTZ: *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*. Leipzig, Duncker & Humblot, 1919. 115.

⁴ HUBER Band. 1. op. cit. 589.; STERN op. cit. 206.; SZABÓ István: *Német alkotmányfejlődés 1806–1945. [Deutsche Verfassungsentwicklung 1806–1945]* Budapest, Szent István Társulat, 2000, 47.; HUBER Band 1. op. cit. 589.

⁵ STERN op. cit. 205.; HUBER Band 1. op. cit. 593.; MEYER–ANSCHÜTZ op. cit. 131.

völkerrechtlichen Vertrags. Die vertikale Gewalttrennung breitete sich nur auf einen Gewaltzweig aus, die Exekutive und die Justiz gehörten ausschließlich zur Zuständigkeit der Gliedstaaten.

Bei der Verteilung der Zuständigkeiten hatte der Bund in Fällen von Außen- und Verteidigungspolitik, die am meisten zum Zentrum gehören sollten, nur beschränkte Rechte, im Fall von Steuerhoheitsrechten überhaupt keine. Die Gliedstaaten durften diplomatische Beziehungen aufrechterhalten, und konnten auch völkerrechtliche Verträge frei schließen.⁶ Sie durften sogar gegen Staaten, die außerhalb des Bundes waren, selbständig Kriege führen, und Frieden mit ihnen schließen.⁷ Es kam auch vor, wo es nicht genau entschieden werden konnte, ob ein anderer Staat gegen den ganzen Bund oder nur gegen einen Gliedstaat einen Krieg führt. Im Bereich der Verteidigungspolitik gab es kein zentrales Militär, die Bundesarmee bestand aus den Kontingenten der Gliedstaaten, die unter dem Kommando der einzelnen Herrscher standen.⁸ So konnte es nicht immer genau bestimmt werden, ob die Armee eines Gliedstaates an einem Krieg im eigenen Namen oder als Kontingent der Bundesarmee teilgenommen hat.⁹ Die Bundesversammlung durfte zwar im Kriegszustand vor den Kontingenten eine gemeinsame Befehlshaber stellen, falls es jedoch gemacht wurde, war der Generalstab, welcher nur provisorisch und plötzlich aufgestellt wurde, nicht so effektiv.¹⁰

Die Wiener Schlussakte von 1820 leitete das Institut der *Bundesexekution* ein, die bedeutete, dass es gegen Gliedstaaten, die das Bundesrecht verletzen, auch auf militärischem Weg aufzutreten werden darf.¹¹ Wegen des Mangels an einer gemeinsamen Armee konnte auch dieser Zuständigkeit nur beschränkt zur Geltung gemacht werden. Der Gliedstaat, gegen den die Bundesexekution verordnet wurde, stellte die eigene Armee dem Bund nicht zur Verfügung, sondern wehrte sich gegen die Kontingente der anderen Gliedstaaten. Das bedeutete, dass die Bundesexekution nur gegenüber kleineren Gliedstaaten effektiv war, falls es versucht wurde, diese gegen einen größeren Gliedstaat zu verwenden, konnte das leicht zu einem Bürgerkrieg führen.¹² Aus diesen Merkmalen kann eindeutig abgeleitet werden, dass der Deutsche Bund von 1815 ein Staatenbund war.

⁶ MEYER-ANSCHÜTZ op. cit. 134.; HUBER Band 1. op. cit. 603–605.; SZABÓ op. cit. 49.

⁷ SZABÓ op. cit. 50–51.

⁸ HUBER Band 1. op. cit. 620.; SZABÓ op. cit. 52.

⁹ Es wurde auch bezüglich des Krieges gegen Dänemark von 1863–64 die Frage gestellt, ob das Land gegen den Deutschen Bund oder gegen zwei Gliedstaaten, Österreich und Preußen einen Krieg führt. [SZABÓ op. cit. 65–66.] Bei dem Friedensvertrag waren sowohl die Beauftragten beider Gliedstaaten als auch die des Bundes anwesend. [HUBER Band 3. op. cit. 478.]

¹⁰ MEYER-ANSCHÜTZ op. cit. 141.;

¹¹ STERN op. cit. 207–208.; HUBER Band 1. op. cit. 634–639., SZABÓ op. cit. 54–56.

¹² Im Punkt über die Hindernisse der großen deutschen Einheit wird auch Erwähnung finden, dass eine solche Situation im Jahre 1866 die Auflösung des Deutschen Bundes verursachte. Die allgemeinbekannte Schlacht bei Königgrätz ergab sich aus der Bundesexekutive gegen Preußen, wo sich der sanktionierte Gliedstaat gegenüber der Bundesarmee wehrte, welche aus den Kontingenten der anderen Gliedstaaten bestand. [SZABÓ op. cit. 65–68.]

Man kann in der Frankfurter Reichsverfassung, die nach der revolutionären Welle von 1848 zwar verabschiedet, jedoch nie zur Geltung gebracht wurde, deutliche Unterschiede sehen. In dem Reichstag, die die gesetzgebende Gewalt ausübte, erschien neben der von den Gliedstaaten delegierten Kammer (Staatenhaus)¹³ auch die volksvertretende Kammer (Volkshaus)¹⁴, welches unmittelbar von den Bürgern gewählt wird. Im Fall der volksvertretenden Kammer wurde – wie bereits erwähnt – jegliche gliedstaatliche Abhängigkeit aufgehoben, dieses Organ vermittelte einen eigenen zentralen Willen. Der Einfluss der Gliedstaaten wurde auch dadurch weiter reduziert, dass die Reichsverfassung das freie Mandat auf beide Kammern verbreiterte, also auch auf das Staatenhaus.¹⁵ Die Modifizierung der Reichsverfassung (die eventuelle Umgestaltung der Bundesstaatseinrichtung) wurde ausschließlich in der Zuständigkeit des Reichstages gegeben.¹⁶ Diese Regelung der Verfassungsmodifizierung zusammen mit der Verbreitung des freien Mandats auf beide Kammern bedeutete die deutliche Verstärkung der Souveränität des Reiches. Die Frankfurter Nationalversammlung verabschiedete auch eine grundrechtliche Charta,¹⁷ d.h. dass auch die Regelung der Grundrechte in den Wirkungskreis des Reiches gegeben wurde.

Wenn man die weiteren Elemente der Staatsorganisation untersucht, kann man sehen, dass es eine zentrale vollziehende Gewalt in der Person des Kaisers und der Reichsminister gestaltet wurde,¹⁸ dank des Reichsgerichts hätte auch eine zentrale Urteilsfällung entstehen können.¹⁹ Die Reichsverfassung zentralisierte auch die außenpolitische Hoheitsrechte,²⁰ und verbreiterte die zentralen Rechte auch bezüglich der Befehlsgewalt des Militärs, dies letztere wurde jedoch nicht der alleinigen Zuständigkeit des Reiches zugewiesen.²¹

Man kann zweifellos feststellen: Die Frankfurter Reichsverfassung erfüllte kompromisslos die Kriterien eines Bundesstaates.

¹³ HUBER Band 2. op. cit. 830.

¹⁴ Ebd. Band 2. op. cit. 830–831.

¹⁵ § 96. der Verfassung des Deutschen Reiches von 1849.

¹⁶ Ebd. § 196.

¹⁷ Reichsgesetz über die Grundrechte des deutschen Volkes vom 27. Dezember 1848.

¹⁸ Rudolf HÜBNER: Die nationalen Einheitsbestrebungen von 1848-1863. In: Gerhard ANCHÜTZ – Richard THOMA: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts (1. Band)*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1930. 43.; HUBER Band 2. op. cit. 827–829.

¹⁹ STERN op. cit. 256–258.; HÜBNER op. cit. 44.

²⁰ HUBER Band 3. op. cit. 822.; Die Reichsverfassung wies die Außenpolitik [§ 6. der Verfassung des Deutschen Reiches von 1849], bzw. das Recht der Kriegführung und Friedensschließung [§ 10. der Verfassung des Deutschen Reiches von 1849] in den alleinigen Wirkungskreis des Reiches zu. Diese Rechte wurden vom Kaiser selbst ausgeübt [§ 75–76. der Verfassung des Deutschen Reiches von 1849]

²¹ Die Reichsverfassung deklarierte den Kaiser zum Oberbefehlshaber des Militärs [§ 83. der Verfassung des Deutschen Reiches von 1849], löste jedoch die Kompetenzen der Gliedstaaten nicht komplett auf. In der Verwaltung des Militärs und Befehlshaltung in Frieden wurden die Rechte der Gliedstaaten aufrechterhalten. [HUBER Band 3. op. cit. 655.; 822–823.]

4. Die Problematik der territorialen Ausdehnung (Die Hindernisse der großen deutschen Einheit)

Die Frankfurter Reichsverfassung hatte zweifellos eine Form von Bundesstaat, und die Zuständigkeit wollte man auf alle deutschen Gebiete ausdehnen. Gegenüber dieser ausgezeichneten dogmatischen Arbeit gab es jedoch einen deutlichen politischen Widerstand, was ihre Inkraftsetzung unmöglich machte. Diese Konflikte verbreiteten sich über die Bundesorganisation hinaus sogar auch auf andere Elemente (z.B. Staatsform²²), was die Situation nur verschlechterte.

Die Gegensätze rund um die Organisation des Bundes ergaben sich ähnlich wie im Fall des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation aus *der monarchischen Art der Staatsgewalt*. In dem Bundestaat gerät auch die vollziehende Gewalt unter der vertikalen Verteilung, *zwischen den Monarchen funktioniert das jedoch schwierig*. Der Herrscher des Reiches wäre von den Fürsten der Gliedstaaten gewählt worden, aber es war auch ein Problem, dass die zwei großen Gliedstaaten darauf hätten aspirieren können (Österreich, Preußen). Falls die kleineren Gliedstaaten dieses System auch akzeptiert hätten, hätte sich die Frage gestellt, wer von den beiden den Thron besteigen soll?

Von der Seite Österreichs gab es jedoch noch eine weitere eigene Hindernis: Das neue Deutsche Reich wäre ein Nationalstaat gewesen, d.h. dass es nur deutsche Gebiete beinhaltet hätte. Der Absatz (1) § 2 der Frankfurter Reichsverfassung stellt diesbezüglich fest:

„Hat ein deutsches Land mit einem nichtdeutschen Lande dasselbe Staatsoberhaupt, so soll das deutsche Land eine von dem nichtdeutschen Lande getrennte eigene Verfassung, Regierung und Verwaltung haben.“

Das bedeutete, dass es im Habsburgerreich keine einheitliche Verfassung hätte verabschiedet werden können, was jedoch eine nicht versteckte Absicht von Franz Joseph war.²³ Die Alternative von Frankfurt bedeutete für das Habsburgerreich, dass es sich entweder in zwei Teile gliedert oder ganz von der Deutschen Einheit ausbleibt.²⁴ Zwar gab es Vorschläge für die Lösung des Problems²⁵ – muss jedoch

²² Es wurde in der Frankfurter Nationalversammlung auch vorgeworfen, dass die Staatsform des Reiches Republik wird. Es wurde schließlich für die Monarchie (Kaisertum) entschieden, im Fall der Verfassungsmodifizierung wurde jedoch das Bestätigungsrecht des Kaisers beschränkt [Artikel 3. § 196. der Verfassung des Deutschen Reiches von 1849]. D.h., dass die Staatsform in der Zukunft auch ohne die Zustimmung des Kaisers hätte modifiziert werden können. Deswegen wurde die Reichsverfassung auch vom preußischen König abgelehnt, auch wenn er der präsumtive Kaiser war.

²³ HUBER Band 2. op. cit. 822.; 814–815.; Band 3. op. cit. 29–30.

²⁴ HUBER Band 2. op. cit. 798–800.

²⁵ Der meistbekannte Lösungsvorschlag war der Plan des „Siebzig-Millionen-Reiches“, laut dem sich das Habsburgerreich mit seinem ganzen Gebiet in Deutschland hätte integrieren können. Das Problem lag darin, dass das kein ganz einheitlicher Staat gewesen wäre. Das Habsburgerreich hätte mit dem

sofort hinzugefügt werden, dass diese nicht lebensfähig waren – waren die zitierten Regelungen, die in der endgültigen Version der Reichsverfassung verankert wurden, für die Habsburger²⁶ unakzeptabel.

Die historischen Rahmen des 19. Jahrhunderts waren vor der Kleindeutschen Einheit geöffnet, und der Prozess war auch hier klar. *Um die Einheit verwirklichen zu können, verfügte nur Preußen über einen entsprechenden Hintergrund*, woran es seit 1818 auch arbeitete, als es auf den norddeutschen Gebieten mit dem Ausbau der Zollunion mit einer wirtschaftlichen Integration begann. Seine geographische Lage ermöglichte den Zwang des Eintritts der kleineren Gliedstaaten.²⁷ So war das Hauptziel von Preußen in den 1860-er Jahren, dass die wirtschaftliche Integration mit einer politischen Vereinheitlichung ergänzt wird. Österreich verlor neben den multinationalen Einwohnern auch wegen der wirtschaftlichen Separation²⁸ die Möglichkeit, mit seiner Führung die Deutsche Einheit herzustellen. Sein Hauptziel war nur, den Deutschen Bund aufrechtzuerhalten und zu verhindern, dass es ein Norddeutscher Staat mit der Führung von Preußen zustande kommt.

Die Bundesakte des Deutschen Bundes verbot den Austritt aus dem Bund,²⁹ die Absicht von Preußen im Jahre 1866 war jedoch genau das. Es versuchte zwar, den Schein mit einem interessanten Argument zu vermeiden,³⁰ konnte jedoch die anderen Bundesstaaten nicht überzeugen. Aus diesem Grund wurde es eine Bundesexekution gegen sie verordnet, deren Ziel es war, die verfassungsmäßige Ordnung des Deutschen Bundes wiederherzustellen.³¹ Preußen wehrte sich jedoch gegen die Bundesexekution mit der eigenen Armee, und daraus resultierte die Schlacht bei Königgrätz. Die Folgen sind allgemeinbekannt, da Preußen gewann, sollte Österreich die Entstehung des Norddeutschen Bundes anerkennen.³²

Bundesstaat ohne die österreichischen Gebiete in einer Personalunion gebildet. [HUBER op. cit. 797–798.] Das hätte der Habsburger Dynastie die Möglichkeit gegeben, eine einheitliche Verfassung zu verabschieden, die für ihr ganzes Reich gültig ist, wäre jedoch Österreich von der Deutschen Einheit ausgeblieben. Eine Personalunion hätte keine stärkere Beziehung bedeutet, die als Gliedstaat des Deutschen Bundes bereits vorhanden war.

²⁶ Ich schreibe hier Habsburger und nicht Österreich mit Absicht. Es präsentiert die volksvertretende Art der Frankfurter Nationalversammlung, dass nur 41 Abgeordneten aus 115, die vom Gebiet Österreichs gewählt wurden, für die Einheit des Habsburger Reiches gestimmt haben. [HUBER Band 2. op. cit. 798–799.] Ich verstehe darunter, dass sie mit „Nein“ auf § 2. des Haupttextes der von mir zitierten Reichsverfassung gestimmt haben. Die hier mit „Ja“ gestimmt haben, waren dafür, dass die deutschen Gebiete des Habsburgerreiches, bzw. die nicht-deutschen Gebiete zwei unterschiedliche Verfassungen haben.

²⁷ HUBER Band 1. op. cit. 215.

²⁸ Ebd. Band 2. op. cit. 282–303.

²⁹ Ebd. Band 1. op. cit. 588.

³⁰ Preußen trat formell aus dem Deutschen Bund nicht hinaus, sondern machte die frühere Eintrittserklärung ungültig. [HUBER Band 3. op. cit. 542.]

³¹ SZABÓ op. cit. 67.

³² MEYER-ANSCHÜTZ op. cit. 189.; Reinhold ZIPPELIUS: *Kleine Deutsche Verfassungsgeschichte*. München, Beck, 1999, 99.; Dietmar WILLOWEIT: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München, Beck, 2001, 278.

Die deutsche Einheit hatte also keine reale Chance für eine die ganze Nation einschließende territoriale Ausdehnung. Das größte Problem war die ethnisch heterogene Zusammensetzung des Habsburger Reiches, was in einen Nationalstaat nicht integrierbar war. Die Habsburger hielten die Aufteilung des eigenen Reiches unakzeptabel. Das war das allgemeinrechtliche Problem, was man bei der territorialen Ausdehnung des einheitlichen Deutschlands vor Augen halten soll. Der Kompromiss ist das Folgende: *Falls die Verfassung bis auf Österreich in allen deutschen Gebieten gültig ist, kann die territoriale Bedingung auch als erfüllt betrachtet werden.*

5. Die Staatsorganisation infolge der Reichsverfassung von 1871

Die Reichsverfassung, die laut der allgemeinen Geschichtsschreibung als die Verwirklichung der Deutschen Einheit betrachtet wird, entstand also im Jahre 1867, deren Gültigkeit 1871 auf die möglichst breiteste geographische Lage ausgedehnt wurde. Die Erfüllung der geografischen Bedingung wurde im letztem Punkt bereits erwähnt, jetzt soll ein Überblick über die Art der Staatsorganisation gegeben werden. Darüber also, was für Veränderungen die Bundesverfassung von 1867 im Vergleich zum Deutschen Bund verursachte, ob es eine reale Verschiebung von dem Staatenbund in die Richtung des Bundesstaates war.

Das Organ des Deutschen Bundes, welches aus den Boten der Gliedstaaten bestand (Bundesversammlung) wurde von der neuen deutschen Bundesverfassung von 1867 in unveränderter Form übernommen.³³ Das bedeutete, dass die Frankfurter Vorstellung aufgegeben und *das gebundene Mandat bei der Bundesversammlung (bei dem Bundesrat) aufrechterhalten wurde*, die Mitglieder haben ihre Stimme weiterhin aufgrund der Hinweise der Regierung (des Herrschers) der Gliedstaaten abzugeben. Das Frankfurter Muster wurde jedoch in der Hinsicht angenommen, dass es neben diese Kammer auch eine volksvertretende Kammer (Reichstag) organisiert wurde, wo die Abgeordneten sinngemäß *über freie Mandate* verfügten.³⁴ Das ermöglichte die Gestaltung eines selbständigen zentralen Willens unabhängig von den Gliedstaaten. Die Benennung „Bund vs. Reich“ schließt sich in den Begriffspaaren Bundesrat – Reichstag an den in der Einleitung bereits erwähnten Gedankenkreis von Zerrissenheit – Einheit (Staatenbund – Bundesstaat).

Für die Modifizierung der Reichsverfassung (für die Umgestaltung der Bundesorganisation) war der Konsens zwischen dem Reichstag und dem Bundesrat nötig, im letzteren wurde jedoch die Forderung der Einstimmigkeit abgeschafft.³⁵ So konnte die Bundesorganisation auch im Gegensatz zu einzelnen Gliedstaaten umgestaltet werden, was in die Richtung eines selbständigen souveränen Reiches, welches sich von den Gliedstaaten scheidet, also *in die Richtung eines Bundesstaates zeigt.*

³³ HUBER Band 3 op. cit. 657–658.; 848–860.; STERN op. cit. 301–302.

³⁴ HUBER Band 3. op. cit. 661–662.; 863–866.; STERN op. cit. 305.

³⁵ Absatz (1) Artikel 78. der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871.

Die Bundesverfassung von 1867 schuf auch *eine zentrale vollziehende Gewalt*. Zwar sich die Benennung als „Präsidium des Bundes“ noch auf das Gremiumsorgan des Staatenbunds bezog, übte die Rechte in der Wirklichkeit der preußische König in einer Person aus.³⁶ Der Name dieses Amtes änderte sich später 1871 zum Kaiser.³⁷ Es entstand neben dem Kaiser natürlich auch ein Reichsverwaltungsorgan, aber dieses war eigenartig mit der preußischen Verwaltung verbunden, so wird es im Kapitel über die preußische Dominanz ausführlicher untersucht. *Der Einfluss der Gliedstaaten wurde jedoch damit verstärkt*, dass sie über eine generelle Ordnungsgestaltungsbefugnis³⁸ verfügten, d.h. dass auch die Reichsgesetze von den Gliedstaaten durchgeführt wurden. Es gab zwar eine Reichsgesetzgebung, sie wurde jedoch nicht vom Kaiser, sondern vom Bundesrat ausgeübt. Das wird später ausführlicher untersucht.

Die Reichsverfassung von 1871 schuf kein Reichsgerichtsorgan. Der Handelsgericht von Leipzig wurde im Jahre 1879 – unter dem Namen Reichsgericht – zum obersten Reichsgericht mit allgemeinen Befugnissen gemacht. Sein Wesen war in der Reichsverfassung nicht verankert, seine Errichtung wurde von einem einfachen Reichsgesetz veranlasst.³⁹ Dieses Problem, also verabschiedete Gesetze ohne Zuständigkeit, wird bezüglich der Grundrechte gleich noch thematisiert.

Bei den *außenpolitischen Hoheitsrechten* entstand im Vergleich zum Deutschen Bund eine deutliche Veränderung. Zur Aufrechterhaltung von diplomatischen Beziehungen wurde ausschließlich des Reiches berechtigt, und die Gliedstaaten durften völkerrechtliche Verträge nur mit der Zustimmung des Reiches schließen.

Im Bereich des Militärs blieben die Kontingenten der Gliedstaaten aufrechterhalten, sie gerieten jedoch unter einem gemeinsamen Reichskommando. Die Kontingenten der Gliedstaaten bedeuteten jedoch, dass die Mobilisierung, Durchführung, Ausbildung der Armee, oder die Ernennung der Offiziere die Kompetenz der Herrscher der Gliedstaaten blieb, und innerhalb des Ministerorgans gehörten die Verteidigungsministerien auch zu den Gliedstaaten. Ein Reichswehrministerium wurde erst im Jahre 1919 errichtet.⁴⁰

Bei den *finanziellen Hoheitsrechten* blieb eine starke Dominanz der Gliedstaaten aufrechterhalten. Zur Steuererlassung waren die Gliedstaaten berechtigt, eine zentrale Steuer durfte nur erlassen werden, falls diese in der Reichsverfassung verankert wurde. Falls also das Reich irgendeine neue Steuer einleiten wollte, musste die Verteilung der Zuständigkeit zwischen dem Reich und den Gliedstaaten durch die Modifizierung der Reichsverfassung verändert werden. Falls die Einnahme durch die in der Reichsverfassung verankerten Steuern für die Organisation des Reiches nicht genug war, wurde das Reichsbudget mit der Einzahlung der Gliedstaaten

³⁶ HUBER Band 3. op. cit. 657.; 809.; STERN op. cit. 302.;

³⁷ HUBER Band 3. op. cit. 809.

³⁸ Ebd. Band 3. op. cit. 927–928.;

³⁹ STERN op. cit. 308.

⁴⁰ Verordnung, betreffend die Übertragung des Oberbefehls über die Wehrmacht des Deutschen Reichs auf den Reichswehrminister. Vom 20. August 1919. [RGBl 1475]

aufgrund bestimmter Quoten ergänzt. Das Budget eines Bundes (eines Reiches), welches durch die Einzahlung der Gliedstaaten finanziert wird, ist ein Merkmal für den Staatenbund. Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 brachte diesbezüglich eine deutliche Veränderung mit, die allgemeine Steuerbefugnis geriet in der Zuständigkeit des Reiches, und die Gliedstaaten durften ausschließlich mit seiner Zustimmung Steuer erlassen.⁴¹

Der spezielle Rechtsstand des Bundesrats war ein unikales Merkmal der Reichsverfassung von 1871, welcher bezüglich der Gesetzgebung bereits kurz erwähnt wurde. Dieser Bundesrat war nämlich nicht nur die zweite Kammer der Gesetzgebung, sondern bekam auch in der vollziehenden Gewalt und in der Justiz ernsthafte Kompetenzen. Die Gesetzgebung, die zur Zuständigkeit des Reiches gehörte, wurde nämlich nicht vom Kaiser, sondern vom Bundesrat ausgeübt, dieser hat auch die zur Vollziehung der Gesetze nötigen allgemeinen Verwaltungsvorschriften erlassen.⁴² Daneben traf der Bundesrat in öffentlich-rechtlichen Debatten zwischen den Gliedstaaten Entscheidungen.⁴³ Falls ein Gliedstaat die Pflichten aufgrund der Reichsverfassung nicht erfüllte, konnte dieses Gremium die bereits erwähnte Reichsexekution verordnen.⁴⁴ Nach 1919 wurde die Reichsverfassung die Kompetenz des Reichsoberhauptes und der Reichsregierung, für die Beurteilung der Debatten zwischen den Gliedstaaten wurde ein neuer zentraler Gericht errichtet (Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich),⁴⁵ die Verordnung der Reichsexekution geriet in den Wirkungsbereich des Staatsoberhauptes (Reichspräsidenten).⁴⁶ D.h. dass statt der Gemeinschaft der Gliedstaaten selbständige Reichsorgane in den erwähnten Fällen handeln konnten.

Die Reichsverfassung von 1871 machte also zahlreiche Schritte in die Richtung des Bundesstaates, sie ließ jedoch gleichzeitig ernsthafte Funktionen bei dem Bundesrat, welcher aufgrund der Hinweise der Herrscher der Gliedstaaten handelte, was eindeutig den Einfluss der Gliedstaaten verstärkte. Die Verteilung der Staatsoberhauptfunktionen zwischen dem Kaiser und dem Bundesrat *löste jedoch die Souveränitätsspannungen zwischen dem Kaiser und den Herrschern der Gliedstaaten*. Also genau das, was die Zerrissenheit des Reiches vor 1806 verursachte. Das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches war nicht nur der Kaiser, sondern die Gemeinschaft der Herrscher (Fürsten) der Gliedstaaten. In dem späteren deutschen Verfassungsrecht *bekam der Begriff „Bundesratssystem“ einen eigenen,*

⁴¹ SZABÓ, István: Az 1919-es Erzberger-féle adóreform. Gondolatok egy szövetségi állam pénzügyi rendszeréről. [Die Erzbergersche Steuerreform von 1919. Überlegungen zum Finanzsystem eines Bundesstaates.] In: HALÁSZ, Zsolt (szerk): *Magistra et Fautrix – Halustyik Anna emlékére*. Budapest, Pázmány Press, 2019. 375–389.

⁴² Punkt 2.Absatz (1) Artikel 7. der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871.

⁴³ Absatz (1) Artikel 76. der Verfassung der Deutschen Reiches von 1871; HUBER Band 3. op. cit. 1066–1067.

⁴⁴ Artikel 19. der Verfassung der Deutschen Reiches von 1871; HUBER Band 3. op. cit. 1034–1036.

⁴⁵ Absatz (1) Artikel 19. der Verfassung der Deutschen Reiches von 1871.

⁴⁶ Ebd. Absatz (1) Artikel 48.

besonderen Bedeutungsgehalt, welches noch die starke Äußerung des Föderalismus gegenüber der Zentralisierung bedeutete.⁴⁷

Nicht zuletzt hatte die Reichsverfassung von 1871 nur einen staatsorganisatorischen Teil, *die Regelung der Grundrechte ließ sie den Gliedstaaten zu*. Die Verlegung der Grundrechte in der vertikalen Gewalttrennung wurde nämlich als *eindeutige Frage der Zuständigkeiten behandelt*. Wie es bereits vorher erwähnt wurde, sicherten die Grundrechte in erster Linie die Rechtssicherheit gegenüber der Verwaltung, die Verwaltung blieb aber hauptsächlich in der Kompetenz der Gliedstaaten. Um die Möglichkeit des Eingriffs des Reiches ausschließen zu können, wurde der Schutz der Grundrechte den Verfassungen der Gliedstaaten überlassen.⁴⁸ Das ist auch das Kennzeichen für einen Staatenbund. Später wurden – ähnlich wie im Fall des Reichsgerichts ohne eine Verfassungsänderung – insgesamt dreizehn Grundrechte in Reichsgesetzen geregelt.⁴⁹ Die Verfassungsmäßigkeit dieser war bestreitbar, da es in Befugnissen der Gliedstaaten ohne eine Verfassungsänderung gehandelt wurde. Die Gesetze sind aber in Kraft getreten und fanden auch Anwendung, so geschah in wirklichem Rechtsleben eine stärkere Zentralisierung.

6. Die eigenartige Gewährleistung der Einheit: Die Dominanz von Preußen

In der Reichsverfassung von 1871 bedeutete die Dominanz von Preußen eine eigenartige Gewährleistung der Einheit, die aus zwei Teilen bestand. Einerseits wurde Preußen im Vergleich zu den anderen Gliedstaaten zu einem riesengroßen Gliedstaat, was bereits eine Dominanz gewesen wäre, falls die Gliedstaaten über einen gleichen Rechtsstand verfügt hätten. Die Reichsverfassung gewährleistete jedoch auch Sonderrechte für Preußen, was das zweite Element war, welches die Dominanz sicherte.

Da Österreich kein Mitglied des Norddeutschen Bundes wurde, wäre Preußen auch in dem Fall der größte Gliedstaat gewesen, falls es seine Gebiete nicht erweitert. Es vergrößerte jedoch sein Gebiet und die Einwohnerzahl mit einem eigenartigen Schritt. In den neuen Bundesstaat bekam nämlich nicht jeder norddeutscher Staat, der bis dahin selbstständig war, den Status eines Gliedstaates, Preußen eignete sich einen Teil an,⁵⁰ und bildete nur mit den übrig gebliebenen Staaten einen Bund. So verstärkte Preußen – welches sowieso über eine bedeutende Machtrolle verfügte – seine Positionen weiter, und beinhielt nicht weniger als das Zweidrittel der Einwohner des neuen Bundesstaates.

Daneben kamen die Bestimmungen, die Sonderrechte sicherten, die im Kreis der gesetzgebenden Gewalt passive, im Kreis der Exekutive aktive Rechte gewährleisteten.

⁴⁷ Gerhard ANSCHÜTZ: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. (Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis) (14. Auflage)* Berlin, Stilke, 1933. 335–336.

⁴⁸ STERN op. cit. 362.

⁴⁹ Ebd. op. cit. 363.

⁵⁰ Hannover, Kurhessen, Nassau, Frankfurt am Main und Schleswig-Holstein wurden keine Gliedstaaten, sondern zur Provinz von Preußen. [HUBER Band 3. op. cit. 585.]

Die Modifizierung der Reichsverfassung konnte nur mit der Zustimmung von Preußen geschehen. Die Gliedstaaten hatten im Reichsrat abhängig von ihrer Größe unterschiedliche Stimmzahlen, Preußen hatte 17 aus den insgesamt 58 Stimmen. Der Veränderungsentwurf der Reichsverfassung, welcher vom Reichsrat vorgeschlagen wurde, konnte angenommen werden, falls es weniger als 14 Gegenstimmen bekam.⁵¹ Es wurde geklärt, dass die Mitglieder des Reichsrats aufgrund der Hinweise der Herrscher der Gliedstaaten stimmten, so konnte der König von Preußen Hinweis auf 17 Gegenstimmen geben.

Auf dem Gebiet der Exekutive wurde die vollziehende Gewalt von Preußen und vom Reich in einer Hand zentralisiert, da das Amt des Reichspräsidenten vom preußischen König (von 1871 vom Kaiser) von Amts wegen ausgeübt wurde.⁵² Die preußischen Sonderrechte in der vollziehenden Gewalt entstanden jedoch weniger wegen dieser Vorschriften der Reichsverfassung, sondern vielmehr wegen einer Rechtslücke. Es wurde gezeigt, dass ein Großteil der Zuständigkeiten des Staatsoberhauptes vom Reichsrat ausgeübt wurde, so konnte die Personalunion des Königs von Preußen – des deutschen Kaisers nur einen beschränkten Einfluss auf die Reichsfragen haben. Die Reichsverfassung klärte jedoch *das Organ der zentralen Verwaltung nicht detailliert genug*, ganz konkret errichtete sie keine Bundes- (Reichs-) Verwaltung, die von den Gliedstaaten unabhängig gewesen wäre. Das war die Rechtslücke, durch die der preußische Einfluss verstärkt wurde. Aufgrund der ursprünglichen preußischen Vorstellung gab es in der Staatsorganisation des Norddeutschen Bundes kein ministerielles Organ auf der Bundesebene.⁵³ Der Bundeskanzler (Reichskanzler) wurde auch nicht für einen Minister, sondern für einen Gesandten vorgesehen, der im Reichsrat den Vorsitz führt.⁵⁴ Diese Vorstellung bedeutete natürlich nicht, dass es neben dem Kaiser kein Exekutivorgan gewesen wäre. Sie planten, dass *die Verwaltungsaufgaben des Bundes (des Reiches) von den preußischen Ministerien erledigt werden.*

Der Bundesstaat Sachsen – und nach dem Anschluss auch die süddeutschen Staaten – kämpften zwar ständig für den Ausbau einer von Preußen unabhängigen Reichsverwaltung,⁵⁵ aber der Kampf hatte nur beschränkte Ergebnisse. Die Zahl der Reichsämtler vermehrten sich zwar, es lag 1889 bei 8, bis Ende der Ära stieg sie auf 12.⁵⁶ Das Ergebnis war trotzdem nur beschränkt, weil die Ernennung der Leiter der Reichsverwaltung nicht zu dem Wirkungskreis des Reichsrats, sondern zu dem des Kaisers gehörte. Das ermöglichte, dass es an die Spitze der Ministerien (Ämter) von Preußen und des Reiches, die die gleichen Aufgabengebiete hatten, die

⁵¹ Artikel 78 der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871.; Richard THOMA: Das Staatsrecht des Reiches. In: Gerhard ANCHÜTZ – Richard THOMA: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts (1. Band)*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1930. 74.; HUBER Band 3. op. cit. 800.

⁵² Artikel 78 der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871; STERN op. cit. 369.

⁵³ HUBER Band 3. op. cit. 835–836.

⁵⁴ Ebd. op. cit. 854–855.

⁵⁵ Hans GOLDSCHMIDT: *Das Reich und Preußen im Kampf um die Führung*. Berlin, Heymanns, 1931. 167–168.; HUBER Band 3. op. cit. 834.

⁵⁶ HUBER Band 3. op. cit. 834.

gleiche Person ernannt wurde. So entstand neben dem Staatsoberhaupt auch in der Verwaltung zwischen Preußen und dem Reich eine eigenartige Personalunion.⁵⁷

Zurückkehrend zum Grundproblem, falls die zentrale Verwaltung von der Verwaltung der Gliedstaaten – entsprechend den Prinzipien der Verfassung – konsequent getrennt wären, sollte die Rolle, der in dem letzten Punkt erwähnten, Merkmale des Staatenbundes bzw. des Bundesstaats mit einem deutlicheren Gewicht untersucht werden. Die große Autonomie der Gliedstaaten könnte nämlich die Möglichkeit geben, das Handeln der Gewalt des Bundes (des Reiches) zu erschweren. Falls aber der größte Gliedstaat bestimmte zentrale Rechte ausübt, *kann er selbst mit der zentralen Gewalt in keinen Konflikt geraten*. Falls die anderen Bundesstaaten in eine solche Konfliktsituation geraten würden, so streiten sie nicht nur mit der Reichsgewalt, *sondern auch mit dem größten Bundesstaat*. Dieses System bedeutete eine starke Bindekraft sowohl im Norddeutschen Bund als auch später im Deutschen Reich bis 1918.

Es ist eine ironische Wende des Schicksals, dass die Personalunion zwischen dem Reich und Preußen nach der Ausrufung der Republik notwendigerweise aufgelöst wurde. Dieser robuste Gliedstaat war – in dieser geänderter Konstruktion – eine große Last für die Weimarer Republik.

7. Zusammenfassung

In der Einleitung wurde die Entstehung der deutschen Einheit mit einer *staatsorganisatorischen und einer territorialen (geographischen) Bedingung* verbunden. Sie entsteht, falls eine Verfassung auf dem ganzen deutschen geographischen Gebiet zustande kommt, die die Merkmale der Staatlichkeit zeigt. Sie bedeutete die Umgestaltung des Staatenbundes zu einem Bundesstaat. Bei der geographischen Bedingung wurde ein Zugeständnis gemacht, weil es akzeptiert wurde, dass die aus öffentlich-rechtlichen Gründen nicht integrierbaren Gebiete draußen bleiben.

Die Erfüllung der territorialen (geographischen) Bedingung ist leicht zusammenzufassen. Die deutschen Gebiete, die zum Habsburgerreich gehörten, hätten nur in dem Fall Teil von einheitlichen Deutschland sein können, falls das Reich in zwei Teile gegliedert worden wäre. Das war für die Habsburger unakzeptabel, mit einer einheitlichen Verfassung waren sie auch nicht integrierbar. Da sich die Gültigkeit der Reichsverfassung von 1871 auf alle deutschen Gebiete ausdehnte, wurde somit *die territoriale (geographische) Bedingung mit Kompromiss erfüllt*. Die Hindernis der völligen territorialen Integration ergab sich aus der monarchischen Staatsorganisation, da es keine selbständige Kohäsionskraft zwischen den verschiedenen Nationen auf dem Gebiet des Habsburgerreichs gab, für sie wäre die Aufteilung des Reiches eher ein Vorteil als ein Nachteil gewesen. Das verletzte die Interesse der Dynastie.

Die Erfüllung *der staatsorganisatorischen Bedingungen* ist komplizierter, und die *Hindernisse wegen der monarchischen Staatsorganisation* erschienen bezüglich

⁵⁷ GOLDSCHMIDT op. cit. 50–68.; HUBER Band 3. op. cit. 825–827.

der Souveränität des Herrschers auch hier. Die Verstärkung der Zuständigkeiten des Reiches brachte die Beschränkung der Hoheitsrechte der Herrscher der Gliedstaaten mit sich, da die Zuständigkeiten, die das Reichsstaatsoberhaupt bekam, von ihnen weggenommen werden mussten. Das Problem, welches im Fall des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation bereits bekannt war, erschien wieder: Falls die Fürsten reale Herrscher bleiben wollen, wird die Position des Reichsstaatsoberaupts gewichtlos. Das steht jedoch zum Staatenbund und nicht dem gewünschten Bundesstaat näher. Das *Bundesratssystem*, welches zur Lösung des Problems errichtet wurde, war ein eigenartiger Kompromiss. Formal wurde die zentrale vollziehende Gewalt verstärkt, den Großteil dieser Rechte übte jedoch nicht das selbständige Staatsoberhaupt (der Kaiser) aus, sondern durch den Reichsrat die Gemeinschaft der Herrscher der Gliedstaaten. Im Gegensatz zur Frankfurter Reichsverfassung entstand somit inhaltlich keine von Gliedstaaten unabhängige vollziehende Gewalt, *es wurde jedoch das Hindernis, die wegen der vertikalen Gewaltverteilung zwischen den Herrschern verursacht wurde, aufgelöst*. Das bedeutete jedoch auch, dass es in der neuen Reichsverfassung ein ziemlich starkes Merkmal des Staatenbundes aufrechterhalten wurde. Man darf auch nicht vergessen, dass das Bundesratssystem auch die Aufrechterhaltung des gebundenen Mandats in der Kammer der Gliedstaaten verlangte, obwohl es in Frankfurt auch bei diesem Gremium die freien Mandate vorgeschlagen wurde. Diese Lösung der Reichsverfassung von 1871 war also eine Lösung, *die in die Richtung des Staatenbundes zeigte*, sie löste gleichzeitig die Spannung auf, die ein Grund für das Scheitern der Frankfurter Reichsverfassung war.

Dass *die Regelungen der Grundrechte und die Justiz* im Wirkungskreis der Gliedstaaten blieben, bedeutet auch die Verstärkung der Merkmale eines *Staatenbundes*. Auch hier gab es einen Unterschied im Vergleich zur Richtung, die von der Frankfurter Nationalversammlung gezeigt wurde, da es dort eine Reichsverfassung verabschiedet wurde, die im ganzen Reich gültig war, und die Reichsverfassung rechnete auch mit der Errichtung eines Staatsgerichtshofes. Die Zentralisierung, die dem Bundesstaat entspricht, wurde aus der Trias von Außenpolitik, Verteidigungspolitik und Steuerhoheitsrechte nur von der ersten verwirklicht. Im Jahre 1815 gab es zwar in den anderen zwei Fällen auch eine Verschiebung, aber sie waren nur partiell, es blieben auch Elemente eines Staatenbunds darin.

Nach der Auflistung der Elemente, die gegen die staatsorganisatorischen Bedingungen der Einheits sind, darf man auch nicht vergessen, dass die Reichsverfassung von 1871 über die Zentralisierung der Außenpolitik auch *zahlreiche Merkmale hatte, die in die Richtung des Bundesstaates (der Einheit) zeigen*. Als wichtigste Element in der Abgrenzung von Staatenbund wurde die Art der Bestimmung der Staatseinrichtung (die Kompetenz der Kompetenzen) bezeichnet. Die Modifizierung der Verfassung des Bundes (des Reiches) war *zu keiner einheitlichen Zustimmung der Kammer der Gliedstaaten (des Reichsrats) gebunden*, d.h. dass es eine von den Gliedstaaten unabhängige Reichsgewalt gab.

Neben dem einzigen Organ der Staatsgewalt des Deutschen Bundes, also neben dem Reichsrat, welcher aus Boten der Gliedstaaten bestand, errichtete die Reichsverfassung von 1871 auch *eine volksvertretende Kammer*, die unbedingt in die Richtung eines Bundesstaates zeigte. Zwar in der vollziehenden Gewalt der Reichsrat

eine wichtigere Rolle spielte, war die Errichtung des Amtes eines selbstständigen Reichsstaatsoberhauptes (Kaisers) trotzdem eine Verschiebung im Vergleich zum Deutschen Bund. Die außenpolitischen Hoheitsrechte gehörten ganz zu ihm, er war der Hauptkommandant der Kontingenten der Gliedstaaten des Militärs, und ihm war das ganze Reichsverwaltungsorgan untergeordnet.

In Bezug auf die Reichsverwaltung darf man *die preußische Dominanz* nicht vergessen, die *eine informelle Form der Zentralisierung* war. Das kann mit dem allgemeinen Modell des Bundesstaates nicht verbunden werden, es war ein unikales Element der deutschen Einheit. Die Staatsgewalt von Preußen und die des Reiches verschmolzen in einigen Elementen, was zur Folge hatte, dass der preußische Standpunkt zum Standpunkt des Reiches transformiert wurde. Auf diesen Gebieten konnte das Reich seinen Willen sehr effektiv durchsetzen.

Ein anderes unikales Element der Verstärkung der deutschen Einheit war *der Zuständigkeitsentzug ohne die Modifizierung der Reichsverfassung*. Das Reich verabschiedete im Bereich der Grundrechte und des Gerichtsorgans Gesetze, ohne diese Zuständigkeiten in der Reichsverfassung verankert zu haben. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Gesetze war stark umstritten, aber in der Praxis haben sie Anwendung gefunden.

Schließlich muss die Frage beantwortet werden, ob die Reichsverfassung von 1871 die Deutsche Einheit erschuf oder nicht. Die Antwort lautet folgenderweise: *insofern die monarchischen Rahmen es zugelassen haben, ja*. Im Fall der staatsorganisatorischen Bedingung musste es wegen der Souveränität des Herrschers, im Fall der territorialen Bedingung, wegen der nicht Integrierbarkeit der deutschen Gebiete des Habsburgerreiches ein Kompromiss geschlossen werden. *Die zwei unikalenelemente*, die in der staatsorganisatorischen Bedingung jedoch erscheinen (preußische Dominanz, Zuständigkeitsentzug ohne die Modifizierung der Reichsverfassung) bringen jedoch die Mängel zum großen Teil ins Gleichgewicht, was *die bejahende Antwort bedingungslos verstärkt*.

Die erwähnten Gedanken über die Weimarer Reichsverfassung zeigen jedoch, dass es nach der Auflösung der monarchischen Hindernisse fast alle dogmatischen Bedingungen der Einheit (des Bundesstaates) erfüllt wurden. Die zentrale vollziehende Gewalt geriet in die Hand des Reichspräsidenten und der Reichsregierung. Die Grundrechte wurden Teile der Reichsverfassung und auch die zentrale Justiz wurde in der Reichsverfassung verankert. Die von Bundesstaat erwünschte Zentralisierung wurde in Bezug auf die Außenpolitik, Verteidigungspolitik und Steuerhoheitsrechte verwirklicht. Mit der Aufteilung des Habsburgerreiches in Nationalstaaten wurde auch die innere Hindernis vor der territorialen Bedingung beseitigt. Der Anschluss an Deutschland war ein ausgesprochener Wunsch von Österreich, welches auf deutschen Gebieten neu entstand, der Begriff von Anschluss war auch nach dem Ersten Weltkrieg ein allgemeinbekannter Begriff. Es ist eine andere Frage, dass die Siegermächte es verboten haben, so konnte die völlige deutsche Einheit wegen äußerer Hindernisse nicht verwirklicht werden.

PRIVATRECHTSKODIFIKATION, RECHTSEINHEIT UND STAATLICHE EINHEIT – EINE VORAUSSETZUNG, EIN MITTEL ODER DIE FOLGE?

Judit BALOGH^{1*}

Universitätsdozentin (Universität Debrecen)

Abstract

The article examines the relationship between the creation of the German state and the codification of German private law and attempts to answer the question of the relationship between the creation of a private law code and the unification of law, as well as between the creation of legal unity and the establishment of state unity. By looking at the various conceptions of the essence of the private law code, it concludes that the primary role of codification is to replace customary law with state law, i.e. statuted law, which creates legal unity. In this way, it is able to eliminate the legal particularism which was still very much in evidence in German territories at the end of the 19th century. However, this is not necessarily a prerequisite for state unity, but rather a means to it. In the case of other states, the need for unity of law (and the unification of law itself) may be a consequence of state unity, but

Abstrakt

Der Beitrag untersucht den Zusammenhang zwischen der Schaffung des deutschen Nationalstaates und der Kodifikation des deutschen Privatrechts und versucht, die Frage einerseits nach dem Verhältnis zwischen der Schaffung einer privatrechtlichen Kodex und der Rechtseinheit, sowie zwischen der Schaffung der Rechtseinheit und der Herstellung der Staatseinheit zu beantworten. Nach der Analyse der wesentlichen Inhalte der Kodexes wird festgestellt dass die Aufgabe einer Privatrechtskodifikation besteht darin, das Gewohnheitsrecht durch staatliches Recht, dh. geschaffenes Recht, zu ersetzen. So kann im Staat die Rechteinheit geschaffen werden. Die Aufgabe eines bürgerlichen Gesetzbuches war (und ist) in den meisten Ländern die Schaffung der privatrechtlichen Rechtseinheit. Es ist – meines Erachtens – nicht eine

¹ * ORCID: 0000-0002-7252-7982

since German private law codification took place in parallel with the creation of state unity, this assessment is not relevant to the overall functioning of the German state and the development of private law. On the other hand, if a well-drafted, high quality code (such as the BGB in the German national state) can be created, it can become an effective guardian of legal certainty. So it can be an effective instrument to prevent private law (and thus legal unity) from being at the mercy of the current and ever-changing political twists and turns and the unpredictable legislative activity of the legislative power.

notwendige Voraussetzung einer staatlichen Vereinheitlichung. Es kann zwar auch als eine Folge der Herstellung der staatlichen Einheit vorkommen, ist aber meistens ein wichtiges Mittel dazu. Die Kodifikation wirkt systembildend und sorgt für Rechtssicherheit. Ein gut ausgearbeiteter, qualitativ hochwertiger Kodex ist ein effektiver Hüter der Rechtssicherheit. Dadurch wird vermieden, dass das Privatrecht (und die Rechtseinheit) den aktuellen und sich ständig ändernden politischen Wenden und der unvorhersehbaren gesetzgeberischen Aktivität der legislativen Macht ausgeliefert ist.

Keywords: Private law, Codification, Legal unity, Waves of private law codifications, Goals of private law codification, 19th century, German Empire 1871

Schlagworte: Privatrecht, Kodifikation, Rechtseinheit, Wellen der Privatrechtskodifikation, Ziele der Privatrechtskodifikation, 19. Jahrhundert, Deutsches Reich 1871.

1. Frühe Auffassungen und Methode zur Systematisierung der Rechtsnormen

Die Bedeutung des Wortes ‘Kodifikation’ hat sich von seinen Ursprüngen in der Antike (wo es im Wesentlichen nur darum ging, das Recht, d. h. das Gewohnheitsrecht, *zusammenzusammeln*) bis zum Mittelalter allmählich gewandelt.² Alle Kodifikationsversuche gingen von dem bereits bestehenden Gewohnheitsrecht aus, knüpften daran an und lösten sich nicht von dem. Ursprünglich handelte es sich also um eine ‘quantitative’ Änderung: die ‘Rechtssetzung’ extrahierte und konsolidierte den Inhalt des bestehenden Gewohnheitsrechts. Erst im Spätmittelalter bekam diese Tätigkeit eine neue Bedeutung: seitdem es eher die *Ablösung* des Gewohnheitsrechts durch das vom Herrscher festgelegte Gesetzesrecht bedeutete. Wenn der Herrscher die Absicht hatte, die Regeln zu ändern, so geschah dies unter dem Deckmantel der

² Judit BALOGH: A kodifikáció fogalmi megközelítései az európai jogtudományban. [Versuche der wissenschaftlichen Definition der Kodifikation] In: Judit BALOGH et al (ed.): *65. Studia in honorem István Stipta*. Budapest, Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 2017. 25–42.; Judit BALOGH: Debates in Articles. Position in the Legal Literature on the Possibilities of Private Law Codification (1866–1900). *Journal on European History of Law*, 11, 2020. 126–137.; Emőd VERESS: *Fejezetek a magyar magánjogi kodifikáció történetéből – Európai kitekintéssel*. [Über die Geschichte der ungarischen Privatrechtskodifikation - mit einer europäischen Perspektive] Cluj-Napoca, Sapientia – Forum Iuris, 2022.

alten Regeln und unter dem Vorwand, ‘schlechte’ Bräuche, ‘schlechte’ Gewohnheiten zu beseitigen. Es bedeutete also eine ‘Erhaltung durch Abschaffung’.³

Die ersten Spuren einer Kodifikation im modernen Sinne des Wortes traten erst am Ende des Mittelalters, zu Beginn der Neuzeit, auf. In den Bestrebungen der Humanisten, vor allem in (Nord-)Frankreich, taucht das Ziel, das römische Recht durch ein neues nationales Recht zu *ersetzen*, erstmals mehr oder weniger radikal auf. *Die Entstehung der Nationalstaaten* war der starke Impuls, der diese Entwicklung ausgelöst hat. Die Herrscher, die sich von den vorherrschenden Lehren des Naturrechts und damit der Vernunft leiten ließen, sahen in der Schaffung einheitlicher nationaler Gesetzbücher ein Mittel zur Sicherung ihrer Alleinherrschaft und ordneten deren Schaffung in mehreren europäischen Staaten an. Da der wichtigste Aspekt des staatlichen Lebens die Regelung der privaten Beziehungen und der Strafjustiz war, enthielten die Gesetzbücher auch hauptsächlich das materielle Zivil- und Strafrecht,⁴ allerdings nicht allein, sondern in Kombination mit anderen Vorschriften, einschließlich der des öffentlichen Rechts.

Die Kodifikation in ihrem heutigen Sinne trat erst in der Neuzeit auf. In einer geistigen Epoche, in der (auf einer höheren Stufe der sozialen und wirtschaftlichen Entwicklung) das Bedürfnis nach *Rechtssicherheit* erschienen wurde. Die Rechtssicherheit war das Ziel der Aufklärung im 18. Jahrhundert, die revolutionäre Herausforderungen sowohl in der technischen als auch in der intellektuellen Kulturschuf und erreichte. In den Sozialwissenschaften – und damit auch im Recht – gab es neue Entwicklungen, wie etwa die Theorie von Montesquieu über die Gewaltenteilung oder die Gedanken von Rousseau über die Souveränität. Diese Erscheinungen stellten auch neue Herausforderungen für die Rechtswissenschaft dar.

Im Gegensatz zu dem mittelalterlichen Denken, das sich weitgehend mit der ‘etwas systematisierten’, hier und da ‘reformierten’ Bewahrung und Erhaltung der Traditionen und des bestehenden Gewohnheitsrechts begnügte, war der Gedanke der Kodifikation revolutionär: ‘Folgen wir nicht dem Beispiel der Ordonnance von 1629, die alles Bisherige bestätigt, es sei denn, dass sie durch eine andere gegenteilige Bestimmung aufgehoben oder durch eine gegenteilige Gewohnheit annulliert worden ist; sondern ganz im Gegenteil: Schaffen wir den vollständigen und vollkommenen Corpus jeder Bestimmung und *heben alles Bisherige auf*’.⁵ Dies

³ Csaba VARGA: *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség*. [Die Kodifikation als sozio-historisches Phänomen] Budapest, Akadémiai, 2002. (insbes. 33–36, 59–64.). Über die moderne Auffassung und Rolle des Begriffs: Csaba VARGA: *Jogváltozás*. [Rechtsänderung] Budapest, Akadémiai, 2022. <https://doi.org/10.1556/9789634548300>

⁴ Über die strafrechtlichen Beziehungen Elemér BALOGH: A tradíció szerepe a magyar és az európai büntetőjogi kodifikáció történetében. [Die Rolle der Tradition in der Geschichte der ungarischen und europäischen Strafrechtskodifikation] In: Attila MENYHÁRD (ed.): *350 éves az Eötvös Loránd tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara*. [350 Jahre Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Eötvös Loránd] Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2018. Vol. 1., 977–988.

⁵ Auszug aus die ‘Mémoire’ von Pussort (1655) in Jean-Baptiste COLBERT: *Lettres, instructions et mémoires VI* (Paris, 1861–1882), 21–22. weiter Jacques VANDERLINDEN: *Le concept de code en Europe occidentale de XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*. Bruxelles, Editions de l’Institut de Sociologie de l’Université Libre de Bruxelles, 1967. 360., und VARGA (2002) op. cit. 76.

bedeutete *eine qualitative Veränderung*: Die Aufhebung des alten Rechts und die Einführung neuer Regeln durch den (absoluten) Herrscher. Dies war die spezifische, konkrete Wahrnehmung der Kodifikation, die Thibaut später in der deutschen Rechtswissenschaft vertrat. Es diente als Grundlage zur französischen Auffassung, nach deren die Kodifizierungswerke des 18. Jahrhunderts als ein ‘wunderbares Vorspiel zu einer allgemeinen Kodifikation’⁶ erschienen.

Die deutschen Kodifikationsbemühungen der Aufklärung und des Naturrechts an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert wurden nach den Napoleonischen Kriegen, mit der Restauration und der Gründung des Deutschen Bundes in den Hintergrund gedrängt. Sie wurden von einer anderen, ebenso wichtigen politischen Frage verdrängt: Der Einheit und Freiheit des deutschen Volkes. Das verfassungsrechtliche Problem beinhaltete im Kern die Frage nach der Möglichkeit, der Zweckmäßigkeit und sogar der Notwendigkeit eines einheitlichen nationalen Rechts für alle deutschen Staaten und damit eines Privatrechtskodex. Am Ende der napoleonischen Kriege forderte der Heidelberger Naturrechtler Professor Anton Friedrich Justus Thibaut,⁷ angesichts des riesigen und immer zuwachsenden deutschen Rechtsbestandes, die Vereinheitlichung des Rechts, vor allem des Zivilrechts, und die Herausgabe eines neuen Gesetzbuches nach dem Vorbild des ALR oder des ABGB oder aber (und vor allem) des Code civil. Diese Bestrebung sollte seines Erachtens nicht unbedingt zu einem völlig neuen, selbständig hergestellten Werk führen, es könnte möglicherweise im Wege einer Rezeption entstehen.⁸

Er vertrat die Auffassung, dass die Rechtsnormen systematisiert und radikal neugestaltet werden müssten, damit der Kodex dazu beitragen könne, die ‘von den Dynastien zerrissene Nation’ zu vereinigen und das Recht ‘von einer toten gelehrten Tradition in das lebendige politische Eigentum der Nation’ zu verwandeln.⁹ Sein Vorschlag – der weder die Methode noch die Aspekte der Kodifikation spezifizierte, sondern lediglich die inhaltliche Ablösung des alten Gesetzes durch ein neues Gesetz vorschlug und betonte – löste eine große Fachdebatte¹⁰ aus, stieß aber nur auf

⁶ Nach der Arbeit von M.P.A.F. MALAPERT (*Remarques historiques sur la codification*, Paris, Cotillon, 1861) zitiert bei VARGA (2002) op. cit. 77.

⁷ Anton Friedrich Justus THIBAUT: *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*. Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814.

⁸ Dieser Gedanke widersprachen die späteren Vertreter der Historischen Rechtsschule, der Begriffsjurisprudenz und der Interessenjurisprudenz.

⁹ Franz WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (im Folgenden: PRG op. cit.). Göttingen, Vanderhoeck & Ruprecht, 2nd edition, 1967. 390–391.

¹⁰ Aus der riesigen Literatur über die Kodifikationsstreit zwischen Savigny und Thibaut seien hier zwei charakteristischen Autoren hervorgehoben: Hans WROBEL: *Rechtsgeschichte, Wirtschaftsgeschichte, Sozialgeschichte: die Thibaut-Savigny-Kontorverse. Kritische Justiz* 6, 1973. und Hans WROBEL: *Die Kontroverse Thibaut-Savigny im Jahre 1814 und ihre Deutung in der Gegenwart*. Diss. Bremen, 1975. passim, An Gegenmeinung: Hans KIEFNER: *Thibaut und Savigny. Bemerkungen zum Kodifikationsstreit* in: Arno BUSCHMANN, et al. (ed.): *Festschrift Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag*. Bielefeld, 1983. 53–85. Auch Csaba VARGA: *Codification on the Treshold of the Third Millennium. Acta Juridica Hungarica* 47, 2006. 89–117. DOI: 10.1556/AJur.47.2006.2.1. <https://doi.org/10.1556/ajur.47.2006.2.1>

wenige Befürworter, eher nur auf Gegner. Das sowohl territorial als auch politisch zersplitterte Land war noch nicht reif für die Kodifikation des Zivilrechts¹¹ und Thibaut war wahrscheinlich zu schnell dabei, solche radikale Änderung zu fordern. Es hatte deren Erfolg illusorisch gemacht.

Thibauts Niederlage wurde durch die Tatsache begünstigt, dass neben dem Naturrecht bereits eine andere große Schule der deutschen Rechtswissenschaft, die Historische Rechtsschule, entstanden war, die zu beweisen suchte, dass der Urzustand, auf den sich die Befürworter der Naturrechtslehre beriefen, nie existiert hatte. Ihres Erachtens nach befindet sich das Recht in einem Zustand ständiger Evolution und kann entsprechend den Bedürfnissen der Zeit immer weiterentwickeln. Es gibt also keine für alle Zeiten und alle Völker geltenden Rechtsnormen, so es gibt auch keine absoluten Gesetze.

Gegenüber dem Pragmatismus des Naturrechts, der Maxime der erneuerten Konzeption über das 'inhaltsvolle Gesetzbuch', traten der Berliner Professor Savigny¹² und seine Schule mit den Schlüsselbegriffen 'Geschichtlichkeit'¹³ und 'Volksg Geist'¹⁴ hervor. Diese Schule wurde zu einem bestimmenden Element des deutschen Denkens insgesamt und auch des später zu erarbeitenden Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die von Savigny geleitete Schule war konservativ: Sie prangerte die Französische Revolution und die Aufklärung des 18. Jahrhunderts an, auf der die Revolution beruhte. Seine Kritik bestand darin, dass die unzähligen Rechtsquellen seiner Zeit durch die Schaffung eines einzigen Kodex nicht beseitigt und transparent gemacht werden konnten. Savigny lehnte also die Naturrechtskodexes, das ALR, den Code civil und den ABGB nicht nur deshalb ab, weil sie das von den Naturrechtlern aufgestellte Kodifikationsideal umzusetzen versuchten. Er kam zum Schluss dazu, dass *aus der Sicht seiner wissenschaftlichen Vorstellungen* keine Kodifikation erfolgreich sein konnte, weil das in einem Buch gegebene neue Recht nicht identifiziert, nicht zu seinen (seiner Ansicht nach notwendigerweise römisch-rechtlichen) Wurzeln zurückverfolgt werden konnte.¹⁵ Er beurteilte und verurteilte daher die Kodifikation als eine Nachwirkung des späten Naturrechts. Er forderte

¹¹ Wie es später erörtert wird, dies war genau der Grund, der von den Ablehnern der Schule, Savigny und den Anhängern der historischen Rechtsschule, angeführt wurde.

¹² Christian LÜCK: *Die Deutschen und das Recht (Zur politischen Idee der Germanistik 1806–1848)*. Paderborn, Brill-Fink, 2022. insbes. 335–353. Sergio DELLAVALLE: Backward-oriented Innovators: The German Historical School of Jurisprudence within the Context of the Paradigms of Order. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper*, 2022. 2022–20., Kenichi MORIYA: Die Historische Rechtsschule. *RW Rechtswissenschaft*, 2021. 474–486. usw.

¹³ Aus privatrechtlicher Sicht WIEACKER: *PRG* op. cit. 353–355.; aus rechtheoretischer Sicht Kálmán KULCSÁR: A történeti szemlélet a XX. század jogtudományában. *Állam és Jogtudomány* V, 1962. 321–325.

¹⁴ WIEACKER: *PRG* op. cit. 357–358.

¹⁵ Pio CARONI: Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des „Berufes.“ *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZRG) Germ. Abt.* LXXXVI, 1969. 172–176., Pio CARONI: Kodifikation. In: Adalbert ERLER, Ekkehard KAUFMANN (ed.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. II*. Berlin, Erich Schmidt, 1978. 911.

zwar keine förmliche Aufhebung des ALR, schlug aber dessen Überarbeitung vor, was faktisch 'die praktische Vernichtung der neuen Kodifikation' bedeutet hätte.¹⁶

Für ihn war das Recht ein inhärenter Teil der nationalen Kultur und damit der Nation als Ganzes, der seine Kraft nicht durch einen Gesetzgebungsakt, sondern durch die *historische Rechtsbildung* erlangt. Nach Savignys frühen Auffassung¹⁷ (die bereits in der ersten Auflage des 'Berufs'¹⁸ zum Ausdruck kam) kann die Kodifikation nichts Neues bieten: Nach der Historischen Rechtsschule kann sie nur insofern von Bedeutung sein, als sie eine bestimmte Stufe in der natürlichen Entwicklung des Rechts festlegt. Das Recht sei das Ergebnis einer langsamen, auf dem Gewohnheitsrecht basierenden Entwicklung, für die die Kodifikation nur ein Hindernis darstellen könne¹⁹ und daher abzulehnen sei.

Nach seinen Aussagen in 'Beruf' ist (bzw war²⁰) Savigny im allgemeinen als ein Gegner aller Kodifikationen bekannt. Neuere Forschungen tendieren jedoch dazu, dass statt dessen man sollte die diesbezüglichen Bemerkungen im 'Beruf' betonen, in denen Savigny eine privatrechtliche Kodifikation nicht ausschließt, sondern für möglich hält. Nach neueren Forschungen lehnte Savigny eine Kodifikation weder ab noch widersetzte er sich ihr. Sondern stellte lediglich fest, dass einige der Voraussetzungen für die Schaffung eines Kodex 'derzeit' nicht gegeben seien.²¹

Er und die Vertreter der historischen Rechtsschule waren der Ansicht, dass Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch nicht reif für die Kodifikation des Privatrechts war. Savigny sah das Haupthindernis für einen Kodex darin, '...daß nur in sehr wenigen Zeiten die Bedingungen für ein vortreffliches Gesetzbuch vorhanden sein werden.'²² Vor diesem Hintergrund hat seine zusammenfassende Feststellung, dass 'die gegenwärtige Zeit keinen Beruf hat, ein Gesetzbuch zu unternehmen'²³, wirklich eine gewisse Grundlage.

Savigny's Verurteilung über die Kodexes beruht auf seiner Definition über die Kodifikation. Seiner Ansicht nach stellt die Kodifikation – anders als das Konzept des Naturrechts oder des Vernunftrechts, wie es im Zusammenhang mit Thibaut beschrieben wurde – *kein inhaltlich völlig neues Recht* dar, sondern lediglich *ein Mittel*, um das bestehende Recht in eine logische Ordnung zu bringen. Die Kodifikation sei nach Savigny also nicht eine Frage des Inhalts, sondern *der Form*.

¹⁶ CARONI (1978) op. cit. 917.

¹⁷ Seine Meinung über die Möglichkeiten einer Kodifikation hat Savigny nach der ersten Auflage des „Berufs“ 1814 sowohl in den späteren Auflagen als auch in seinen anderen Werken modifiziert. Dazu: HORST HAMMEN: *Die Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlin, Duncker & Humblot, 1983.

¹⁸ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1840.

¹⁹ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY: *System des heutigen römischen Rechts Bd. I*. Berlin, Veit, 1840. 47.

²⁰ zB aus der früheren Literatur CARONI (1969) op. cit. 172–176., PIO CARONI: Savignys „Beruf“ und die heutige Krise der Kodifikation. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XXXIX, 1971. 3., 456.

²¹ HAMMEN (1983) op. cit. passim, insbes. 59–61.

²² SAVIGNY (1840) op. cit. 105.

²³ SAVIGNY (1840) op. cit. 161.

Die Kodifikation kann das Recht *förmlich* erneuern und eine neue Kategorie von Rechtsquellen schaffen.²⁴ Savigny sah das Privatgesetzbuch als oberstes Element in einem komplexen, hierarchischen System der Rechtsquellen: Er betrachtete es nicht als 'taxative' Zusammenfassung der Gesamtheit des Rechts, sondern als ein Grundelement der Rechtsordnung, das sich durch die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ständig weiterentwickelt. Wenn sich also das im Volksgeist verwurzelte Gewohnheitsrecht organisch und mit vorsichtigen Kompromissen entwickelt, wie es Savigny für optimal hielt, bedarf es keinen solchen 'gescheiterten Kodex' wie des preußischen Landrechts.

Nach Savignys Auffassung war das ALR ein gescheitertes Gesetzbuch, dessen Unzulänglichkeiten deutlich machten, dass eine Kodifikation die entsprechende Reife eines Rechtssystems voraussetzt. Zu diesen Mängeln gehörten in dem deutschen Rechtsgebiet seiner Zeit u. a. die mangelnde Ausarbeitung des Begriffssystems (es gab z. B. kein (allgemeines) Begriff für das Rechtsgeschäft), die Unzulänglichkeit der deutschen Sprache, die Unzulänglichkeit der deutschen Rechtswissenschaft aufgrund der schwachen, unentwickelten deutschen Juristenausbildung, usw.²⁵

Die Pandektistik betonte auch die Rolle des Rechts in der nationalen Politik und der Rechtsstaatlichkeit: Die Sonderrechte des Deutschen Bundes wurde der *Rolle der Rechtseinheit* in seiner dogmatischen, pädagogischen und wissenschaftlichen Anwendung gegenübergestellt. Dies war das Argument, das Savigny gegen Thibaut vorbrachte, und die Zeit hat bewiesen, dass Deutschland in der Lage war, einen *eigenständigen* Zivilkodex erlassen zu können, und braucht nicht ein ausländisches zu übernehmen.

In Deutschland entstand in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine neue Strömung, die über den Utilitarismus, die Historische Rechtsschule und die pandektistische Begriffsjurisprudenz hinausging. Es war die durch den Namen des Puchta-Schülers Rudolf von Jhering geprägte Interessenjurisprudenz.

Jhering und seine Schule versuchten, ihre Theorie auf den Grundlagen des römischen Rechts aufzubauen, in dem das Recht *als Mittel* zum Erreichen eines Ziels betrachtet wurde. Schon in seinen frühen Werken²⁶ wandte er sich gegen die rein historische Erforschung von Rechtsquellen und Rechtssätzen und konzentrierte sich vor allem auf die praktische Anwendbarkeit. Er entfernte sich von einer rein logischen, konstruktiven Rechtsprechung und schuf durch die Individualisierung der Rechtsausübung einen interessenorientierten Rechtsanschauung. Er argumentierte, dass man das Recht nicht in einem absoluten Sinne anwendet, sondern vielmehr in Bezug auf ein anderes, entgegengesetztes Interesse. Für ihn war es sehr wichtig, in

²⁴ VARGA (2002) op. cit. 115.

²⁵ HAMMEN (1983) op. cit. 59–60.

²⁶ *Abhandlungen aus dem römischen Rechts* (1844), *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen* (1847), *Über den Grund des Besitzschutzes* (1869), *de úgyszintén később*, pl.: *Jurisprudenz des täglichen Lebens* (1870), *Der Kampf ums Recht* (1872).

der Rechtsnorm den Willen des Gesetzgebers, seine Motive und die *Interessen*, die er durchsetzen wollte, zu erkennen.²⁷

Darüber hinaus spielte bei der praktischen Umsetzung der deutschen Kodifikation eine weitere Richtung eine wesentliche Rolle: Das Denken der Germanisten. Die Unterscheidung ‘Germanisten – Romanisten’, die die deutschen Juristen Ende des 19. Jahrhunderts trennte, beruhte auf einer grundlegenden Meinungsverschiedenheit darüber, ob das römische Recht oder das gemeine Recht als Grundlage für die Entwicklung einer neuen Privatrechtsordnung gewählt werden sollte.

In der Mitte des 19. Jahrhunderts waren die Germanisten die lautstärksten Verfechter jener Kodifikation. Ihres Erachtens sei die Kodifikation nicht nur *möglich* sondern sogar *notwendig*, da ihre Aufgabe darin bestehe, ‘die Integration des Rechts und der Rechtswissenschaft in die politische Gesellschaft der Gegenwart unter Berücksichtigung der tatsächlich vorhandenen Rechtsüberzeugungen des Volkes’²⁸ zu erreichen.

Im 19. Jahrhundert lassen sich inhaltlich (dh dem politisch-ideologischen Grund nach²⁹) drei Wellen von Privatrechtskodifikationen unterscheiden:

2. Die Naturrechtskodifikationen: ALR (1794), ABGB (1811)

Das Aufkommen der modernen Idee der Kodifikation ist in den Kodexen der Aufklärung zu beobachten. Ziel war es, das Recht zu vereinheitlichen und zu organisieren, und die Maxime der Rechtssicherheit (mindestens im technischen Sinne) zu verwirklichen. Der Staat drängte vor, die natürlichen Rechte des Bürgers (Freiheit, Gleichheit, Eigentum) zu garantieren. Es entwickelte eine erneuerte Auffassung über die Regelung des Verhältnisses zwischen dem (Staats)Bürger und Staat: Die Spannungen, die im Absolutismus entstanden waren, wurden auf der Grundlage des Naturrechts gelöst. Dadurch wurde der Staat aus der Privatsphäre des Bürgers entfernt. Diese neue Erklärung kam nach Caronis Formulierung³⁰ lautete: Das Privatrecht wurde zum Recht der Möglichkeiten, das jedem Einzelnen Mittel und Wege zur Ausübung seiner Privatautonomie bietet.³¹

Die Gesetzbücher der ersten Welle haben aber die privatrechtliche Gleichheit der (Staats)Bürger nur versprochen, nicht aber verwirklicht.

²⁷ WIEACKER (1967) op. cit. 452.

²⁸ CARONI (1978) op. cit. 918.

²⁹ Es gibt eine Menge von Möglichkeiten um Wellen in der privatrechtlichen Kodifikation zu unterscheiden. Der gesellschaftlichen Auswirkungen nach gestaltete Lajos Vékás zB vier Gruppen der Gesetzbücher aus (1.: Cc und ABGB, 2.: Der niederländische Kodex von 1838, Codice civile 1865, 3.: die Gesetzbücher der sozialistischen Ära, wie zB das ungarische BGB 1959, und 4.: die postsozialistischen Gesetzbücher nach 1990). Lajos VÉKÁS: A posztsozialista magánjogi kodifikációról. [Zur Kodifikation des Privatrechts im Postsozialismus] *Erdélyi Jogélet*, 2021/2, 7–25. insbes: 12–14.

³⁰ CARONI (1978) op. cit. 918.

³¹ Pio CARONI: Privatrecht – Eine sozialhistorische Einführung. Helbing & Lichtenhahn, 2nd edition, 1999.

Das ABGB entstand im Rahmen der Modernisierungsbestrebungen Maria Theresias und ihres Strebens nach absoluter Machtausübung, deren Ziel war es, die partikularen Landesgesetze, die je ‘nach Belieben der Stände’ angewendet wurden, durch allgemeine Gesetze zu ersetzen, die als Produkt einer einheitlichen kaiserlichen Gesetzgebung, in allen Provinzen gültig sein sollten. In diesem Sinne wurde zunächst das Strafrecht (materiell- und verfahrensrechtlich) kodifiziert (Constitutio Criminalis Theresiana 1768), dann das Zivilprozess- und Konkursrecht (1781) und das Strafrecht (1787 und 1803). In diesem Klima der verstärkten Kodifikation begannen auch die Arbeiten am Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch.

Das Gesetzbuch war vor allem *allgemein*,³² da es Österreich von einem monarchischen Union von Ständestaaten zu einem Einheitsstaat vereinheitlichen sollte.³³ Als Beweise dafür dienen die folgenden Bemerkungen über das ABGB: Erstens es wollte die kaiserliche (zentrale) Macht gegen die Interessen der Stände stärken, zweitens es war überall dh mit weniger Ausnahmen³⁴ in der ganzen Habsburgischen Monarchie in Kraft getreten,³⁵ und deckte alle Bereiche des (allgemeinen) Privatrechts ab. Das Adjektiv ‘allgemeines’ Zivilrecht in der Bezeichnung des Gesetzbuchs weist auf darauf hin, dass es sich nicht um ein bestimmtes Sonderregel handelt, sondern um die grundlegenden, allgemeinen Regeln des Privatrechts.

Das Gesetzbuch war endlich ein *bürgerliches* Zivilkodex: Dies ist nicht im gewöhnlichen Sinne des Wortes zu verstehen, sondern bezieht sich speziell auf Geschäfte zwischen Bürgern. Die (privat-)rechtliche Gleichheit bestand im gesamten

³² Zur Erörterung der Allgemeinheit des ABGB: Gábor HAMZA: Die Entwicklung des Privatrechts und die römischrechtliche Tradition in den Österreichischen Erbländern (Erbländen) und in Österreich. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 13, 2009, insbes. 327–328.

³³ Gerald KOHL: *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)*. Rz. 1474, 1476. In: Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte (ed.): *Rechts- und Verfassungsgeschichte*. Wien, Facultas, 3rd edition, 2014. 155–156.

³⁴ Christian NESCHWARA: *Das ABGB in Ungarn*. In: *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Band 57: Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation Band III: Elisabeth BERGER (ed.): *Das ABGB außerhalb Österreichs*. Berlin, Duncker & Humblot, 2010. 33–134., Christian NESCHWARA: *Oszták jog Magyarországon. [Österreichisches Recht in Ungarn] Jogtörténeti Szemle 2007/3*. 42–46., Thomas OLECHOWSKI: *Das Kaisertum Österreich 1848–1867*. Rz. 1601. In: Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte (ed.): *Rechts- und Verfassungsgeschichte*. Wien, Facultas, 3rd edition, 2014. 198.

³⁵ Judit BALOGH: Österreichisches Recht in Ungarn und Siebenbürgen. – Westeuropäische Einflüsse auf das ungarische Zivilrecht im 19. Jahrhundert. In: Martin F. POLASCHEK – Anita ZIEGERHOFER (eds.): *Recht ohne Grenzen – Grenzen des Rechts*. Frankfurt/M.–Berlin–Bern–New York–Paris–Wien, Peter Lang, 1999. 123–135., Emőd VERESS: *Kilenc évtized – Az Osztrák Általános Polgári Törvénykönyv Erdélyben*. [Neun Jahrzehnte – Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch in Siebenbürgen] In: VERESS Emőd (ed.): *Ad salutem civium inventas esse leges. Tisztelegő kötet Vékás Lajos 80. születésnapjára*. Kolozsvár, Forum Iuris, 2019. 157–171., HERGER Csabáné: *A modern magyar házassági vagyoni jog kialakulása és rendszere a német jogfejlődés tükrében*. [Entwicklung und System des modernen ungarischen Ehegüterrechts im Lichte der deutschen Rechtsentwicklung] Passau, Schenk, 2017., Mirela KREŠIĆ: *A magánjog fejlődése Horvátországban 1848–1945 [Entwicklung des Privatrechts in Kroatien 1848–1945]*. *Jogtörténeti Szemle 2018/3–4*, 30–37, insbes. 33–34.

Privatrecht, die zuvor nur in bestimmten Bereichen (wie zB im Handelsrecht) verwirklicht wurde.

3. Die zweite Welle: Code civil (1804), Codice civile italiano (1865, in Kraft bis 1942) und BGB (1896)

Die Forderung der Aufklärung nach Rechtseinheit, Rechtssicherheit, Klarheit, Systematik, Abstraktion blieb auch hier dominant. Die Gesetzbücher dieser Welle entstanden aus grundlegenden sozialen Veränderungen (in Frankreich aus etwa einem 'sozialen Erdbeben'³⁶) und waren zum Teil selbst Instrumente der bürgerlichen Umgestaltung. Die Kodifikation des Privatrechts war also nicht nur ein Instrument der *Rechtsvereinheitlichung*, sondern auch einer *Sozialreform* (zur Schaffung einer echten Rechtsgleichheit in den unter französischem Einfluss stehenden Gebieten, d. h. in den westlichen Teilen Deutschlands, in Italien und auch in großen Teilen der Niederlande). Viele der ständischen Rechtsinstitute wurden abgeschafft (obwohl zB im Personenrecht blieben noch eine Menge von Unterschieden zwischen Mann und Frau).

Das BGB verkörperte in seiner Zeit die Gedanke der *Reichseinheit*. Ein einheitliches Reich bedeutete ein einheitliches Recht, was in der Tat einen bedeutenden Fortschritt gegenüber des Partikularismus vor der Schaffung des Gesetzbuchs darstellte. Neben der althergebrachte Autonomie der Provinzen erschwerte die Herstellung der Einheitlichkeit auch die enorme Zersplitterung des (Gewohnheits)Rechts. Am Ende des 19. Jahrhunderts herrschten in den verschiedenen Teilen des Deutschen Reiches unterschiedliche Rechtssysteme. In Preußen und den angrenzenden Provinzen wurde das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, im Rheinland der französische Code civil, welcher dort 1814/15 eingeführt wurde und das den französischen Kodex weitgehend umsetzende Badische Landrecht, in Bayern der Codex Maximilianaeus Bavaricus von 1756, in Sachsen das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1866 verwendet, während in den mitteldeutschen Gebieten hauptsächlich das das römische Recht als 'gemeines Recht' zur Anwendung kam. Diese Rechtsvielfalt sollte durch das neue kaiserliche Privatrechtsgesetzbuch beseitigt werden, das bald nach der Proklamation des Deutschen Reiches geplant und überraschenderweise sowohl von liberalen als auch konservativen Kreisen unterstützt wurde.

Im Gegensatz zum Code civil, der die *Ouverture* zur französischen Rechtskodifikation darstellte, war das BGB der *letzte Akt* der Kodifikationsarbeiten in den deutschen Territorien. Das Allgemeine Handelsgesetzbuch (ADHGB, 1861) war das erste Gesetz auf 'Reichsebene', welches bereits weitgehend den Bedürfnissen und Erfordernissen der modernen Gesetzgebung entsprach. Zur Schaffung eines Privatgesetzbuchs benötigte es nur noch eine theoretische Vorbereitung unter Einbeziehung der Erfahrungen der Rechtsprechung.

Die Kodifikationsleistungen des deutschen Raums im 19. Jahrhundert hatten einen bedeutenden Einfluss auf viele Rechtssysteme. Das bayerische Strafgesetzbuch

³⁶ VÉKÁS (2021) op. cit. 12.

(1813) verfasst von Anselm von Feuerbach,³⁷ und das preußische Strafgesetzbuch von 1851, das als Grundlage für das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 diente, sind dazu bemerkenswerte Beispiele. Am 1. Oktober 1879 traten die Gesetze in Kraft, die die Säulen der modernen deutschen Justiz bildeten: Die Gerichtsverfassung, die Zivil- und Strafprozessordnung und die Rechtsanwaltsordnung.

Im Bereich des Privatrechts war die gemeinsame Rechtsmatrix im zersplitterten deutschen Raum ein Mosaik aus lokalem Gewohnheitsrecht und territorialer Gesetzgebung, das sich aus dem römischen Recht der Pandektistik entwickelt hatte. Es konnte aber den Bedürfnissen des Einheitsstaates nicht gerecht werden.

In der Tat waren in diesem Land mehrere Privatrechtsquellen gleichzeitig in Kraft: Nach der napoleonischen Eroberung wurde in den von Frankreich annektierten Gebieten das moderne französische Recht in der Form einer modernen Kodifikation (Code civil) in Kraft gesetzt. Dieses Gesetzbuch wirkte sich vor allem entlang des Rheins aus. Auch wenn es das nationale Empfinden des deutschen Bürgertums verletzte (weil 'aus fremder Hand' stammte), entsprach es doch den sozialen Grundbedürfnissen und blieb während des gesamten 19. Jahrhunderts in Kraft. Die reaktionären Bestrebungen, das französische Recht zu stürzen, brachen immer wieder den Widerstand der Bürger des Rheinlandes. Mehrere Staaten des Rheinbundes berücksichtigten in ihrer Gesetzgebung den Code civil, obwohl mit Änderungen und Anhängen. Andere deutsche Regionen verwendeten unter anderem das veraltete ALR, einige anderen den Codex Maximilianeus Bavaricus von 1756. In den 1860er Jahren schuf sich Sachsen ein eigenes Zivilgesetzbuch. Auf einigen Gebieten benutzte man das ABGB, das sich in Österreich bewährt hat.

Unmittelbar nach der deutschen Vereinheitlichung (1871) fiel das gesamte Privatrecht noch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, lediglich das Vertragsrecht sowie das Handels- und Wechselrecht wurden in die Reichsgesetzgebung überführt. Am 20. Dezember 1873 wurde der Reichsversammlung mit der Verabschiedung des *Miquel-Lasker-Gesetzes*³⁸ die Befugnis übertragen, das gesamte Privatrecht zu regeln. Der Inhalt des von den zwei nationalliberalen Abgeordneten eingebrachten Gesetzentwurfs (der 1867 zum ersten Mal in die Legislative eingebracht aber dort damals abgelehnt wurde) war eine Verfassungsänderung, mit der Artikel 4 Absatz 13 der Reichsverfassung dahingehend geändert werden sollte, dass die gesamte Privatrechtsgesetzgebung von den Mitgliedstaaten in die ausschließliche Zuständigkeit des Reiches übertragen wurde. Von dieser Zeit bis zum späteren Inkrafttreten des BGB (1900) verging mehr als ein Vierteljahrhundert mit einem mehrstufigen Kodifikationsprozess.

³⁷ Arnd KOCH: Das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813. In: Markus HIRTE – Arnd KOCH – Barna MEZEY (ed.): *Wendepunkte der Strafrechtsgeschichte*. Gießen, Psychosozial-Verlag, 2020. 69–88.

³⁸ Über die Rechtsvereinheitlichung und die föderale Ordnung: Dorothea STEFFEN: *Bürgerliche Rechtseinheit und Politischer Katholizismus*. Paderborn, Brill, 2008. insbes. 73–176., weiter Stephan BUCHHOLZ: Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 50, 1986. 77–110.

Das BGB bietet ein hohes Maß an Abstraktion: Dies wurde auch durch eine flexible Rechtsprechung erleichtert, die sich auf die sog. Generalklauseln stützt (Treu und Glauben, Verhältnismäßigkeit, gute Sitten usw.). Der Ursprung des Begriffs ‘Generalklauseln’ stammt von Justus Wilhelm Hedemann, der den 1933 in seinem Werk ‘Die Flucht in die Generalklauseln’³⁹ formulierte. Generalklauseln sind Begriffe und Grundsätze allgemeiner Art, ‘an der Grenze zum Unbestimmten’, die von grundlegender Bedeutung sind und deren Inhalt sich aus dem Gesetzestext nur begrenzt ergibt: Sie werden durch die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ausgefüllt. Sie bedeuteten die politische und rechtliche Verankerung zB des Grundsatzes von Treu und Glauben und ermöglichten auf dieser Weise eine flexible Anwendung des Gesetzbuchs und seine Anpassung an die Rechtspraxis.⁴⁰

Das BGB war ein typisches kollektives Werk: Das Werk eines Ausschusses, und kein Gesetz, das auf eine einzelne Person zurückgeführt werden kann, wie etwa die *Constitutio Criminalis Carolina* von Schwarzenberg oder das ALR von Svarez und das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch von Zeiller. Das Gesellschaftsbild des BGB war ausgesprochen bürgerlich, da sie den wachsenden Ansprüchen des sog. ‘vierten Standes’ kaum Rechnung trug.⁴¹

Das Bedürfnis nach Vollständigkeit konnte aber auch das BGB nicht befriedigen, obwohl es sich zweifelsohne darum bemüht hat. Dies hatte zur Folge, dass im Rahmen des föderalen Staatsaufbaus die Bereiche Bergbau-, Wasser-, Forst- und Jagdrecht, die sehr eng mit den Interessen der traditionellen Eliten verbunden waren, und auch andere Bereiche durch Landesrechte geregelt blieben, wobei Zugeständnisse an die Entwicklung des Sonderrechts gemacht wurden. Diese ‘Verluste’ des BGB beschädigten letztlich die Rechtseinheit des deutschen Reichs. Im Zuge der Rechtsentwicklung des 20. Jahrhunderts wurden in vielen Fällen, ohne dass dies die Struktur des BGB berührte, auch im Bereich des Wirtschaftsrechts, des Baurechts, des Mietrechts und des Wohnungsrechts wesentliche Änderungen vorgenommen.

4. Die dritte Welle der Kodifikationen

In der dritten Welle, wo maßgebend vor allem das schweizerische ZGB (1907, in Kraft: 1912) war, wurden die Fehler und Mängel der früheren Kodifikationen verbessert bzw. behoben, und die ständischen Unterschiede vollständig beseitigt. Die schweizerische Kodifikation erzielte auch, ähnlich wie das BGB, eine *partielle Rechtseinheit* auf dem Feld des Personen-, Familien-, Sachen- und Erbrechts. Die Auffassung bezüglich des Privatrechts war nämlich in der Schweiz anders als in Österreich, Deutschland oder Frankreich. Das Privatrecht wurde in drei Etappen kodifiziert: Das Obligationenrecht mit dem OR schon im Jahre 1881, das ZGB, wie

³⁹ Justus Wilhelm HEDEMANN: *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen, Mohr, 1933.

⁴⁰ VARGA (2002) op. cit. 125–126.

⁴¹ Tilman REGEN: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

gesagt, 1907 und die Novelle des OR im Jahre 1911. Diese Gesetze entstanden in einer ruhigen gesellschaftlichen und politischen Umgebung. Das Privatrecht war also in der *kantonalen* Schweiz besonders wichtiges Instrument⁴² zur Aufrechterhaltung des staatlichen Zusammenlebens.

* * *

Nach der Klassifizierung von Antal Visegrády haben die Kodifikationen, und vor allem die Schaffung von Zivilgesetzbüchern, aus der Sicht der Rechtstheorie eine dreifache Funktion: Sie tragen zur Herstellung und Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit (law and order) für das normale Leben der Gesellschaft bei (integrative Funktion). Diese Funktion dient dazu, die Faktoren, die zu Konflikten führen, zu reduzieren und 'die Maschinerie der sozialen Interaktion zu ölen'. Eine weitere Funktion des Kodex ist der Schutz der Bürger und die Regelung der Beziehungen zwischen Bürgern und Organisationen sowie Bürgern und Staat. Es kann die Lösung von Konflikten, die sich aus diesen Beziehungen ergeben, sicherstellen (Konfliktlösungsfunktion). Die dritte Funktion des Kodex besteht darin, dass ein bürgerliches Gesetzbuch für bewusste Gestaltung, Planung und 'Organisation' der verschiedenen gesellschaftlichen Prozesse mitwirken kann (Umsetzungsfunktion).⁴³

Für unsere Analyse ist (und war) die Aufgabe eines bürgerlichen Gesetzbuches in den meisten Ländern die *Schaffung der privatrechtlichen Rechtseinheit*. Es ist – meines Erachtens – nicht eine notwendige Voraussetzung einer staatlichen Vereinheitlichung. Es kann zwar auch als eine Folge der Herstellung der staatlichen Einheit vorkommen, ist aber meistens *ein wichtiges Mittel* dazu. Die Kodifikation kann die Einleitung (oder das Ende) einer Ära bedeuten. Sie reagiert auf die sich verändernde Umstände, indem sie die neuen Normen für einen längeren Zeitraum festlegt. Sie wirkt systembildend und sorgt für Rechtssicherheit. Ein gut ausgearbeiteter, qualitativ hochwertiger Kodex ist ein *effektiver* Hüter der Rechtssicherheit. Dadurch wird vermieden, dass das Privatrecht (und die Rechtseinheit) den aktuellen und sich ständig ändernden politischen Wenden und der unvorhersehbaren gesetzgeberischen Aktivität der legislativen Macht ausgeliefert ist.⁴⁴

⁴² VÉKÁS (2021) op. cit. 13.

⁴³ VISEGRÁDY, Antal: A kódex funkciói és hatékonysága. [Funktionen und Effizienz eines Kodex] *Controller Info* V, 2017/2, 60.

⁴⁴ Lajos VÉKÁS: Magánjogi kodifikáció kultúrtörténeti tükörben. [Privatrechtskodifikation im Lichte der Kulturgeschichte] *Acta Universitatis Sapientie, Legal Studies* 6, 2017/2, 222.; VERESS (2022) op. cit. 23.

SPECIAL ISSUE:
Right to Education

TRANSFORMATIVE HOPE?

*Lecture on the Ceremony of Honorary Doctorate
at the Pázmány Péter Catholic University*

Jan De GROOF

Professor of Law, University of Antwerpen; College of Europe, Bruges

Your Excellency Mr Grand Chancellor,
Your Excellency Mr Ambassador,
Most Honourable Rector,
Dear Deans and Professors,
Ladies and Gentlemen,

I am both humbled and proud to become an honorary member of your highly appreciated and acclaimed University and for the opportunity to receive this honour. While we very much appreciate this recognition, more importantly, this is a celebration of this University and its spirit of academic excellence and international collaboration. This ceremony should also be regarded as an appreciation and honour to *European Education Law and Policy* (ELA) community, whose leadership is partly represented in this audience.

The seminars, hosted by the prominent Ereký Public Law Center yesterday - as a continuation of the conferences in 2016 and 2020 on *'The role of Civil Society in Education'* - reflected the remaining vivacity of the ELA 'family', already 30 years old and developed the agenda for the coming years. We share the same passion.

'Education and the Law', *'Education and State Policy'*, *'Education as the prior human right'*, remain the main lines of commitment in my life, as an academic, as a public servant, and as an international activist. I should add: as a Catholic, as a parent, and as a volunteer. Serving during three months as a volunteer in institutions of the *Fathers and Mothers of Charity* of education and care for the most vulnerable: mentally affected persons by the genocide in Rwanda and heavily physically disabled children. It was a lesson of modesty in how these children inspired and taught us how to deal with the future. In the Gospel of Matthew, Jesus thanks his Father for

something very special: *'I praise You, my Lord, because you have hidden these things from the wise and the prudent, and have revealed them to the children'* (Mt.11:25-26).

Education systems seem to be the most dynamic link between generations. They reflect, especially in Europe, the traditions of the past. Education touches the very heart of a nation, the community or communities, its values, culture, history, present and future. After the Second World War, the international community stressed the need for education rights as the vital opponent of a dictatorial regime and embedded these rights in an impressive row of legal instruments.

Comparative constitutional law teaches us that (1) Education and Education Rights prove to be the supreme touchstone for the transition from a non-democratic state to a democracy; and that (2) without 'reconciliation' in and through schools, there will not be any chance of reconciliation in society.

Ethnic, cultural, religious, social and regional tensions in society are reflected in schools. They should be answered by appropriate education policy and by the fulfilment of individual education rights. *'Schools can be a part of the political problem but will always be a key to the solution'*, this was my opening statement at the conference in Jerusalem, with representatives from Israel and the Occupied Palestinian Territory.

It is not by hazard that education appeared to be the last deadlock in constitutional negotiations throughout Europe or in South Africa.

Twenty-five centuries ago, the Greek philosopher Aristotle pointed out, I quote: *'Of all the safeguards that we hear spoken of as helping to maintain constitutional continuity, the most important, but most neglected today, is Education, that is educating citizens for the way of living that belongs to the constitution in each case.'*

It seems that also this statement is more pertinent than ever. But let us listen to the commitments for the Future! And to the voice of learners and students. Who were the very first protesters, four years ago, at the *Tahrir Square* in Cairo, Egypt? *Students*. What was their first claim? *'Give us good education'*. A similar scenario emerged at *Maidan Square* in Kyiv, Ukraine, in Kinshasa, DRC. What remains the first request of my students I taught at the Faculty of Law in Bagdad, Iraq: *'Education - Freedom. Equity and Dignity through Education'*. The compelling question the young generation is now posing to us is: *'do you act as good ancestors...?'*

In his book *'The good ancestors: long term thinking for a short-term world'*, Roman Krznaric raises the question of how to create a sense of shared identity with the unborn generations of tomorrow's world. Visual art, film and literature will play a vital role, but they are not powerful enough on their own to create and sustain a new imagined community based on intergenerational solidarity. He immediately adds: it is essential that we tap into the two forces that have the potential to elevate and propagate the idea of the good ancestor: *education and religion!*

Recently, I attended a lecture by Yuval Noah Harari at the *'Sustainability Conference'* in Belgium recently, with a quite stimulating message, which I put now into historical perspective.

In his first book, *Sapiens*, Harari surveyed the past. In his second book, he explores the very distant future: *Homo Deus*. In his third, *'21 Lessons for the 21 Century'*, he focused on the *'hic et nunc'*.

And at the conference, Harari painted a shocking picture. His key message: this world already has the necessary technological and innovative scientific capacity to cope with world problems and the necessary budgetary resources at the *macro level*. However, according to Harari, it lacks societies dramatically on: (1) appropriate legislation at the national and international level and (2) a far-sighted long-term strategy and thus policy...!

Let this diagnosis be particularly applicable to the education sector: often incoherent legislation, lack of good governance, and absence of mature and scientifically substantiated vision of the future.

Listen to the biblical books of *Proverbs* (11:14): *‘For lack of vision, the people perish.’* Universities have to take the lead in *‘Innovating Education’* and *‘Educating for Innovation’*. Research should articulate quite well the role of education in shaping a strategy for smart, sustainable and inclusive growth.

High esteemed academic audience,

Among other topics in the most diversified world of Education and the Law, we are fascinated by the prior and most fundamental principle of the right to education.

‘Education’ is qualified by the US landmark decision in *Brown versus Board of Education* (1953) as ‘probably the most crucial State responsibility’.

‘Education’, is the first concern of parents, together with poverty, unemployment and climate change, according to the *Eurobarometer*.

‘Education’ with the most pressing challenges: reducing the inequality gap in education opportunities, strengthening the basic knowledge of the core curriculum subjects, improvement of teachers’ training and status, the professionalization of the job, and the ‘mission to teach’.

Education Law and Policy as an expanding academic discipline can be described as one of the most complex and dynamic domains in social sciences, transcending their classical divisions. Education lawyers are in demand and have become even more popular: we have to deal with most conflicts and challenges in society..., especially on a moment where *‘the unique certainty is change, and that change is permanently accelerating.’*

More than 7 out of 10 children who now enroll in preschool education will get a job which does not yet exist on mastering the technology we are not even aware of to resolve problems which are currently unknown.

All scenarios require a profound analysis of education goals and learning outcomes, with an emphasis on creative and critical learning rather than the accumulation of knowledge. Several ELA meetings focused on the key solutions for the future of the education system and of the education law, nationally and internationally. But more is required for a person’s flourishing life, particularly in our disruptive times. Authentic freedom is based upon rootedness, including and going beyond the family, upon a community of shared conviction and tradition, sufficiently robust that it can be tested and questioned, as it certainly will be, without falling apart.

Authentic education draws upon and in turn cherishes convictions about the essential dignity and worth of the person. Catholicism and other religious and humanistic traditions offer a framework for education richer than simply meeting

economic and social challenges and create a strong linkage between the family and the school. Wise governments do not seek to use schooling to disrupt that fruitful linkage but instead, through pluralistic educational policies, achieve an effective balance between the interests of families and of the wider society.¹

May I focus briefly on a cultural issue related to the expansion of the ‘digital world’ and of social networks, with an impact on people’s mindset: *this age of ‘post-truth’*. Objective facts have a lower influence in shaping public opinion, compared to emotions and personal opinion. Rather than being ‘after’ we are actually ‘beyond’ truth.²

The misinformation virus has very clear geopolitical consequences and repercussions on education. It influences the way we learn, find information and communicate. In a widespread climate of mistrust, each individual hangs on to their own ‘filter bubble’. It undermines an individual’s intellectual and cultural fruitfulness and willingness to interact with different people. Otherness becomes dangerous...

The main answer is: investing in education. The age of ‘post-truth’ needs schools and universities with a passion for forming responsible persons capable of ‘reading’ critically realities and building the common good. And to inspire students, if I may also quote (the apostolic constitution) *‘Ex Corde Ecclesiae’*: “... *students*, who are endowed with high levels of professionalism and with rich humaneness.”

The Constitution stipulates further: “*Catholic university must have the courage to speak the uncomfortable truth which does not please public opinion, which is necessary to safeguard the authentic good of society.*”

What binds us is our desire to understand what it means to be human, to seek the truth and to have the courage to express the truth even when it may not be popular or is challenged by voices that may be louder than our own.

Another issue that calls for education is *violent extremism* in both industrialized and developing countries – to be answered by global citizenship and complete education for all – and increased *cultural and religious pluralism* that invite a true culture of dialogue, encounter and exchange: schools as the space where people can learn about the sources for their own identity as well as that of others.

Inclusion in and through education will be the main target for education law and policy. It is the most vital notion in SDG4, and at the same time, the most complex and multi-dimensional concept. ‘Inclusive education’ has developed differently in various countries but supposes a real shift in law, policy and practice, supposing a holistic approach: learners are placed at the center of a system that must recognize and respond to learners’ diversities. The key message is: ‘Every learner matters and matters equally’.

Nobel Prize 2001 and peace activist in Liberia, Leymah Bowee, mentioned: at the ELA/General Conference on Science, Technology and Innovation (G-STIC) in

¹ Charles GLENN – Jan De GROOF (ed.): *Christianity and Education Law*. In: *Oxford Handbook of Christianity and Law*. Oxford University Press, 2023.

² Mgr. Vincenzo ZANI, ‘Conclusions’, Italo FIORIN – Angelo PALETTA – Christopher BEZZINA – Jan De GROOF – Angelo Vincenzo ZANI (ed.): *New Educational Horizons. Leadership in Catholic Schools and Universities*. Libreria Editrice Vaticana, 2018.

Dubai, this year: “*Peace is not the absence of war. It is the presence of conditions that dignifies all of us.*” Or in legal terms: ‘the immediate obligation to provide reasonable accommodation’.

High esteemed academic audience,

Permit me to formulate some final thoughts on what philosophers (as von Jellinek) argued to be the three driving forces of a modern democratic society, *Education, Religion and the Law*.

Only two centuries ago, most governments, and thus laws, in the West began to be effectively concerned with education, that dimension of schooling intended to form loyalty, character, and perspectives on life. Ever since then has been almost constant conflict, legislation and litigation in one country or another over the relationship between religion and education.

I had the privilege to write with my ELA ‘partner in crime’, prof. Charles Glenn (Boston University), the best education policy comparatist, the chapter ‘*Christianity and Education Law*’, Oxford Handbook on Christianity and Law, which is to be published soon. Through laws and policies, governments have employed schooling for nation-building. In such cases as Germany, the UK, Canada and Scandinavia the respective educational goals of governments and churches involved generally fruitful collaboration. Elsewhere, such as in the Netherlands, Belgium, Mexico and Spain, periods of intense conflict were followed by compromise. In yet other countries, such as France and the US, deeply ideological differences over schooling led to continuing political and legal conflicts and recent efforts to find ground for principled pluralism in education. History showed dramatic examples of the use of schooling as an instrument of policy. Immanuel Kant wrote: ‘*Man can only become man by education. He is merely what education makes of him*’.

In liberal democracies, while the authority of government in some spheres of national life (such as defense and the administration of justice, within constitutional constraints) is absolute, in others, such as internal affairs of religious communities and families, government altogether lacks authority (except in few cases, such as child abuse). Education occupies an intermediate position, where government and civil society (including families) must cooperate, and it is in defining the forms and extent of this cooperation that debates and even conflicts arise.

We analyzed the cases of *Collaboration or Conflict* in the education settings in various countries around the globe, and f.e.g. the evolution of ‘*laïcité*’, neutrality among competitive worldviews, to *laicism*, the alternative belief system of militant secularism.

Positive neutrality (a chapter of my research ‘*utriusque iuris*’, 40 years ago), rests upon a pluralist understanding of the political and social order, which recognizes the important role of faith communities and associations alongside other forms of voluntary organizations, in maintaining society and transmitting values which sustain it.

It is of the essence of a free society that government does not claim absolute sovereignty; it fulfills its duties and exercises its authority within a context that it does not create itself. The key end is the creation of a social space within which

autonomous individuals and groups can freely pursue their distinctive visions of what gives meaning and worth to human existence...

For all these reasons, Education Law and Education Rights, *a fortiori* for the most vulnerable, should be considered one of the most prominent services by the State and to every Person within the society.

This decade should be remembered as the new era of the '*Education Rights Revival*', - in order to foster the ethics of and within society.

This reminds us of the saying of a leading philosopher on Personalism: '*The whole life of a child is contained in his or her upbringing...*'. "*Dans l'éducation de l'enfant, il y a le tout de sa vie.*"

Annex to the lecture

Several conferences of the European Association of the Education Law and Policy (ELA) have already focused on the weaknesses of education policies and on the future agenda for education systems. We cannot avoid the need for a critical reading of the legal design, - on national, regional and international and comparative levels. We debated at large the following six tracks.

First:

'*How to regulate education ?*' The demand for an 'up-to-date' regulatory technique in education does not escape the revolution with regard to the educational system. The temptation is obvious to keep adding new amendments to the already frequently amended legislation: As wrote a leading French philosopher of law: '*L'erreur sur le caractère dynamique du droit vient de la succession rapide des lois*' (Ripert).

Education lawyers advocated alternative concepts that secure, for instance a 'core or framework provisions', but also leave room for the dynamism of schools and universities and their partners.

Reducing the government's drive to regulate may be achieved with a new generation of framework legislation with a model for the monitoring of education law evaluation and – not least - with an attitude of 'trust' towards the local education community.

Second:

Screening of national law to identify lacunae in fulfilling education rights, especially for children and adolescents, including the elaboration of a research methodology for evaluating and reviewing the existent and for drafting sound education legislation.

Full attention in the first review should focus on how 'inclusive education' is implemented by and through education law. Special attention will be paid to post- and decolonisation of and in education.

Third:

Rephrasing international and regional education legal standards. Most international legal education standards date more than 50 years back, with the exception of the

Convention of the Rights of the Child. Revising partly outdated international norms and guidelines was one of the main themes of our sessions yesterday.

The draft report should be discussed at regional conferences and can finally be presented at an international conference universally. Recommendations have to be submitted to the relevant instances in preparation for the occasion of the 25th anniversary of *General Comment No. 13 (1999), The Right to Education, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; the General Comment No 1 (2001), Article 29 (1), The Aims of Education, Committee on the Rights of the Child; and the 20th anniversary of General Comment No. 7 (2005), Implementing child rights in early childhood, Committee of the Rights of the Child.*)

Fourth:

SDG4, on the Right to Education, has to be considered as the ‘mother of all sustainable development goals’. The ELA rapporteurs yesterday proved that the framing of the goal is, unfortunately a weak echo of the stringent international norm on the ‘immediate fulfilment’ of education rights.

But there is more. Although there is explicit attention towards the implementation schedule within the SDG’s toolbox, we concluded that the legal dimension is missing. The ‘*UN Transforming Education The Summit*’ of last month did not fill the gap at all! However, research shows that relevant and appropriate education legislation is an essential link in the fulfilment of the right to education. The SDG4 risks not be fulfilled by the year 2030.

Fifth:

There is already no longer a question of a purely national education policy due to the effect of hard and soft law. Within the European Union, the ‘European dimension’ will continue to gain further depth, and not just due to the non-discrimination and mobility principles. Within the larger European area of common values and competencies, the limits of the margin of appreciation could be questioned, when fundamental rights are at stake.

Sixth:

Enhancing the justiciability of education rights and the role of the Judiciary in protecting, promoting, and fulfilling them. Justiciability was debated at large at PPCU Conferences in the previous years: it renders the State accountable for action or inaction according to the Law.

In concreto: a research project could select and highlight the most relevant case law and landmark decisions as best practices worldwide. We should take an example from the South African Constitution; ‘*The Judge must consider international law. The Judge can consider foreign law.*’

Other leading Constitutional Courts follow the same path: the landmark German CC decision, November 19th 2021, acknowledged for the first time explicitly the *Right to School Education*, referring to the national constitutions of all EU Member States.

EDUCATION LAW FOR THE FUTURE

*summary of the hybrid international expert seminar
at the Pázmány Péter Catholic University*

Pablo MEIX CERECEDA*

Professor of Law, Universidad de Castilla-La Mancha, Spain

Balázs Szabolcs GERENCSÉR**

PhD Habil Associate Professor, Pázmány Péter Catholic University, Hungary

Boróka Luca BALLA***

PhD student, Pázmány Péter Catholic University, Hungary

Abstract

This paper summarises the outcomes of an international scientific expert seminar titled Education Law for the Future held at the Faculty of Law and Political Sciences of the Pázmány Péter Catholic University in cooperation with the European Association for Education Law and Policy. Professors, professionals and experts were invited world-wide to share their opinion and research results. The expert seminar underlined the need for the rephrasing of international law related to the right to education as well as the importance of rethinking the relation between hard and soft law in domestic legislation.

Keywords: right to education, teaching, learning, digitisation, soft-law, international law

* ORCID: 0000-0001-7126-9603

** ORCID: 0000-0002-7469-1313

*** ORCID: 0000-0002-7469-1313

1. Ongoing research tracks on Education Law at the Pázmány

On 11 October 2022, the Ereky István Public Law Research Centre¹ of the Pázmány Péter Catholic University and the European Association for Education Law and Policy (ELA)² organized an international scientific expert seminar.

The ELA and the Ereky István Public Law Research Centre have collaborated on a number of events, hosted by the Faculty of Law and Political Sciences of Pázmány Péter Catholic University. In 2016, a conference on “The Justiciability of the Prior Right to Education - The Role of Civil Society for the Awareness, Advocacy and Accountability of the Right to Education” took place, followed in 2020 by an international conference on “Safe Schools and Education Rights in a (Post) Pandemic Era”, which will be held online. The Ereky Public Law Research Centre plays an active role in international and domestic academic activities related to the right to education.

On 12 October 2022, Jan de Groof was awarded the title of Doctor Honoris Causa by the Grand Chancellor of Pázmány Péter Catholic University, and the international expert seminar was organised as a further step in the professional cooperation. Speakers came from Europe, the USA and South Africa. The conference was co-sponsored by the Pázmány Péter Catholic University, the Embassy of Belgium in Budapest and the Flemish Government Delegation to Hungary. The conference was chaired and moderated by Professor Jan De Groof and Szabolcs Balázs Gerencsér, habilitated associate professor.

The theme and the issues raised by the conference focused on the right to education and the problems of the present, but also those that will affect future generations. New challenges of the 21st century, such as the rise of digitalisation, the use of neuroscience and artificial intelligence in education, economic inequalities, pandemics, migration and the energy crisis were addressed.

The sections of the conference were organized around the following issues: (1) State-of-the-art: Education Law for the future and the role of the ELA within; (2) rephrasing international education law; (3) Future Design of Sound of Education Law related to Education Policy and Governance; (4) Protection and promotion of children’s education rights; (5) The needs for the right to education in Ukraine.

2. State-of-the-art: Education Law for the future and the role of the ELA within

In the first session, after the opening speech of professor *Jan de Groof*, and *Balázs Sz. Gerencsér*, *Pablo Meix Cereceda*, Professor of Administrative Law at the University of Castilla-La Mancha, spoke about consciousness-raising, equal opportunities and the challenges posed by neurotechnologies. Regarding consciousness-raising, he stressed the need to promote values that support education and the priority of culture.

¹ Ereky István Közjogi Kutatóközpont (PPKE) [Ereky Public Law Research Center]. <https://ereky.jak.ppke.hu>.

² European Association for Education Law and Policy (ELA). <https://www.lawandeducation.be>.

Education must be made accessible to all people, to all social groups, such as women and the poor, but for this to happen, sufficient financial support for the functioning of schools is also essential. It is also important for teachers to receive continuous training to maintain their skills and preparation. With regard to equal opportunities for people from less advantaged economic and social backgrounds, he drew attention to the disingenuous nature of sports scholarships. Poor but physically fit young people are lured into schools with over-idealised promises of sporting activities that hinder their intellectual development. The professor also highlighted the dangers of technological progress. In ten to twenty years' time, science will be able to reproduce the neurological mechanisms of human thinking and learning, so that the human brain can be linked to artificial databases. Artificial intelligence could become a powerful risk for human freedom and privacy, as an individual's thoughts could be made public against his or her will. An individual's thoughts can be made public against his or her will. To counterbalance this, the right to education and the right to freedom of information need to be further differentiated in terms of content. It is necessary to elaborate the content of the right to cognitive freedom, the right to psychological freedom, the right to freedom of thought/reflection and the right to integrity (intellectual and psychological).

Charles Glenn, Professor Emeritus at Boston University (USA) drew attention to the responsibility of states. He considers it of the utmost importance that a state's education policy be thoroughly and carefully drawn up, taking into account the spirit and values of education. Governments have a duty to ensure that all children have access to an education of adequate quality, particularly in terms of equipment.

3. Rephrasing International Education Law

Klaus D. Beiter, professor at North-West University in Potchefstroom, South Africa, asked why neoliberalism, privatization and other challenges are pushing for a reform of the international right to education. Challenges leading to the global crisis in education include privatization; the extraterritoriality of states' international human rights obligations in the face of globalization; poverty and (apparent) lack of resources; the failure to accept inequality and exclusion; and unsustainable development. He suggests that, although in some cases new international law may need to be created or existing international law amended, a soft law type document – such as the (revised) General Comment of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights or an international expert document – should consolidate and further develop existing international law on the right to education.

Charles Russo, professor at the University of Dayton, USA, referred to a conference of the Sidney Education Law Society in 2020, where the main conclusion was the need to update and give new content to the right to education, especially in view of the challenges posed by digitalisation and the emergence of dependence on funding. In the former, he sees a serious problem in the fact that the degree of access to digital tools determines the possibility, scope and quality of access to education. The latter implies that education becomes dependent on funding conditions and opportunities. When public funding is inadequate, many companies provide financial

support to educational institutions, but this leads to a reduction in the autonomy of education, especially in developing countries. In the schools thus funded, the funding companies impose the obligation to teach the curriculum of their own country, often in a world language. For the schools financed, this can lead to the oblivion of national educational traditions and culture, and the marginalization of the mother tongue. He cites the example of South Africa, where a movement has been launched to promote mother-tongue education.

Ingo Richter, professor of law from the University of Tübingen, Germany, analyzed the decision of the German Federal Constitutional Court of 6 November 2021. This ruling states that in Germany, school operators cannot close schools for purely financial or energy reasons. The constitutional significance of the decision is underlined by the fact that the Federal Constitutional Court has for the first time declared that all children and adolescents, regardless of gender, race, etc., have the right to an education of an adequate standard. The Court sees three dimensions to the right to education: (1) the State must guarantee a minimum standard of education. This does not mean minimum competences for pupils, but minimum standards for the quality of the school system. (2) The State must guarantee free and equal access to the school system. Finally, (3) once the State has established a particular school system, any intervention in that system must comply with the principle of proportionality. Later in his lecture, he called for minimum standards to improve the quality of education.

Maria Smirnova, researcher and human rights expert at the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), summarised the High Commissioner's priorities on the right to education: (1) combating cyberbullying³, (2) digitisation in education⁴, (3) equal access to education - for all girls⁵, (4) human rights of youth - including the right to education⁶, (5) the right to education of migrants and refugees⁷, (6) Coronavirus Epidemic and the Right to Education⁸, (7) Literacy⁹, (8) Education for Justice and the Rule of Law in the Context of Sustainability¹⁰, (9) World Programme for Human Rights Education.¹¹

³ 7 October 2022, Human Rights Council (HRC) adopted resolution 51/10.

⁴ Report 'Impact of the digitalization of education on the right to education' (A/HRC/50/32).

⁵ June 2021, HRC adopted resolution 47/5.

⁶ September 2022 session, HRC adopted resolution 51/17 'Youth and human rights'.

⁷ Special Rapporteur on the right to education to the General Assembly focus on the right to education of migrants (A/76/158) and refugees (A/73/262).

⁸ Right to education: impact of the coronavirus disease crisis on the right to education – concerns, challenges and opportunities Report of the Special Rapporteur on the right to education, A/HRC/44/39.

⁹ A/RES/75/155. Literacy for life: shaping future agendas.

¹⁰ A/RES/74/172 Education for Justice and the rule of law in the context of sustainable development

¹¹ World Programme available at: <https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/world-programme-human-rights-education>, related resolution: A/HRC/RES/39/3 World Programme for Human Rights Education.

Ignasi Grau i Callizo, Director of OIDEL¹² (Switzerland), stressed the combined role of family, pluralism and culture. In his presentation he stated that the individual is both a social and a cultural reality. In his opinion, the family, as a socialising environment, is playing an increasingly important role in the socialisation of children and education must build on this role. The parent is the source best suited to transmit socialisation, cultural and linguistic traditions and competences to the child. Full development', as defined by international treaties, can be achieved only if the child can grow in the social and cultural environment and thus freely develop his or her personality.

4. Future Design of Sound of Education Law related to Education Policy and Governance

Pieter Huisman, Professor of Education Law at Tilburg University, the Netherlands, raised two questions. Firstly, the role of governments in improving education legislation and secondly, the role of law enforcement in this area. In his view, schools are no longer self-contained, but part of a network, linked, among other things, to the child protection system and, where appropriate, to companies. Soft law is becoming increasingly important in education and protocols are also used in schools. Hard law and soft law can be in conflict, and this conflict raises a dilemma. On the one hand, the emergence of soft law is a credible example of the realisation of educational autonomy, and demonstrates the integral link between educational legislation and the rule of law. On the other hand, the rise of hard law works against the previous two rule of law phenomena and can also lead to a democratic deficit, while hard law is inescapable for reasons of funding and education policy alone.

Angelo Paletta, Professor of Economics at the University of Bologna, touched on the impact of New Public Management on education legislation. He also discussed the conflict between hard law and soft law. Soft law increases the autonomy of education in individual schools. However, basing on an empirical study conducted in Italy, he questioned the impact of widening autonomy on educational standards. Widening autonomy leads to differences in standards, and the question is how differences in standards affect student achievement. It argues that only 30 per cent of students' performance depends on the quality of education, the other 70 per cent on family background. Broad educational autonomy can promote equity, but it is not the same as inclusive education. Equity is an ethos that promotes community-level achievement gains for small and large communities in schools. An equity approach must therefore create learning communities within the school. And in community building, the teacher's personality is indispensable. He believes that digital tools cannot replace a good teacher who is able to lead.

Ausrine Pasvenskiene, Associate Professor at Vytautas Magnus University, presented Lithuanian education policy and the war experience. She argues that when students are told where to flee in the event of an air raid, and education is in Russian

¹² OIDEL. <https://www.oidel.org>

for Ukrainian refugee children, the importance of digital tools should not be stressed. Nevertheless, digital tools should be seen as an ordinary object, as digital tools cannot replace people. In her view, there are two extremes in the conflict between soft law and hard law: either there is an over-regulation or there are no rules.

According to *Alexandre Moreira*, PhD candidate at the University of Leuven and former National Secretary of Human Rights in Brazil, hard law is necessary, but soft law, because of its dynamic development, is inevitable. In his view, soft law makes uniform international legal education impossible, so he sees a perspective in revitalizing hard law. This should be achieved, on the one hand, by giving priority to the use of the mother tongue and, on the other, by reducing the importance of quantified standards. Although numbers are objective, they mask many human, spiritual, intellectual and emotional factors. Thirdly, he argues that national legislation is needed in each country, in accordance with the social conditions in that country. He pointed out that law alone is not enough, but that without law we can do nothing.

Christopher Cordeiro, founder of the Learn Free movement in South Africa, presented the state of education in South Africa. Finally, Paul Zoontjens, Emeritus Professor of education law, Tilburg University (the Netherlands), joined colleagues in stressing the importance of soft law.

5. Protecting and Promoting Children's Education Rights

The opening presentation of this session was given by *Lajos Aáry-Tamás*, Commissioner for Education Rights in Hungary. In his opinion, providing information and passing regulations is of the utmost importance in the world of education. The right to information forms the basis of educational rights. In public education, parents do not have the option to freely decide whether to enroll their children to school or not. Parents — along with their children — are users of the second largest public service of the country. As such, they are entitled to have rights. The public service is provided by the teachers, therefore they are the obligors in this relationship. He examined the relation of rule of law and the EU to the education systems. He underlined the utmost importance of the debate on education and to constantly search for solutions. The authorities, the protectors of rights, the professors, researchers and experts and last, but not least non-governmental organisations have significant experience in these fields. If they manage to find the forms of cooperation, then schools and families will not be abandoned. In the end, he highlighted that there is a great debt towards the Hungarian society: during the last three decades we have heard many debates over *what* we should teach, and even more debates over *how* we should teach. However, we haven't found an answer to the most important question concerning our educational system: *why* do we teach, what is the aim of it?

Jan Wolkowsky, research assistant at the Faculty of Theology of Nicolaus Copernicus University in Toruń, presented the state of Polish education law. He spoke of the rise of a marked secularism in the Polish public consciousness as an unfortunate phenomenon. The proportion of citizens who identify themselves as Catholics has fallen from 97% to 87% in just a few years. Religion is perceived by citizens as a

private matter, without a positive social image behind it. Secular thinking is evident in both legislation and constitutional court practice. Secularisation is undermining traditional Christian values, so that the new generation, the so-called “snowflake generation”, is facing a crisis of values and is not receiving moral guidance. This is why the speaker considers the socialisation role of the family to be important.

Finally, the discussion had a special focus on *the problems that education is facing in Ukraine as a consequence of the war*. Invited lecturers, professionals and ELA-friends, *Volodymyr Kovtunets*, the former Vice-Director of the Institute for Higher Education of the National Academy of Educational Science and father *Roman Nebozhuk*, the Chairman of the Board Charity Foundation, “Ukrainian Children of War” introduced the situation of education in Ukraine. The war affected the education system badly. Many schools in Ukraine have been victims of war destruction. Some five million children were left out of public education. The situation is even more complex as the education system needed to be reformed even without the war, which has now become more difficult.

6. Summary

In summary, the main findings of the conference included: (i) the need to rewrite international education law (CRC); (ii) the need to revise the general comments (soft law) of the CRC and ICESCR. (iii) rethink the relation of hard and soft law in domestic legislation, (iv) the need to develop new, more modern educational indicators to assess the quality of domestic education laws, (v) to open research activities to future technology such as the examination of the relationship between neurosciences and education. The speakers also agreed that the openness of the right to education and science needs to be maintained, especially with regard to other cultural views.

PROTECTING AND PROMOTING CHILDREN’S EDUCATION RIGHTS

Lajos AÁRY-TAMÁS

Commissioner for Educational Rights, Hungary

Abstract

The right to Education in Hungary is declared by the constitution (Fundamental Law). Act on National Public Education sets the general rules and legal circumstances of the rights and obligations about education in Hungary. The Commissioner for Educational Rights, established by this act, in one of the key defender of education rights. This article summarises the Commissioner’s experience and views on how the case law could develop the legal environment of education. Moreover it underlines the need for an open discussion on the aim of education.

Keywords: right to education, children, teacher, protection of rights.

* * *

In the last two years, there has been significantly more talk about educational rights and the manifestation of the basic values of democracy at schools and universities.¹ This past year, many people came to us requesting information regarding their rights and possibilities, which is a good indicator of the level of interest among the participants in education. Providing information and passing on regulations is of the utmost importance in the world of education. The right to information forms the basis of educational rights. In public education, parents do not have the option to freely decide whether to enrol their children on school or not. Parents—along with their children—are users of the second largest public service in the country. As such,

¹ This paper was a keynote presentation on the hybrid Scientific Expert Seminar titled *Education Law for the Future* organised by European Association for Education Law and Policy and Ereky Public Law Research Center, PPKE JÁK, Budapest on 11th October 2022.

they are entitled to have rights. The teachers provide the public service; therefore, they are the obligors in this relationship.

It is our opinion that a large number of debates and arguments can be pre-empted through the regular provision of information on the main regulations concerning schools. This provision of information protects more than just the parents and the students. The statutes clearly mark the line that distinguishes between the responsibilities of the parents and the schools. The law serves as a standard for the settling of disputes. If concerned parties are familiar with these rules, then they are able to resolve their differences in a democratic way. In the absence of familiarity with and application of the law, disputes will be settled based on power, position, emotion, morality and taste. Private differences might be settled relying on the above values, but they do not apply to public service.

One of the cornerstones of democracy is the rule of law. Schools and universities are part of this democracy. The principles and values we have held true for the past thirty years and which we apply in many areas of our lives must also be enforced here. Public and higher education are matters of public interest and must form part of the debate on democratic public life. Suppose this debate occurs exclusively between policymakers and teachers. Even though it might become interesting or even productive, the fact remains that those most affected by it are effectively left out: children, parents and future parents. Also left out are the voters who could have a say in how Members of Parliament (MPs) use local, national or EU funds available to finance the organisation and operation of various public services and the performance of tasks.

The accession to the European Union has a particular effect on education. Namely, the field of education remains within the national sphere of competence. We Hungarians must make an effort to consider and review the type of education we desire, and we have to make the decisions ourselves. EU standards, regulations or guidelines do not bind us, and we are not obligated to receive and apply community norms. However, this unlimited freedom cannot make us forget that the young people and fresh graduates emerging from the education system will have to work, create, compete and live in European Union trade, services, industries, agriculture and public administration. This is the reason why education is a matter of public interest. Lawful education is the minimum requirement.

Many people will enter and frequently review this debate on education. The more this debate is reopened and the more participants there are in the discussion; the closer we can get to good solutions. Still, the emphasis is on the debate itself. What makes us democrats is not constantly finding solutions but rather constantly searching for them. Experience shows that, in many cases, there is no room for arguments in the institutions at all because the participants of education do not trust each other. For this reason, cooperation between them is non-existent. In such cases, they tend to suppress their grievances, which surface later on drenched in passion and emotion, with practically no hope for a solution. Yet, wherever there is occasionally a chance for debate, the chance of irreparable damages and grievances occurring is smaller. Naturally, interests and solutions may vary, just like the roads leading to them. A debate only makes sense if we possess the information, and it is our mutual goal to

continuously search for good solutions, to correct bad decisions within the framework of the law, all the while adhering to the provisions of the law. These debates have one very important condition, though: we need to have faith that the other party's goals are the same as ours. This does not work without trust.

Institutions regularly find themselves in situations where they are left on their own to deal with certain important problems. The pandemic, economic crisis, war in our neighbourhood, incidents concerning aggression among young people, drug and alcohol abuse, the lack of sexual education and poverty are all cases where asking for help is necessary. The authorities, the protectors of rights, the professors, researchers and experts and last but not least non-governmental organisations have significant experience in these fields. If they manage to find forms of cooperation, then schools and families will not be abandoned. Within the European Union, cooperation has no alternative.

It is now, when we start planning the school of the future, where teaching objectives can be achieved by ensuring that digital technology does not exclude anyone from education and where particular emphasis is placed on human dignity, personal freedoms, and especially the protection of personal data. This is a joint and shared learning process from which we can all reap benefits.

We have a great debt towards Hungarian society: in the last 30 years, we have not found an answer to the most important question concerning our educational system: *why do we teach? What is the aim of it?* There was only one question we forgot to ask ourselves: why are we doing all this? Why are we spending all that money on education? What kind of mandate does society give to the large team of professionals that we call the community of teachers? During the last three decades, we have heard many debates over *what* we should teach and even more debates over *how* we should teach, but these should be only one of the many steps – while the very first step has not been made, the question of questions has not been answered.

I firmly believe that if we were to start a search together aiming to find a consensual goal for our future and education, that could stream an immense amount of energy towards the educational system.

RIGHT TO EDUCATION IN UKRAINE

2015–2019 reforms and following steps

Volodymyr KOVTUNETS*

PhD Math, leading researcher, Institute of Higher Education of National Education Academy of Ukraine

Andrii SHEVTSOV**

Doctor of Science in Special Education, Full Professor, Corresponding member of the National Academy of Pedagogical Sciences of Ukraine, Principal Researcher, State Institution of Science “Research and Practical Center of Preventive and Clinical Medicine” State Administrative Department

Abstract

This article primarily focuses on a constitutional review of the current Ukrainian Education system. It has a strong historical approach starting from the collapse of the Soviet Union. The authors analyse the reform attempts occurred in the most recent decade in a critical way and show how and why has the attitude of the governments changed in the mid 2010s and how the Ukrainian education entered the war in 2022.

Keywords: Ukraine, right to education, fundamental rights, legislation, reforms.

* ORCID: 0000-0001-9077-4867

** ORCID: 0000-0002-7307-7768

1. Constitutional challenges¹

The Constitution of Ukraine as an independent state was adopted in 1996². Article 3 declares that “to affirm and ensure human rights and freedoms is the main duty of the state.” This provision concerns the right to education, of course.

The content of the right to education is disclosed in Article 53. The right to education, in general, is guaranteed. The article separates different education levels: preschool, complete general secondary, vocational, and higher (tertiary) education. The article additionally anticipates extra-curricula, post-diploma education and different forms of instruction.

Different levels have different extents of guarantees and public support. The state guarantees accessibility and free of charge for all listed above levels of education in public establishments (educational institutions) and their development. The state will only ensure the development of additional forms of education.

However, completing general secondary education is compulsory. It should be mentioned that primary education is not considered a separate level according to post-soviet traditions, so right now general secondary education has three stages: primary, lower-secondary and higher-secondary education.

This provision was interpreted up to 2017 as a state obligation to issue a document to everyone who attended school during 11 years (four years of primary school, four years of lower-secondary and three years of higher-secondary). Such interpretation demotivated students to achieve higher levels of learning outcomes except those who were going to enter university. Finally, this led to a decline in the quality of secondary education.

According to the Constitutional Court decision³

- *“availability of education as a constitutional guarantee of implementation the right to education based on the principles of equality defined in article 24 of the constitution of Ukraine, means that no one can be denied the right to education, and the state must create opportunities to exercise this right”*;
- *“free of charge education as a constitutional guarantee of implementation the right to education means the possibility of obtaining an education in public and Communal educational institutions without paying a fee in any form for educational services of the level and content defined by legislation, volume and within the limits of those types of education, which are provided free of charge, part three of article 53 of the constitution of Ukraine”*.

¹ This paper was a keynote presentation on the hybrid Scientific Expert Seminar titled the Education Law for the Future organised by European Association for Education Law and Policy and Ereky Public Law Research Center, PPKE JÁK, Budapest on 11th October 2022.

² Verkhovna RADA (1996): *Constitution of Ukraine*.1996.
<https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>

³ Constitutional Court of Ukraine (2004). Case no. 1-4/2004, March 4, 2004, N 5-pn/2004.

Therefore, pre-school education, general secondary education and vocational education should be ensured in public institutions without any additional payments.

Higher education in public institutions should also be free of charge, but only for those who won this right on a competitive basis.

Finally, this article anticipates special rights to education for persons who belong to national minorities. Concerning their native languages, there are two options: (1) the right to receive instructions in their native language and (2) to study their native language in state and communal educational establishments and through national cultural societies.

Talking about the right to education systematically, one must remember other constitutional provisions.

The first concerns the scope of human rights (Art. 24). These provisions anticipate that:

- *“human and citizen rights and freedoms affirmed by this constitution shall not be exhaustive”;*
- *“the content and scope of the existing rights and freedoms shall not be diminished by the adoption of new laws or by introducing amendments to the effective laws”.*

The second provision anticipates equality of different forms of ownership (Art. 31, para 4). As it follows from the cited constitutional court decision, the court did not consider this issue. Nevertheless, many in Ukraine tried to interpret this decision as a ban on paying for education in private institutions from any public (national or local) budget.

The third important constitutional provision obligates that education fundamentals should be regulated exclusively by the law (Art.92, para 1).

The constitutional provisions caused discussions regarding some principle provisions:

- 1) Compulsory of the general secondary education;
- 2) Freedom of school choice;
- 3) Free of charge education, especially concerning textbooks, equipment, etc.;
- 4) Scope of rights of private educational institutions and paid education in public universities.

The problems mentioned above should be regulated by law.

2. Educational Legislation – a Historical Review

2.1. First period: 1991–2013

The basic law of Ukraine on education acting in independent Ukraine up to 2017 was passed in May 1991, three months before the declaration of independence of Ukraine. The law was based on the constitution of the Ukrainian Soviet Socialist Republic. At that time, this law was rather advanced and innovative for that period,

and it was important to form education in the newly independent state, stimulating the movement toward independence.

Education policy is anticipated to be determined by the Ukrainian parliament (Verkhovna Rada). The right to education was guaranteed for every citizen of Ukraine. Another law should regulate education for foreigners.

The law declared important principles such as (i) the priority of universal spiritual values over political and class interests; (ii) organic connection with national history, culture, and traditions; (iii) Independence of the state education system from political parties, and other public and religious organizations.

The law allowed the formation of private (non-public) educational institutions. But religious organizations were not allowed to found such institutions. Regarding the duration of primary and secondary education, the law demanded that children must study at school at least up to 15 years of age.

The law played an important role in forming the new democratic educational system. Many private schools and universities were founded. There were attempts to find private schools affiliated with religious organizations. This experience was not successful because of the resistance of some churches and their influence on the government.

During 1991–2017 the law was amended more than 40 times. Religious organizations were allowed to found educational institutions only in 2015.

Special laws on pre-school education, general secondary education, vocational education, and higher education were passed near 2000.

In the process of adoption of special laws, the law on education was also amended. For example, the law on general secondary education (1999) introduced three levels of general secondary education: primary (four years), lower or basic secondary (five years) and higher secondary (three years) education. Therefore, the duration of secondary education should be 12 years as a result of the full implementation of the law. In 2010, after the presidential election, when V. Yanukovich was elected, and D. Tabachnyk was appointed to the position of the Ministry of Education and Science of Ukraine, the duration of secondary education was shortened to 11 years again. This decision was in line with the general pro-Russian policy of V. Yanukovich.

Nevertheless, an extremely important reform in education which ensured the right to higher education, was implemented in 2007–2009. External independent assessment (EIA, so-called ZNO) of secondary school graduates was introduced as an essential tool to arrange fair access to higher education. Important decisions were adopted by the cabinet of ministries of Ukraine in 2004–2005. That was an interesting experience when significant reform was conducted without amendment of laws. The reform was in danger of cancellation up to 2014 because of the weak legal

basis⁴. Strong public support and research show that the EIA university entrance exam produces better students than traditional university “entrance” exams⁵.

Nevertheless, the key problems of constitutional provisions implementation mentioned at the end of the previous section were not resolved.

2.2. The reforms of 2014–2019

Revolution of dignity 2013–2014 activated efforts on European integration of Ukraine against the pro-Russian policy of the former government. Human rights and the right to education were also at the heart of this process.

Educational reform started in 2014 when a new law on higher education was adopted. The academic community envisaged the development of this law in 2013 as a move against the Yanukovich government to draft a law on higher education to return the higher education system to soviet principles to comply with Russian higher education policy.

The new ideas of the “Law on Higher Education” were continued in development in the basic “Law on Education”, adopted in 2017. Finally, new special law on general secondary education was passed in 2019. Vocational education is the only level where the new special law harmonized with the basic law on education is not yet adopted.

The right to education was clarified as the right to qualitative education became the key focus of reform.

Let us mention again that the Constitution of Ukraine was adopted based on post-socialist experience. In the Soviet Union, education was considered as a tool for the formation of a “new person”. Charles Glenn begins his report with the following statement: “a fundamental role of all communist regimes (...) has been to create a new type of humanity that would be incapable of less than full devotion to the party and leadership” and continues “schools were expected to give consistent attention to shaping the values and attitudes of their pupils: to teach Marxism-Leninism and to combat any signs of rival beliefs”.⁶

Of course, only state-owned and governed by communist party educational institutions could accomplish these tasks. However, propaganda presented it as a free and fully accessible education. This explains why the idea of free public education funded by the state was so popular among citizens and left-oriented political parties speculated a lot on it and dominated educational policy.

⁴ Viktor YANUKOVYCH election program, <https://www.cvk.gov.ua/pls/vp2010/WP0095eaf.html> (in Ukrainian).

⁵ За редакцією В. В. Ковтунця – С. А. Ракова: Дослідження якості конкурсного відбору студентів вищих навчальних закладів за результатами зовнішнього незалежного оцінювання: аналітичні матеріали. Київ, Нора-Друк, 2015. [V. V. KOVTUNETS and S. A. RAKOV (ed.): Study of the quality of competitive selection of students of higher educational institutions according to the results of independent external assessment: analytical materials.]

⁶ Charles L. GLENN: *Educational freedom in Eastern Europe*. Washington D.C., CATO Institute, 1995. 1–2.

So, introducing private educational institutions was a key item for reforming the post-communist system. Although this step, in general, was done in 1991, private education failed. The reason was that the two types of educational institutions functioned under different economic rules. Private ones were acting according to market legislation without any support from the government side. Moreover, public ones were completely maintained at the expense of public budgets.

Therefore, the main challenge in securing the right to education complained about educational freedom was to secure free of charge (funded by public budgets) education access guaranteed by the constitution instead of guarantees for such education in public institutions.

The most crucial step was done in secondary education. First of all, the law allowed funding secondary education in private schools.

*“The state funds obtained by a person of the general secondary education at the private or corporate institution of education which has a license to perform educational activities in the area of general secondary education, from the state and local budgets, by means of transferring dedicated funds in the amount of the financial standard (with due consideration to correcting coefficients) of the fiscal provision of one pupil obtaining complete general secondary education, and according to the procedure established by the cabinet of ministers of Ukraine”.*⁷

This provision is a little bit clarified by the special law. According to this law

*“financing from the state budget for obtaining a full general secondary education, including in an educational institution of private or corporate ownership, which has a license to carry out educational activities in the field of general secondary education, is carried out on the basis of the financial standard of budget expenditures per student (taking into account the relevant adjusting coefficients) in the order determined by the cabinet of ministers of Ukraine. The monetary standard of budgetary support per student is determined according to the formula approved by the cabinet of ministers of Ukraine”.*⁸

Secondly, schools founded by the religious organization were granted not only rights as other private schools, but they were granted *“the right to determine the religious orientation of their own educational activities”*.⁹

⁷ Law of Ukraine On Education, Art. 78, para 10.
https://mon.gov.ua/ua/npa/law-education#_Toc493603921

⁸ Law of Ukraine On Complete General Secondary Education, Art. 58, paragraph 2.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/463-20#Text> (in Ukrainian).

⁹ Law of Ukraine On Education, Art. 31, paragraph 2.

The second important decision concerned the mandatory status of complete general secondary education. As mentioned in the first chapter of this article, the constitution declares complete general secondary education as mandatory. This provision was interpreted for years as an obligation to issue a document on complete general secondary education to everyone who attended high school for two years. In particular, vocational education could start on the basis of lower secondary education. But students were required to graduate concurrently with a high school program before receiving a vocational education diploma. Now the law allows to get vocational education in appropriate study programs without complete secondary education¹⁰.

The third important legal provision concerns the right to access qualitative secondary education.

Schools are different, of course. The independent external assessment (EIA) disclosed in some sense the real quality of education in schools. Leaders among schools were determined as those whose graduates had better scores in EIA. Parents try to ensure that their children study in the best possible school. While leading schools' management organized a competition even for access to a primary school, families living near such schools often had no chance to send their children to the nearest school.

New laws anticipated that territories are attached to schools, and each school is obliged to take to the school those living in an attached territory. If there are free places, they can take students from other territories¹¹. This provision concerns only primary and lower secondary education and corresponding schools. Nevertheless, higher schools and specialized schools are free to select students independently.

In general, commented novelties ensured equal access to school in smart compromise with the freedom to choose a school. Another important conclusion is that the laws correctly interpreted constitutional provisions. The right to education is guaranteed by the state for secondary education in the aggregate without limitation to property type of schools. Just this is important to secure freedom of education.

Unfortunately, similar attempts in higher education failed. Nevertheless, the right to higher education and access to qualitative education was strongly secured by introducing new techniques for student selection. EIA scores are being used to conduct a competition for university entrants. New legislation secured the legal basis for EIA. This allowed to combat corruption in universities. However, also this allowed me to take the next step.

According to the law, the Gale-Shaply algorithm was applied to find the most desirable university for each entrant¹². This changed the allocation of public funds in universities because only applicants determined how many places should be funded

¹⁰ Law of Ukraine On Education, Art. 15, paragraph 2.

¹¹ Law of Ukraine On Complete General Secondary Education, Art. 8, paragraph 2.

¹² Law of Ukraine on Higher Education, Art. 44, para 9,
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text> (in Ukrainian)

by the state budget. In fact, the system “money follows students” was introduced as the first step in reforming the system of public funding of universities.¹³

There was significant progress in securing the right to education for persons with disabilities. Inclusive education was introduced as the principal approach to secure the right to education for persons with disabilities and to stipulate their socialization and employment as well.

These novelties were caused, first of all, by the strategic movement of the Ukrainian state into the international legal space in the area of inclusive policy in the interests of sustainable development. In particular, this movement is carried out in accordance with the priorities established by the provisions of such cornerstone UN documents as the Global Sustainable Development Goals 2016–2030 (approved in 2015 at the UN summit on Sustainable Development) and the medium-term strategy for 2014–2021 (37 C/4, Strategic Goals no. 4, 6).

Secondly, the implementation into Ukrainian legislation of the provisions of the cornerstone international un document “Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, ratified by law of Ukraine no. 1767-VI dated 16.12.2009 is an important factor in this process of reforming legislation in a direction favourable to the creation of an inclusive educational environment.

Law of Ukraine on Education¹⁴ defines inclusive education as “*a system of educational services guaranteed by the state which is based on the principle of non-discrimination, human diversities, effective involvement and engagement of all participants of the educational process into this process*”, introduces inclusive educational environment as “*a totality of conditions, ways and means of their realization for co-education, upbringing and development of education seekers based on their needs and capabilities*”.

Article 6 of this Law, among the principles of state policy in the field of education and the principles of educational activity, introduces the following principles: (1) Ensuring equal access to education without discrimination on any grounds, including on the grounds of disability; (2) Development of an inclusive educational environment, including in institutions of education that are the most accessible and closest to the place of residence of persons with special educational needs; (3) Ensuring the universal design and reasonable adjustment.

Articles 19 (“Education of Persons with Special Educational Needs”) and 20 (“Inclusive Education”) are devoted to the special issues of education of persons with disabilities and the creation of an inclusive educational environment.

In addition to this, Article 25 includes the following obligation among the responsibilities of the founder of an educational institution: to ensure, in accordance with the law, the creation of a barrier-free environment in the educational institution for participants in the educational process in particular for persons with special educational needs.

¹³ Order for admission to higher education in 2022. It was approved by order of the Ministry of Education and Science of Ukraine, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0487-22#Text> (in Ukrainian).

¹⁴ Law of Ukraine on Education, Art. 1, paragraph 1.

The law of Ukraine on Higher Education¹⁵ also, provisions to ensure the rights of persons with special educational needs to quality higher education. For example, it is determined that the formation and implementation of state policy in the field of higher education are ensured in particular by creating and ensuring equal conditions of access to higher education, including providing additional support in the educational process for persons with special educational needs, in particular psychological and pedagogical support, creating for their free access to the infrastructure of the institution of higher education.

In order for persons with special educational needs to exercise their right to higher education, institutions of higher education must create the necessary conditions for them to obtain high-quality higher education¹⁶. Positive discrimination of persons with disabilities is also recognized.

Article 33 of the Law on Higher Education also provides for the creation of a special educational and rehabilitation unit in a higher education institution, which is formed to organize an inclusive educational process and special education and rehabilitation support for applicants of higher education with special educational needs, providing them with access to high-quality higher education, taking into account limitations in life activities.

Article 62, among the rights of persons studying in institutions of higher education, also anticipated special education and rehabilitation support and free access to the institution of higher education infrastructure in accordance with medical and social indications in the presence of life restrictions caused by the state of health.

In 2015, the resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 30 December 2015 no. 1187 “on the approval of the licensing conditions for conducting educational activities” was adopted. In this regulatory document in the field of education, for the first time, the rights of persons with disabilities are ensured by licensing issues and corresponding reporting to the licensing authorities – the Ministry of Education and Science of Ukraine and local self-government bodies, which creates additional control over the provision of the rights mentioned above to education in the laws of Ukraine, in particular, participants with reduced mobility educational process.

In particular, these conditions stipulate that the licensee must ensure the availability of educational facilities for persons with disabilities and other groups of the population with reduced mobility, in particular, unhindered access to the building, educational classes (groups) and other infrastructure in accordance with state building regulations, rules and standards, which must be documented and confirmed by a specialist in a technical inspection of buildings and structures, who has a qualification certificate, or by a relevant institution authorized to carry out the said inspections.

Inclusive education was implemented in secondary schools rather consistently. Each school is obliged to form so-called “inclusive” class if there is a student(s) with

¹⁵ Law of Ukraine on Higher Education, Art. 3, paragraph 3.

¹⁶ Law of Ukraine on Higher Education, Art. 4, paragraph 1.

disabilities¹⁷. The government expanded this procedure to vocational education¹⁸. Institutions having inclusive classes (groups in vocational schools) get extra funding and may hire additional personnel to assist teachers. Introducing inclusive classes (groups) does not exclude special classes (groups) for students with a high level of disability.

3. Conclusions and current problems

Government to implement new legislation developed important program *New Ukrainian School*¹⁹. This ambitious program forecasts deep reforming of secondary education in 2017–2029. The concept of reform was approved by a government decision in 2016²⁰. The current state of secondary education was reviewed by V. Kovtunets²¹. Society supports reform and the new government after the 2019 presidential and parliamentary elections and applies strong efforts in its implementation despite the obstacles caused by Covid–19 pandemic and the war between Ukraine and Russia since the 24th of February 2022.

Quality is a key problem of education. Last research of labour market needs for educational qualifications discovers some tendencies which may be interpreted as dissatisfaction of employers with the quality of secondary education²². Analysis was performed using data from the big data labour market intelligence²³ system. The system collects data on current job vacancies advertisement and classifies needs for qualification with ESCO²⁴ taxonomy.

As was found during 2020–2021, job vacancies advertisement demanded levels of formal education:

- Primary – about 20%;
- Secondary and vocational non-higher education – about 15%;
- Higher education (bachelor’s degree) – over 50%;
- Higher education (master’s degree) – nearly 9%.

¹⁷ Law of Ukraine On Complete General Secondary Education, Art. 12 , paragraph 9 .

¹⁸ Procedure for the organization of inclusive education in institutions of professional (vocational and technical) education. Resolution of July 10, 2019 No. 636.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/636-2019-%D0%BF#Text> (in Ukrainian)

¹⁹ See details on the program on <https://mon.gov.ua/eng/tag/nova-ukrainska-shkola> and <https://mon.gov.ua/storage/app/media/zagalna%20serednya/Book-ENG.pdf>

²⁰ <https://www.kmu.gov.ua/npas/249613934>

²¹ <https://tinyurl.com/9xtb2w76>

²² Ковтунець В. В. – Лондар С. Л. – Мельник С. В. – Кастель-Бранко Е.: Вимоги ринку праці України до освіченості працівників. “Освітня аналітика України”. 2021. № 4 (15). 15–19. [Volodymyr KOVTUNETS – Sergiy LONDAR – Sergii MELNYK – Eduarda CASTEL-BRANCO: Requirements of the Ukrainian labour market to the level of education of employees. Educational Analytics of Ukraine.]
<https://doi.org/10.32987/2617-8532-2021-4-5-20>

²³ <https://tinyurl.hu/Ldgm>

²⁴ <https://esco.ec.europa.eu/select-language?destination=/node/1>

A high percentage of primary education corresponds to a share of the low-technological level of the industry. However, the high percentage of higher education looks strange, and the low percentage of secondary education language, digital, science, and soft skills that need to be acquired in high school do not satisfy employers.

Also, there is a disproportion between the need for master's degrees and law on higher education provision, which anticipates public funding of master programs for 50% of graduates of bachelor level.

The invalidity of the rule of law principle in education is another education problem (like other fields of public activity). Unfortunately, it is common practice when law provisions are not implemented by the government or implemented in a way that contradicts law. For example, the law on education obliged the government in 2017 to develop a draft law on the national qualification system in half a year. The law still needs to be drafted. However, such a system must create a bridge between education and the labour market to improve the quality of education.

Nevertheless, the reforms ensured education development in the right direction – to ensure fair access to quality education.

ARTICLES

FAMILY AS A CONSTITUTIONAL VALUE*

Marcin STĘBELSKI**

PhD, assistant professor at the Chair of Constitutional Law,
the University of Warsaw

Abstract

Numerous constitutional references to “family” raise the question of how – at this level of sources of law – we should interpret this concept and what the consequences of adopting a specific interpretation of the constitutional foundations of family law are. The constitutional model of the family is an expression of a specific axiological choice that prefers the model of social relations based on the marriage between a woman and a man, and a stable and permanent community of parents and their children. The references to the jurisprudence of the Constitutional Tribunal show that the family is perceived as an important constitutional value. Its protection is meant to take measures to strengthen mutual relations between family members and to create conditions enabling them to exercise their mutual rights and obligations. It is therefore problematic for the legislator to use such definitions of the family which, in the process of their interpretation, identify it solely on the basis of the criterion of common household or income community. The financial support of the family must take into account the principle of subsidiarity. Therefore, it cannot lead to the granting of public funds to communities in which the basic obligations of family members are not fulfilled.

Keywords: constitutional concept, family, marriage, parents, family benefits.

* This article is an English translation of the original article *Rodzina jako wartość konstytucyjna* published in *Przegląd Konstytucyjny* 2021/3, 121–142. See: <https://www.przegląd.konstytucyjny.law.uj.edu.pl>

** ORCID: 0000-0003-2643-6323.

1. The constitutional concept of the family

The Polish Constitution¹ (hereinafter: the Constitution) uses the notion of the family in several different contexts. Article 18 and Article 71 para. 1 of the Constitution are of primary importance in this respect, since they not only refer directly to the family², but also impose certain obligations on public authorities – of protection and care – referring to this institution of social life³. Moreover, in several other constitutional regulations very explicit references to family issues may be noticed. These include Article 23 of the Constitution, which defines the family farm as the basis of the agricultural system of the State, Article 33 para. 1 and Article 47 of the Constitution, which use the concept of “family life” or provisions referring to the rights and obligations of parents and their relations with children, i.e., Article 48 para. 1 and Article 53 para. 3 of the Constitution. A separate group of constitutional norms is also that which concerns the legal situation of the child, i.e. – apart from the aforementioned Article 48 para. 1 of the Constitution – primarily Article 72, as well as Article 65 para. 3 and Article 70 paras. 1 and 3 of the Constitution.

The mere citation of these provisions proves that the issues of the family and the foundations of family law have a distinct place in the binding constitutional regulation⁴. The point is not only the frequent reference in the Constitution to the key concepts in this field of law, but also their position in the constitutional system, inter alia, in the chapter specifying the basic principles of the political system of the State. This concerns primarily the aforementioned Article 18 of the Constitution. The meaning of this provision has hitherto been considered in a number of aspects⁵.

¹ The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April, 1997 as published in Dziennik Ustaw No. 78., item 483.

² Such a direct reference to the family is also included in Article 41 para. 2 of the Constitution that concerns deprivation of liberty and which imposes an obligation to immediately inform the family of the incident.

³ Marek ZUBIK: Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków. *Przegląd Legislacyjny*, 2007/2. 39.

⁴ The situation does not only concern the Constitution in force, as the issues of the family and family law have been constantly present in the Polish constitutional regulations of the last 100 years. Cf. Marcin STĘBELSKI: Elementy prawa rodzinnego w polskich regulacjach konstytucyjnych – między tradycją a nowoczesnością. In: Łukasz PISARCZYK (ed.): *Między tradycją a nowoczesnością. Prawo polskie w 100-lecie odzyskania niepodległości*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2019. 125–138 and 147.

⁵ There are numerous commentaries and studies on Article 18 of the Constitution, which include: Piotr SOBCZYK: Małżeństwo i rodzina w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego. Art. 18, 48, 71 Konstytucji RP. In: Tadeusz PŁOSKI – Justyna KRZYWKOWSKA (ed.): *Matrimonium spes mundi. Małżeństwo i rodzina w prawie kanonicznym, polskim i międzynarodowym. Księga pamiątkowa dedykowana ks. Prof. Ryszardowi Szytmillerowi*, Olsztyn, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2008. 381. et seq.; Andrzej MĄCZYŃSKI: Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego. In: Piotr KARDAS – Tomasz SROKA – Włodzimierz WRÓBEL (ed.): *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa, Wolters Kluwer, 2012. 758–778.; Bolesław BANASZKIEWCZ: Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP. *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 2013/3. 591. et seq.; Ewa Łętowska – Jan WOLEŃSKI: Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r. *Państwo i Prawo*,

It is worth pointing out that, apart from the family, Article 18 of the Constitution also enumerates: marriage as a union of a man and a woman, motherhood and parenthood, as well as that all these categories are jointly placed under the protection and care of the Republic of Poland. The adopted method of shaping this provision is the result of a conscious decision of the authors of the Constitution, which should not be disregarded when explaining its meaning⁶. Therefore, when interpreting the concepts included therein, neither the order in which they have been enumerated, nor their mutual relations in meaning may be abstracted from⁷. Thus, when we refer to the constitutional concept of the family, this issue should be considered jointly with those guarantees which, apart from the family, the Constitution applies also to the other categories explicitly indicated in its Article 18. Thus, it may be noticed that the inclusion of this provision in Chapter I of the Constitution was aimed at emphasising the special importance of the institutions of key significance for the creation of such foundations for the social structure, which are based on permanent interpersonal relations. The idea is therefore to undertake activities that will create the appropriate conditions for the building and development of such relationships. Therefore, the aim is to strengthen the bonds between a man and a woman in a marriage, as well as between parents and children, which is to be achieved through protection and care with regard to family, motherhood and parenthood.

The solution provided for in Article 18 of the Constitution is undoubtedly an expression of a specific axiological choice, which implies a preference for a model

2013/6. 15. et seq.; Bogusław BANASZAK – Maciej ZIELIŃSKI: Konstytucyjne i ustawowe pojęcie rodziny. *Monitor Prawniczy*, 2014/7. 351–355.; Witold BORYSIAK: Art. 18. In: Marek SAFJAN – Leszek BOSEK (ed.): *Konstytucja RP. Komentarz*. Vol. I, Warszawa: C.H. Beck, 2016. 464–495; Radosław PUCHTA: Ochrona rodziny i małżeństwa w Konstytucji RP. In: Marek ZUBIK (ed.): *Minikommentarz dla Maksiprofesorów. Księga jubileuszowa Profesora Leszka Garlickiego*. Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2017. 165. et seq.; Paweł BUCOŃ: Konstytucyjne podstawy wspierania rodziny przez władze publiczne w Polsce. *Przeгляд Prawa Konstytucyjnego*, 2019/4. 114–129.

⁶ The necessity to introduce solutions ensuring protection of the family had been emphasised since the very beginning of work on the binding Constitution. Cf., e.g., the statement of A. Grześkowiak of 30 September 1994. *Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, 1995/9. 27–28. The inclusion of the definition of marriage in the Constitution resulted from the conviction that the legal institutionalisation of a union between two individuals was to be in the form of marriage as an institution of a well-established meaning. The examples of institutionalisation of the same-sex unions and granting them with the features similar to marriage, which were known from other legal systems, were also considered. Cf. Andrzej MĄCZYŃSKI: Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych. In: Marek ANDRZEJEWSKI (ed.): *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*. Toruń, Dom Organizatora, 2013. 91. More on the origins of the current constitutional regulations see, inter alia: BORYSIAK op. cit. 428–440. as well as BANASZKIEWICZ op. cit. 640–652.; Marek SZYDŁO: Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji. *Zeszyty Prawnicze BAS*, 2017/4. 24–26.

⁷ Therefore, it is necessary to reject each interpretation of particular notions included in Article 18 of the Constitution in complete separation from the others, and thus to apply in this respect a kind of “disjointed” interpretation of that Constitutional provision. Cf. Marcin STĘBELSKI: Jeszcze na temat art. 18 Konstytucji. Uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. *Zeszyty Prawnicze*, 2021/21.1. 114.

of social relations based on marriage between a man and a woman⁸ as well as, in a broader aspect, a stable and permanent community of parents and their children. The consequence of this choice is therefore entrusting the State with the role of the guarantor of such functioning of the institutions enumerated in Article 18 of the Constitution, so that they become the domain in which individuals may exercise their freedom of shaping interpersonal relations. Moreover, this also concerns the strengthening of communities that are so essential to the way of organising social life under the present Constitution, which, apart from ensuring the protection of individuals' freedoms and rights, also confers specific obligations on them. Thereby, Article 18 of the Constitution clearly refers to this model, which is to develop between two extremes, thus rejecting both a collectivist approach as well as extreme individualism⁹. It is therefore no coincidence that the legislation concerning the family was included in Chapter I of the Constitution, among other provisions that constitute the basis for the functioning of communities and organisations necessary for the creation of civil society¹⁰. Their key importance for the model of political community adopted in the Constitution is paralleled with the granting of fundamental significance to the family and other values indicated in Article 18 of the Constitution with regard to a particular model of social community¹¹.

The indicated significance of Article 18 of the Constitution, including the constitutional regulation of the family, has been consistently recognised in the Constitutional Tribunal (hereinafter: the Tribunal, the CT) jurisprudence for a number of years. The Tribunal has interpreted this provision not only against the background of the axiology adopted in the Constitution¹², but it also attributed the family "a particularly high position in the hierarchy of constitutional values"¹³. It emphasised the close connection of Article 18 with Article 71 of the Constitution, deriving from these provisions the obligation for the State to take measures to strengthen the bonds between individuals who constitute the family, particularly

⁸ On the nature of the relationship between spouses see, inter alia: Sherif GIRGIS, Robert P. GEORGE – Ryan T. ANDERSON: *What is Marriage? Man and Woman; A Defense*. New York, Encounter Books, 2012. 23–36.

⁹ Cf. Marek ZUBIK: Pomocniczość. Zasada ustrojowa sprawiedliwej struktury społecznej oraz granica oczekiwań realizacji polityk państwa w rozstrzygnięciach Trybunału Konstytucyjnego. In: Marek ZUBIK (ed.): *Minikomentarz dla Maksiprofesora. Księga jubileuszowa Profesora Leszka Garlickiego*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2017. 55.

¹⁰ This primarily refers to the constitutional guarantees of establishing political parties, other voluntary associations and foundations (Articles 11, 12 of the Constitution), provisions concerning the activity of professional self-governments as well as other types of self-government (Article 17 of the Constitution), churches and other religious associations (Article 25 of the Constitution).

¹¹ The importance of the family for the society results, inter alia, from the fact that it creates a community within which there are conditions for building bonds and strengthening interpersonal relations. Cf. Zbigniew STRUS: Znaczenie artykułu 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. *Palestra*, 2014/9. 236–237.

¹² See e.g., the judgement of the CT of 11 May 2011, SK 11/09, part III, point 3.4.

¹³ See the judgment of the CT of 18 May 2005, K 16/04, part III, point 4.

between spouses, parents and children¹⁴. In this context, it was also emphasised that the protection of the family, as exercised by the public authorities, must comply with the vision of the community adopted by the Constitution. It constitutes a permanent union of a man and a woman aimed at motherhood and responsible parenthood¹⁵. It means that the legislator is obliged to undertake such actions that will ensure permanence and thus stability of the family, primarily in the aspect which refers to mutual relations of its members. The particular importance of the family for the society is connected with the obligation to apply such solutions concerning the area of family life, which will enable “the harmonious shaping of family relations for the benefit of all its members”¹⁶. The Tribunal emphasised in this context that the protection of the family implies not only a demand but also an obligation to shape individual legal institutions in a manner which ensures that the family community can optimally perform the functions which the legislator considers to be the most important for the society, primarily the procreative function as well as the care and socialisation function¹⁷.

The guarantee of protection and care addressed, inter alia, to the family (Article 18 of the Constitution) is regarded as one of the constitutionally defined objectives of the activity of public authorities¹⁸. Although it is not possible to exhaustively indicate the ways of achieving this objective¹⁹, it certainly concerns such actions of the legislator which will enable individuals to achieve personal fulfilment within a special community, which the family is. It involves the strengthening of the bonds between family members and the creation of conditions enabling them to exercise their mutual rights and responsibilities, in particular their obligation to support and assist one another²⁰. Therefore, it is understandable that in its jurisprudence hitherto the Constitutional Tribunal has consistently found that such solutions, which actually

¹⁴ See the judgment of the CT of 4 September 2007, P 19/07, part III, point 6.3.

¹⁵ See the judgment of the CT of 12 April 2011, SK 62/08, part III, point 4.3.

¹⁶ See the judgment of the CT of 16 July 2007, SK 61/06, part III, point 6.

¹⁷ See the judgment of the CT of 22 November 2016, K 13/15, part III, point 4.2.

¹⁸ It provides the basis for reconstruction of a norm described as programmatic, which may constitute a model for control of other legal acts. See the judgement of the CT of 22 July 2008, K 24/07, part III, point 3.3.

¹⁹ In the jurisprudence it has been indicated, inter alia, that the protection guaranteed to the family prohibits the eviction of families unable to pay the rent (the judgment of the CT of 4 April 2001, K 11/00) or orders to take into account the situation of family members when specifying the rules of taxation (the judgment of the CT of 4 May 2004, K 8/03). Against this background, the obligation, stemming from Article 71 para. 1 sentence 2 of the Constitution, to ensure a “special”, i.e., higher than average, standard of protection for families in a difficult financial and social situation, especially large families and single-parent families, was also emphasised. Cf., inter alia, the judgement of the CT of 5 November 2005, P 3/05, part III, point 3.

²⁰ See the judgment of the CT of 25 July 2013, P 56/11, part III, point 5.2.1. The Tribunal very aptly emphasised that the circumstance of including in the Constitution certain institutions of family law must be construed in such a way that it provides – at the constitutional level – certain minimum guarantees concerning the actions that the legislator is to undertake, inter alia, with regard to the family.

undermined the bonds between members of a family, are inconsistent with Article 18 of the Constitution. This concerned, for instance, such shaping of the conditions for obtaining financial assistance paid from public funds, which encouraged the spouses to engage in activities simulating the breakdown of their marriage²¹. The Tribunal also found unconstitutional the implementation of legal provisions which conditioned access to a particular benefit upon a parent's decision as to his or her marital status. The Tribunal held that the constitutional clause protecting the family must be construed not only as an obligation to create statutory solutions protecting the family against disintegration, but also as excluding the option of adopting solutions which – due to the potential loss of certain financial benefits – would discourage individuals from starting a family²². In this sense, it can be argued that the Tribunal's statements with regard to the guarantee of care and protection of the family (Article 18 of the Constitution) were not only characterised by their consistency, but also by their specific categorical nature. The Tribunal pointed out that Article 18 of the Constitution sets a limit to the legislator's activities with regard to, *inter alia*, the family, however, the Tribunal also very firmly questioned the constitutionality of any solutions that posed even the risk of undermining the bonds between family members, which was considered a threat to its proper functioning²³. Thus, while the obligation to implement the protection and care of the family may – in specific conditions – be subject to various assessments from the perspective of whether a particular solution actually takes into account the well-being of the family, in the light of the jurisprudence of the Constitutional Tribunal, there is no doubt that Article 18 in conjunction with Article 71 para. 1 of the Constitution constitute a barrier to such statutory norms, which would undermine the significance of natural relations between family members and which might, even to a small extent, contribute to the disintegration of bonds between such persons, and consequently to undermining the stability and continuity of the family.

The family, at the constitutional level, is considered to be a value to be protected. This is despite the fact that none of the numerous constitutional provisions specifying the legal status of the family provides its legal definition. This may cause some interpretation problems, nevertheless – referring to the jurisprudence of the Constitutional Tribunal and the statements of the doctrine – the scope of the meaning of this concept may be quite precisely determined.

²¹ Cf. the above-cited judgment of the CT of 18 May 2005, K 16/04.

²² In this case, it concerned a child's parent entering into a new marriage providing the basis for functioning of a new family, which in the then legal status was connected with the loss of the right to receive an advance of maintenance payment. See the judgement of the CT of 23 June 2008, P 18/06, part III, point 4.4.2.

²³ Another example of such a judgment was finding unconstitutional solutions that prevented assigning different registration numbers to spouses running separate farms. The Tribunal emphasised that the existing "advantage" of having separate registration numbers could not only influence the decision not to enter into marriage, but also encourage the persons remaining in such a relationship to end their marriage. See the judgment of the CT of 3 December 2013, P 40/12. Especially part III, point 10.

The Tribunal emphasised that the constitutional concept of “family” should be construed primarily by reference to its linguistic meaning. There are no grounds for departing from the common meaning of constitutional concepts as shaped in the Polish language when interpreting them. Thus, it considered the family to be a community of parents, most often a marriage with children, and an incomplete family as a family in which one parent is absent. Hence, the Tribunal considered that, in the light of the constitutional provisions, the family consists of every permanent union of two or more individuals, comprising as a minimum one adult and one child, based on emotional, legal and usually blood ties²⁴. This approach referred to earlier doctrinal statements identifying the family as a specific community of individuals – parents and children – that pursue common objectives and its members have a permanent and close relationship to one another²⁵. Thereby, the Tribunal explained the constitutional concept of the family, indicating that it is a permanent union between a man and a woman that is aimed at motherhood and responsible parenthood²⁶.

The family as referred to in the Constitution concerns the natural community of parents and their children²⁷. It is created either by birth or adoption²⁸. It has been aptly emphasised in the doctrine that the family, constituting a group of individuals united by a bond based on lineage, has a primary character in relation to existing legal provisions, including those provided for in the Constitution²⁹. Its normative status at the constitutional level is thus closely related to the fact that such a community performs certain functions that are considered essential and – for that specific reason – are subject to the care and protection of the State, which takes into account the well-being of the family³⁰. This concerns both the procreative function, in the exercise of which the family is irreplaceable, as well as other – related to it – important functions regarding the safeguarding of the existence of dependent family members (the care function) and the appropriate shaping of their attitudes and behaviour necessary for independent life in society (the educational-socialisation function)³¹. In this sense, the mere absence of a definition of the family in the Constitution does not mean either

²⁴ See the judgment of the CT of 12 April 2011, SK 62/08, part III, point 4.2.

²⁵ Cf. Marek DOBROWOLSKI: Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. *Przeгляд Sejmowy*, 1999/4. 23–24.

²⁶ See the judgment of the CT of 12 April 2011, SK 62/08, part III, point 4.3 and the judgment of the CT of 9 July 2012, P 59/11, part III, point 3.1.

²⁷ In the CT jurisprudence it has been emphasised that it is: “a complex social reality being the sum of relations connecting primarily parents and children”. See the judgement of the CT of 28 May 1997, K 26/96, point 3.

²⁸ It is pointed out that in the case of adoption the family bond is established on a different legal basis. Cf. BORYSIAK op. cit. 487.

²⁹ See MĄCZYŃSKI (2012) op. cit. 768.

³⁰ Thus, the issue concerns the relationship between the obligation imposed on public authorities in Article 18 of the Constitution as well as the criterion for its fulfilment that is introduced by Article 71 para. 1 of the Constitution.

³¹ See MĄCZYŃSKI (2012) op. cit. 768. For more on the family function see, inter alia: Marek ANDRZEJEWSKI: *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko-rodzina-państwo)*. Kraków, Zakamycze, 2003. 24.

that we can interpret this concept in an arbitrary manner at this level of legal sources, or that its scope may be arbitrarily shaped by the legislator.

The constitutional concept of the family refers to the exercise of a function within a particular community of individuals: parents (a man and a woman) and their common children³². The possibility of its proper functioning requires undertaking such actions by the State which will ensure the permanence and stability of the family as a life community. This – to a large extent – is connected with the guarantee nature of Article 18 of the Constitution, and subsequently, the obligation stemming from Article 71 para. 1 of the Constitution to take into account the well-being of the family in the social and economic policy of the State³³.

Defining the family as a union of parents and children based – in principle – on consanguinity, is clearly confirmed and developed on the constitutional grounds. It results both from the normative context of the entire Article 71 of the Constitution³⁴, as well as from previous normative provisions conferring on parents the rights necessary for the exercise of functions performed within the family and being subject to constitutional protection³⁵. It is also connected with the constitutionally defined status of the child as the entity to whom the actions taken by parents relate and serve. Safeguarding children's rights and ensuring the conditions for their personal development is achieved primarily within the family, which is the child's natural environment for development and life³⁶. Thus, the obligation of the State to undertake measures taking into account the well-being of the family represents a more general criterion, which at the same time is to ensure the protection of the rights of the child (Article 72 para. 1 of the Constitution), in accordance with the criterion of the well-being of the child. This aspect has also been emphasised by the Constitutional Tribunal, which pointed out that the most comprehensive implementation of the principle of the well-being of the child consists of ensuring the possibility of the child's upbringing in the family, primarily in the natural family³⁷.

³² Cf. BORYSIAK *op. cit.* 489.

³³ This concerns the creation of a permanent and safe environment for the personal development of family members, manifested in activities that strengthen their natural bonds and enable their development. Cf. BORYSIAK *op. cit.* 1637.

³⁴ Regardless of the method of interpreting the concepts of a large or a single-parent family, undoubtedly this is a community which exists with regard to the child. Similarly, to the provision of Article 71 para. 2 of the Constitution, in which special assistance from the public authorities is guaranteed to the mother due to her relationship with the child before and after its birth.

³⁵ This primarily concerns the rights of parents under Article 48, Article 53 para. 3 or Article 70 para. 3 of the Constitution.

³⁶ This aspect is explicitly emphasised in the Preamble to the Convention on the Rights of the Child, adopted by the United Nations General Assembly on 20 November 1989, OJ. 1991, No. 120, item 526 as amended, where it is indicated that “the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully exercise its responsibilities within the community”.

³⁷ See the judgement of the CT of 28 April 2003, K 18/02, part III, point 1.

The position of the family among other elements of the normative content of Article 18 of the Constitution provides – as it has already been emphasised – an important interpretative context, which obliges to interpret individual concepts in a specific relation to one another, while preserving their semantic autonomy. Since the legislator used the concepts of “marriage” and “family” separately, these institutions should not be equated with each other³⁸. It is correct the view according to which the specific features of marriage, namely its stability and permanence resulting from the inclusion of the existing relationship between a man and a woman in a specific framework of a legal relationship, is the constitutionally preferred basis of the family³⁹. However, taking into account the normative context referred to above, the existence of children, connected with their parents by blood ties or by a legal relationship defining their mutual relationship, must be considered an essential feature distinguishing a family. The constitutional interpretation of the family is thus not conditioned by marriage of the child’s parents⁴⁰. However, while maintaining the conceptual distinction between the marriage and the family, it is difficult to accept that childless spouses can be equated with the family, as provided for in Article 18 of the Constitution⁴¹. Nevertheless, that does not change the fact that the protection and care ensured on that basis applies to every marriage of a man and a woman and to every family, regardless of the number of children⁴². Taking into account the entire normative content of Article 18 of the Constitution, the family referred to in this provision cannot be equated with any informal relationship in which a child is brought up⁴³. Defining the family in relation to the natural, and in some cases legal relationship between parents and children, is connected – most frequently and as a rule – with consanguinity resulting from the descent of children from their parents. This excludes the possibility of equating the constitutional concept of the family with

³⁸ Cf. MĄCZYŃSKI (2012) op. cit. 772.

³⁹ Cf. BORYSIAK op. cit. 488.

⁴⁰ The family as constitutionally construed will also include the informal union of a man and a woman who are bringing up their common child or children.

⁴¹ Otherwise, inter alia, Leszek GARLICKI: Art. 18. In: Leszek GARLICKI – Marek ZUBIK (ed.): *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Vol. I, Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2016. 501; Piotr TULEJA: Art. 18. In: Piotr TULEJA (ed.): *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019. 82; BANASZAK, ZIELIŃSKI op. cit. 354.; BUCOŃ op. cit. 119.

⁴² Cf. DOBROWOLSKI op. cit. 26.

⁴³ In the jurisprudence of administrative courts, it has been emphasised that the family in the constitutional concept is closely related to such concepts as marriage, i.e., the union of a man and a woman, motherhood and parenthood. These concepts and the underlying values are under the protection and care of the Republic of Poland. See the judgement of the Supreme Administrative Court (hereinafter: the NSA) of 20 March 2012, II FSK 1704/10. See the judgement of the NSA of 20 March 2012, II FSK 1704/10. It has also been indicated that including the same-sex unions in the concept of family and regarding them as spouses is contrary to the Constitution. See the judgment of the NSA of 19 June 2013, II OSK 475/12; the judgment of the WSA in Warsaw of 25 November 2014, VI/SA/Wa 1733/14.

the actual same-sex unions which bring up children⁴⁴. However, also in this case, there is no doubt that the relationship between a mother or father and his or her child is protected by the Constitution⁴⁵.

The remarks regarding the constitutional approach to the family concern, what is worth emphasising, the model of legal regulation of such a community as adopted in the binding Constitution. Even this circumstance alone means that the constitutional definition does not have to comprehensively reflect all meanings that are attributed to the family in its commonly accepted sense. Particularly, since it is an ambiguous notion, which is subject to different perceptions in accordance with ongoing cultural and social changes. The Constitution uses a uniform – on the ground of particular norms – concept of family, and its essence refers to the relationship between parents and their children. According to this approach, it may not be particularly surprising that relationships that we customarily define as family may not fall within the scope of the concept used in Article 18 of the Constitution. Therefore, it does not seem that taking this provision into account, and interpreting it in connection with Article 71 of the Constitution, it may be concluded that the family is constituted by every life community, even if it concerns factual bonds of special importance for a human being⁴⁶. Although there is no doubt that the bonds existing within the family are of significant importance for its members, however, at the same time they cannot be referred to any group of entities, disregarding the fact that the basic justification for the constitutional regulation of the family is to ensure protection and care for a specific community: parents and their children, performing the functions attributed to it.

2. Problems with the application of the constitutional concept of the family

The essence of the constitutional concept of the family as a community of parents and their children does not exclude entirely and categorically the possibility of equating the family – as a constitutional value – with its broader concept⁴⁷. The condition for such an approach, as well as the limit for recognising a permanent union of two individuals

⁴⁴ A union of two or more persons of the same sex in cohabitation is not a marriage, and the persons bound by this union, as they cannot perform the pro-creation function, are not a family under Article 18 of the Constitution. See MAĆZYŃSKI (2012) op. cit. 771. and 776.; BORYSIK op. cit. 485. Otherwise: GARLICKI op. cit. 502.

⁴⁵ The relationship of the mother and the child is protected under Article 18 of the Constitution by the protection of “motherhood” and “parenthood” ensured therein. As far as the father is concerned, the protection of his relation with the child is also safeguarded by Article 18 of the Constitution in that part which concerns “parenthood”. Cf. BORYSIK op. cit. 489.

⁴⁶ Otherwise: PUCHTA op. cit. 172–173. The author defines the family as a life community, within which there are relatively permanent, close factual ties, based primarily on feelings, but also on economic interdependence.

⁴⁷ This aspect has been pointed out in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal. In the quoted judgment of 28 May 1997, K 26/96, the Tribunal indicated that in: “in a broader sense, the concept of family should also include other relations which arise on the basis of ties of blood or relations of adoption” (point 3). The Tribunal adopted a similar approach in the above-cited judgment of

as a family, should however be the existence of ties of consanguinity or affinity⁴⁸. The content of the constitutional regulation of the family does not categorically exclude the use of specific definitions by the legislator that define family relations in a manner appropriate for a specific field of law. This may be clearly observed on the example of the regulation of the marriage and the connection of this union with the family in the Family and Guardianship Code⁴⁹. Thus, the constitutional approach does not exclude other solutions, especially those which use a broader definition of the family. However, it should provide a point of reference for the norms implemented at the statutory level, due to the basic assumptions of the system of sources of law, i.e., the principle of supremacy of the Constitution and the directive regarding the use by the legislator of solutions that will serve the achievement of constitutional objectives.

The accomplishment of this more general assumption, however, raises certain problems which may be noticed when referring to the practice of application of certain provisions defining the family. In this context, I would like to focus solely on signalling two issues. Firstly, the manner of defining the family at the statutory level with regard to its constitutional concept. Secondly, the issue of the consequences that the constitutional concept of the family should evoke with respect to the conditions and circumstances of granting financial assistance to the family as specified on the statutory level.

An exhaustive analysis of all the examples in which the legislator uses definitions of the family appropriate for a specific field of legal regulation is beyond the scope of the present paper⁵⁰. It can only be mentioned that such definitions have been introduced e.g., in the Act on Family Benefits⁵¹, the Act on Assistance to Persons Entitled to Alimony⁵² or the Act on Social Assistance⁵³, and their application concerns, inter alia, the manner of determining family income, which constitutes one of the basic criteria for granting certain benefits. In this context, the definition of the family was also provided for in the Act on State Assistance for the Upbringing of

4 September 2007, P 19/07, which provided for the application of a broad definition of the family including parents' siblings – part III, point 6.5.

⁴⁸ See BORYSIAK op. cit. 1637. Similarly: Krystian COMPLAK: Art. 18. In: Monika HACZKOWSKA: *Komentarz. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*. Warszawa, Wolters Kluwer, 2014. 33.

⁴⁹ Referring to the content of, inter alia, Articles 23, 24 and 27 of the Polish Family and Guardianship Code (hereinafter: the Family Code), entering into marriage establishes a family regardless of whether the spouses have common children. The doctrine emphasises the fundamental relationship between the marriage and the family. The normative model of marriage at the statutory level was established in order to protect the family due to its socially important functions. Cf. Maciej DOMAŃSKI: *Względne zakazy małżeńskie*. Warszawa, Wolters Kluwer, 2013. 18–19.

⁵⁰ Cf. e.g., Katarzyna STERNA-ZIELIŃSKA: Zakres semantyczny pojęcia „rodzina” w prawie polskim. *Krytyka Prawa*, 2016/8. 99–117.

⁵¹ The Act of 28 November 2003, Journal of Laws, 2020, item 111 as amended. The definition of the family is provided in Article 3 para. 16 of the Act.

⁵² The Act of 7 September 2007, Journal of Laws, 2020, item 808 as amended. The definition of the family is provided in Article 2 para. 12 of the Act.

⁵³ The Act of 12 March 2004, Journal of Laws, 2020, item 1876 as amended. The definition of the family is provided in Article 6 para. 14 of the Act.

Children, in the legal status that conditioned granting of an upbringing benefit upon the fulfilment of the income criterion⁵⁴. The practice of applying such definitions, the basic scope of which is most frequently related to determining the group of entities which are entitled to benefits, very often also results in generalised statements, thus defining the perception of the family in a perspective exceeding a specific statutory regulation. Thus, judicial decisions create a specific way of deciding upon the very essence of what the family is and who can be a member of it⁵⁵. This perspective raises serious objections in comparison with the previously presented constitutional approach. Undoubtedly, pursuant to the provisions of the Constitution, the family cannot be regarded as an arbitrary life community, which may be distinguished on the basis of the economic, income or common household criterion. The very fact of the inclusion of the family in the Constitution, in conjunction with the adopted method of its legal regulation, excludes the possibility of treating such community in a subjective way, which depends on personal needs, and thus which tends to relativise this concept. While referring to the jurisprudence of the Constitutional Tribunal, it is difficult to doubt that Article 18 in conjunction with Article 71 para. 1 of the Constitution provide a barrier to such statutory provisions, which would undermine the importance of natural relations between family members and could, even to a small extent, contribute to the disintegration of bonds between them, and consequently to the undermining of the stability and permanence of the family.

From this perspective, it is difficult to accept those interpretations of the statutory definitions that identify the family solely on the basis of the assessed life situation and the factual circumstances in which its members remain. The approach which ultimately results in the conclusion that the father (mother) of the child is not a family member due to his or her actual “absence” and remaining outside the “income community” does not comply with the constitutional concept of the family⁵⁶. This is because it questions consanguinity, which is the only relevant criterion for understanding the concept of family. Thus, defining a particular community for the

⁵⁴ The Act of 11 February 2016, Journal of Laws, 2019, item 2407 as amended. The definition of the family, equal to the definition under the Family Benefits Act, was provided for in Article 2 para. 16, in force until 1 July 2019.

⁵⁵ This concerns, for instance, the manner of interpretation of the concept of “family”, adopted on the basis of the Act on Family Benefits as well as the Act on Assistance to the Persons Entitled to Alimony, which conditions the inclusion of the child’s parents or spouses in the family on the fact whether they constitute an “income community”, thus, whether they prove the existence of a relevant relationship connected with their living situation. See e.g., the judgments of the NSA of: 14 February 2012, I OSK 1709/11; 3 March 2017, I OSK 2339/16; 13 September 2017, I OSK 2955/16 and, inter alia, the judgments of the WSA in: Szczecin of 18 January 2018, II SA/Sz 1199/17; Gdańsk of 7 February 2019, III SA/Gd 906/16; Warsaw of 14 November 2019, I SA/Wa 1760/19. See also Tomasz RAKOCZY: Wykładnia celowościowa pojęcia „rodzina”. Głosa krytyczna do wyroku WSA w Szczecinie z dnia 18 stycznia 2018, II SA/Sz 1199/17. *Forum Prawnicze*, 2020/2. 88–97.

⁵⁶ See e.g., the judgment of the NSA of 21 June 2016. I OSK 2361/14; the judgment of the WSA in Szczecin of 3 December 2015, II SA/Sz 616/15; the judgments of the WSA in Warsaw of: 26 October 2016, I SA/Wa 1208/16; 14 November 2019, I SA/Wa 1760; 30 June 2020, I SA/Wa 429/20; the judgments of 27 August 2019, II SA/Rz 607 and II SA/Rz 627/19.

purpose of a financial benefit from the State clearly departs from the perception of the family which not only justifies its constitutional regulation, but also explains the very fact of granting it such support. Therefore, it leads to a gradual redefinition of the concepts, which at the constitutional level have a completely different meaning.

This is connected with yet another negative effect. The substitution of the family defined – in principle – as the kinship of parents and children by another community of the same name, though distinguished on the basis of the criterion of income or life interests, depreciates the significance of the constitutionally preferred family model based on the marriage. It appears that a married applicant loses the chance to be granted the benefit, e.g., due to actual separation of spouses, due to the fact that his or her income is determined on the basis of the legal status and not on the basis of the actual status or the prerequisite of common household⁵⁷. However, since judicial decisions often take into account the factual circumstances of unmarried parents of children, this may provide an “incentive” for the formal ending of ongoing relationships, in particular in view of the problems existing between the spouses. It may also effectively “discourage” the formalisation of unions, which have not previously formed an “income community”, and which could, by entering into marriage, lose financial support in the form of benefits⁵⁸.

In this context, the frequently cited reasoning of the above-questioned method of interpretation, which refers to the necessity of “appropriate” application of particular elements of the statutory definition, is not convincing⁵⁹. Each use by the legislator of the term “appropriate” cannot disregard the literal meaning of the definition of the family. This would mean that the definition – as such – cannot have any practical effect as long as an authority or a court does not provide it with a proper – “appropriate” – interpretation. However, this would undermine the point of including such a definition in the statute. Therefore, it should be assumed that if the legislator decides to define the family, the individuals indicated by it should automatically be regarded as members of the family, in accordance with the wording of the relevant provision⁶⁰.

⁵⁷ See, inter alia, the judgment of the NSA of 18 December 2018, I OSK 1806/18, along with the jurisprudence cited therein indicating – in the court’s assessment – an established view in this respect: the judgments of the NSA of: 23 September 2005, I OSK 150/05; 13 January 2010, I OSK 1128/09; 22 February 2012, I OSK 2543/11. The same position may also be observed in the recently issued judgments, see, inter alia: the judgment of the NSA of 16 May 2019, I OSK 2543/17; the judgment of the WSA in Rzeszów of 4 July 2019, II SA/Rz 258/19.

⁵⁸ The above, however, recalls the previously quoted judgments of the Constitutional Tribunal concerning norms posing the risk of weakening family bonds. See the abovementioned judgments of the CT of: 18 May 2005, K 16/04; 3 December 2013, P 40/12; 23 June 2008, P 18/06.

⁵⁹ See, e.g.: the judgment of the NSA of 14 June 2017, I OSK 752/16; the judgment of the NSA of 3 March 2017, I OSK 2339/16. The use of the term “appropriate” by the legislator is supposed to exclude “mechanical application of a legal norm”, imposing its necessary adaptation to “the essential objectives and forms of a specific proceeding, as well as taking full account of the nature and purpose of a particular proceeding”.

⁶⁰ Cf. Maciej P. GAPSKI: Definicja pojęcia „rodzina” zawartego w ustawie o świadczeniach rodzinnych. Glosa do wyroku NSA z dnia 14 lutego 2012 r., I OSK 1709/11. *Samorząd Terytorialny*, 2017/12. 93.

It appears, however, that the abovementioned problems concerning the interpretation of statutory definitions in the constitutional context might be solved by assuming that what, at the statutory level, is to constitute the “family” primarily for the purpose of granting financial support to a particular community, may be regarded only as a concept that serves the technical identification of the basis for determining specific benefits. Thus, numerous statutory definitions, which serve various purposes and – in this context – require adjustment to the specific circumstances of a “given case”, would no longer raise such significant objections as those referring to a different category than the one which would define the family as a specific community being the subject of constitutional regulation. However, this issue would require more extensive analysis as well as an attempt to use certain concepts differently from the current one by the legislator.

The second problem worth pointing out concerns the conditions of support which, according to the provisions of the Constitution, should be granted to families. The general objective in this regard is provided for in Article 18 of the Constitution, which concerns the care and protection of the State to which the family is entitled. The above is also confirmed by Article 71 of the Constitution, which establishes the well-being of the family as a general and universal criterion for the conduct of State policy, while emphasising the necessity of adapting assistance to the family to the specific situation it may face. A separate and at the same time key determinant of all actions aimed at the family is also the principle of subsidiarity, which expresses one of the basic axiological assumptions of the binding Constitution, and thus constituting an important interpretative key for its provisions. Subsidiarity in more general terms determines the necessary limit of State interference in those domains in which individuals can exercise their rights autonomously⁶¹. It emphasises the principle that protects against arbitrary action of the State, while also imposing an obligation on the individual to undertake active measures to express his or her concern for their own interests⁶². From this perspective, the compliance with the principle of subsidiarity always conditions granting of support to an individual by the State on his or her ability to take efficient measures to improve his or her situation.

As far as the issue of financial support for families is concerned, the principle of subsidiarity has been repeatedly and very precisely referred to in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal. It has been emphasised in this context that the State can never substitute the family in the exercise of its functions, since in this scope it performs an auxiliary and complementary role. It does not absolve persons responsible from taking measures aimed at maintaining the family⁶³. In the context of maintenance obligations, the Tribunal unequivocally stated that the scope of the State’s obligation is determined by the constitutional principle of subsidiarity and the

⁶¹ More extensively see Marek ANDRZEJEWSKI: Świadczenia socjalne a obowiązki alimentacyjne członków rodziny w świetle zasady pomocniczości. *Prawo i Zabezpieczenie Społeczne*, 2019/11. 22–23.

⁶² Cf. ZUBIK (2017) op. cit. 56.

⁶³ See the judgment of the CT of 22 July 2008, P 41/07, part III, point 4.3.

prohibition of interference in the autonomy of the family, including in the material domain (minimum subsistence)⁶⁴. Thus, the State assistance cannot have the effect of releasing the family from its maintenance obligation⁶⁵.

The subsidiary nature of the State activities also applies to that domain of the family functioning that concerns the fulfilment of parental duties. Also in this aspect, the provision of social assistance must not lead to the neglect of the parents' obligation of bringing up their child⁶⁶. This idea was expressed even more emphatically by pointing out that it is unacceptable to relieve parents of the burden of supporting their children at the price of abandoning their upbringing⁶⁷. As the Tribunal emphasised, the involvement of the State in the domain of social security should not therefore lead to the atrophy of parental obligations⁶⁸.

The analysis of these court judgments, in which the definition of the family is interpreted in the context of the current life situation of the individuals applying for a particular benefit, leads to the conclusion that the State assistance, which is guaranteed in such situations, is in fact granted without taking into account the aforementioned criteria arising from the principle of subsidiarity. If, within the meaning of the statutory definition adopted by the courts, the decisive condition for including a father in the family depends on whether he remains in the income community with the mother and child, then each actual separation of the father also means that he is relieved of the obligation to maintain his family. The finding that, for instance, the father of a child, sometimes also married to the mother, does not maintain regular contact with his family, does not participate in deciding important matters and thus does not create bonds with the members of the family, results in his exclusion from the "formally" understood family and, consequently, in the takeover by the State – in the form of a particular benefit – of maintenance obligations, under which specific benefits are granted from the whole society.

Obviously, we cannot deny that life and family situations are sometimes complicated, which partly explains the frequently repeated judicial statement concerning the need to depart from "rigid" regulation of the issue of family relations. Paradoxically, however, the interpretation of the concept of "family", which is supposed to refer to the life situation of applicants, features a kind of automatism. Regardless of the reasons for the "absence" of a parent or spouse, the mere circumstance is sufficient to exclude that person from the family circle, which thus enables the granting of one of the benefits provided for by the statute. Consequently, the finding that persons who have the obligation to maintain the family community are actually outside it provides *per se* a prerequisite for the financial involvement of the State. This circumstance not only abstracts from the premises of subsidiarity, but also strengthens the conviction

⁶⁴ See the judgment of the CT of 12 February 2014, K 23/10, part III, point 5.2.

⁶⁵ See the judgments of the CT of: 15 November 2005, P 3/05, part III, point 3; 19 April 2011, P 41/09, part III, point 3.3; 10 March 2015, P 38/12, part III, point 5.1.

⁶⁶ See the judgment of the TC of 18 May 2005, K 16/04, part III, point 4.

⁶⁷ See the judgement of the CT of 23 June 2008, P 18/06, part III, point 4.4.1.

⁶⁸ See the judgment of the CT of 12 April 2011, SK 62/08, part III, point 4.6.

that the lack of undertaking the activities to which family members are obliged poses no problem and requires no remedy, since in the systemic context it is “someone else”, which means, in fact, the other members of society, who solve this problem for the obliged persons.

3. Concluding remarks

The objective of the presented analysis was to draw attention to those elements of the constitutional content which allow for considering the “family” as a constitutional concept with a specified scope of meaning. This more general view from the constitutional perspective was intended – on the one hand – to systematise the issues which, in various aspects, are the subject of discussion and divergent assessments. On the other hand, it was to provide a point of reference for the manner of regulating the issue of family relations that may be noticed at the statutory level. The juxtaposition of the two levels – statutory and constitutional – allowed to notice and indicate two problems. The first one concerns the adopted manner of defining the family and it leads to a situation in which the concept used by the legislator for specific purposes – defining the group of entities entitled to receive financial assistance from the State – diverges significantly from the criteria required for identifying the family on constitutional grounds. Thus, it leads to a discrepancy which, at the statutory level, not so much extends the constitutional concept, as actually replaces it. As a consequence, the “family for benefit purposes” stops having much in common with the family whose support has its source in the constitutional provisions. Additionally, the second recognised problem arises. The mere disturbance in the way the family is identified results in the fact that assistance granted to the family by the State raises objections as to its compliance with the principle of subsidiarity. The substitution of the family as a community of parents and children for an undefined group distinguished by the criterion of common household and income poses the question of the admissibility of financing such entities – defined by the legislator as the family – by means of allowances financed by all members of the society⁶⁹. This question seems to be all the more justified in the context of the objections that certain existing social benefit mechanisms raise from the perspective of subsidiarity⁷⁰.

⁶⁹ Cf. the criteria for granting such allowances – the judgment of the CT of 21 October 2014, K 38/13, part III, point 2.1.

⁷⁰ Cf. ANDRZEJEWSKI (2019) *op. cit.* 23–27.

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONCEPT OF A PERSON IN THE PHILOSOPHICAL- ANTHROPOLOGICAL SENSE AND A LEGAL SUBJECT AS A HOLDER OF PERSONALITY AND HUMAN RIGHTS

Katarina PEROČEVIĆ*

PhD student (Pázmány Péter Catholic University)

Abstract

The legal status of human beings has been the subject of discussion by numerous theoreticians in the history of philosophy and law, from Kelsen and Fuller, to Dewey and Arendt, natural law and positive law theoreticians. Throughout history, the legal status of a person has been an interesting mixture of reality and abstraction, naturalistic and legal-technical perspectives. Different theoretical interpretations have always resulted in different practices. The paper aims to offer a more detailed picture of approaches to the legal status of a natural person as a holder of human and personality rights as well as to point out the importance and reasons for the recognition of legal subjectivity of each human being.

Keywords: legal subjectivity, human being, human rights, personality rights

1. Introduction

The category of legal subject is identified in such a way that A is included in the legal system X, which prescribes the rights and obligations of A, from which it follows that A is the legal entity of that system.¹ The concept of a legal subject is a complex concept. The complexity of the concept is „the reason why changes in the scope of

* <http://orcid.org/0000-0003-3622-7891>

¹ Cf. Ludvig BECKMAN: Personhood and Legal Status: Reflections on the Democratic Rights of Corporations. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, vol. 47. no. 13. (2018) 20.

defined subjects are rare, since they require drastic changes in the system.⁴² Most legal systems do not have a consolidated basic law that would determine the legal personality of a human being, and „different areas of law, with various approaches to legal personality, prescribe different determinants and parameters of legal subjectivity.“⁴³ Law is an expression of culture, and therefore legal subjectivity. The prevailing ethical theory in a community reflects the attitude of whether some people are morally more important than others, which is why it is also decisive for the legal status of every human being.

Without exaggeration, we can claim that determining the content of the concept of a natural person, and then the legal status of every human being, is „one of the most important in every legal era.“⁴⁴ The fight over the definition of a person „represents a fight over basic social values“, according to Nelkin.⁵ The philosophical, and then also the legal concept of a person is the subject of different interpretations and radical tensions in some societies. Strong metaphysical disagreements exist especially in the context of determining whether persons, and then legal subjects, are all human beings. Although it is clear that every person is a legal subject and holder of human and personality rights, legal and moral theory and practice sometimes leaves open the question whether the human beings in so-called ‘borderline situations’, such as human embryos and fetuses, people in coma and mental patients, have legal personality.

2. Historical development of the legal subjectivity of a natural person

Concepts can be properly understood, including the concept of a legal subject, only when they are placed in an appropriate socio-historical perspective.⁶ In this way, it is possible to determine the content of the definition and its interpretation. The legal status of human beings has been the subject of discussion by numerous theoreticians

² Phillippe DUCOR: The Legal Status of Human Materials. *Drake Law Review*, vol. 44. no. 2. (1996) 198–200.; James CRAWFORD–John BELL: *International human rights and humanitarian law*. Cambridge, Cambridge University Press, 1st edition, 2002. 16. They claim that international law faced problems when it had to give subjectivity to entities other than states.

³ Lisette TEN HAAF: Future Persons and Legal Persons: The Problematic Representation of the Future Child in the Regulation of Reproduction. *Open Access Journal*, vol. 5. no. 1. (2016) 23. See also: Zoë ROBINSON: Constitutional personhood. *George Washington Law Review*, vol. 84. no. 3. (2016) 608. Courts lack a framework for analyzing legal personality because there is no coherent doctrine on this issue.

⁴ Cf. Britta VAN BEERS: The Changing Nature of Law’s Natural Person: The Impact of Emerging Technologies on the Legal Concept of the Person. *German Law Journal*, vol. 18. no. 3. (2017) 560. Likewise Dorothy NELKIN: The Problem of Personhood: Biomedical, Social, Legal, and Policy Views. *Health and Society*, vol. 61. no. 1. (1983) 110.

⁵ Jens DAVID OHLIN: Is the concept of the person necessary for human rights?. *Columbia Law Review*, vol. 105. no. 1. (2005) 212–214., 224.

⁶ See also: Paul BAUMGARDNER: Legal Right and Personhood in Hegel’s Phenomenology of Spirit. *Birkbeck Law Review*, vol. 4. no. 1. (2016) 16.

in the history of philosophy and law, from Kelsen and Fuller, to Dewey and Arendt, natural law and positive law theoreticians. Throughout history, the legal status of a person has been an interesting mixture of reality and abstraction, naturalistic and legal-technical perspectives. The later concepts only supplemented the earlier ones, while the core remained the same.⁷ Different theoretical interpretations have always resulted in different practices.

In the history of legal theory, two fundamental approaches to the legal status of a natural person crystallized. According to the first, the legal status of a natural person is understood as a philosophical-anthropological concept, while according to the second, the legal status of a natural person is exclusively a 'technical', abstract status.⁸ The first one was inherited from the Greeks and implies the connection of legal status with the essential and universally inherent nature of a natural person, while the second approach to the legal status of a natural person is technical, defined according to the consequences arising from its content.

In Roman law, the legal subject was understood as a technical concept. According to Mussawira and Connal, „a natural person in Roman law was only one of the legal operations with a legal purpose.“⁹ Baumgardner finds one of the reasons for the technical concept of a person in Ancient Rome in „a wide geographical area in which no deeper meaning was attached to the concept of a citizen so the technical definition of a legal person meant - an empty social self.“¹⁰ The disconnection of a legal subject from corporeal human beings meant that neither the birth nor the death of a human being, as a biological category, necessarily coincided with the moments of emergence and cessation of legal subjectivity.¹¹

The Romans used the term *persona* for a person, which was broader than a legal subject because it also included slaves.¹² According to Roman law, not all people were legal subjects, nor did they have equal rights within the framework of legal capacity, which consisted exclusively of property rights. „The term *capitis deminutio maxima* denoted a case in which an individual for certain reasons lost the status of a free man, status *libertatis*, and became a slave, that is, ceased to be a legal subject and became a legal object, *res*.“¹³ The reasons for this were sociological-economic and political -social relations, such as class and social affiliation, religion and sex. It can be concluded that the legal subjectivity of slaves was conditioned by changing

⁷ Cf. VAN BEERS op. cit. 569–570.

⁸ Cf. Miguel VATTER–Marc DE LEEUW: Human rights, legal personhood and the impersonality of embodied life. *Law, Culture and the Humanities*, vol. 1. (2019) 2–5.

⁹ Edward MUSSAWIRA–Connal PARSLEY: The law of persons today: at the margins of jurisprudence. *Law and Humanities*, vol. 11. no. 1. (2017) 53.

¹⁰ BAUMGARDNER op. cit. 16.

¹¹ Cf. VAN BEERS op. cit. 573. Thus, an individual could simultaneously represent different *personae*, depending on the legal and social situation (*pater familias*, owner, employee), by which the legal person was separated from the metaphysical connotations associated with the human individual.

¹² Cf. William J. CURRAN: An Historical Perspective on the Law of Personality and Status with Special Regard to the Human Fetus and the Rights of Women. *Health and Society*, vol. 61. no. 1. (1983) 59.

¹³ Marko PETRAK: Ex nihilo nihil fit. *Novi Informator*, vol. 3. (2017).

social circumstances, more precisely, economic goals. The fundamental purpose of a legal entity in Roman law was to resolve property-legal relations. The Roman-legal concept of a legal subject also includes Roman-legal circumstances (use of slaves for economic gains, a wide geographical area, etc.), as well as the purpose of the concept, which is fundamentally focused on property-legal relations.

3. The relationship between the concept of a person in the philosophical-anthropological sense and a legal subject

Subjective non-property rights are part of the rights within legal capacity. Precisely because of these personality rights, immeasurable rights, it is necessary to analyse whether a natural person in the legal sense is the same as the concept of a person in a philosophical sense, that is, whether the concept of a legal subject with legal capacity that also includes personality rights can be a technical category. Related to this is the question of whether there is a difference between the subject of human rights and personality rights.

The notion of a legal subject is at the centre of the struggle between legal positivism and natural-law theory, more precisely, the exclusively positivist understanding of the legal status of a natural person as fictional and technical on the one hand, and the natural-law understanding of a legal subject that is equal to the philosophical-anthropological understanding of a person, on the other. But should the legal subjectivity of a natural person be an 'either – or concept'? Given that the scope of legal capacity includes both personality and property rights, we can claim that the status of a legal subject requires both approaches. Such is the point of view of numerous other theoreticians who more or less agree with the position that there is a difference between a legal subject and a person in a philosophical-anthropological sense, but these are not completely separate concepts. Finnis as well proposes an approach that encompasses both understandings.¹⁴ Dewey believes that the concept of a legal subject is practical, in contrast to the concept of a physical person in the philosophical-anthropological sense, which is not.¹⁵ Kelsen claims that „law does not define man in totality, but with individual acts that belong to the community, and man as a naturalized subject is only an auxiliary concept of legal expertise that regulates the behaviour of many people.“¹⁶ Beckman believes similarly and claims that although legal subjectivity of a natural person is pragmatically determined by law, she remains a person in the philosophical sense.¹⁷ Coughlan believes that legal status is determined by purpose, so he concludes that the legal definition of

¹⁴ Cf. John FINNIS: *Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1st edition, 2011. 168.

¹⁵ Cf. John DEWEY: The Historic Background of Corporate Legal Personality. *The Yale Law Journal*, vol. 35. no. 6. (1926) 658–661. Dewey concludes that the concept of a natural person is dependent on non-legal considerations, such as historical, political, moral, philosophical, metaphysical, theological, which require heavy philosophical analysis.

¹⁶ Hans KELSEN: *Čista teorija prava*. Zagreb, Naklada Breza, 1st edition, 2012. 49.

¹⁷ BECKMAN op. cit. 23.

a person should be more restrictive than what a person naturally means.¹⁸ Olivia Little advocates a political, pragmatic concept of legal status, as separate from the natural.¹⁹ Grear believes that there is a deep and inseparable connection between a legal subject and a human being, although it is clear that legal subjects „are not just people“.²⁰ Van Beers sees the legal subject as a mask, the already mentioned *persona*, which represents „the roles that subjects play on the legal stage, while the naturalistic conception of *personae* is necessary in the regulation of bioethical issues.“²¹ Mussawira and Parsley consider it necessary to separate the „functional and pragmatic, Roman concept of the person, from the philosophical, which has far-reaching theological, philosophical and political dimensions.“²² Ten Haaf distinguishes between naturalistic and constructivist approaches to legal personality, whereby the naturalistic approach implies the determination of the philosophical-anthropological status of a person, while constructivism would imply the creation of legal subjectivity, thus, its separation from the philosophical-anthropological status.²³ We can conclude that the majority of theoreticians relate the legal and philosophical notion of person, with the fact that legal includes entities other than human beings, while on the other hand, man is more than a legal definition.

The legal status of a natural person is a question of positive law, but when it includes subjective non-property rights arising from the nature of things, then it is necessary to connect the rights of personality with the natural, philosophical-anthropological status of a person. That is why the legal status of a human being as a fiction is appropriate in the field of property rights, but not in the protection of fundamental rights to life and liberty. Companies represent legal fictions that arise from the fulfilment of presumptions and their legal personality does not imply a subjective non-property right to life, while a human being is a legal subject *ipso iure*, with personality rights. Many theoreticians agree with this statement. Vatter and De Leeuw warn that an exclusively fictional conception of the legal status of a physical person leads to „functionality generating disembodiedness, which leaves human life unprotected“.²⁴ Legal fiction can create „dangerous and alarming legislation“, Aljalian

¹⁸ Cf. Michael J. COUGHLAN: *The Vatican, the Law and the Human Embryo*. London, Macmillan, 1st edition, 1992. 62.

¹⁹ Cf. Margaret Olivia LITTLE: Abortion and the Margins of Personhood. *Rutgers Law Journal*, vol. 39. no. 2. (2008) 347.

²⁰ Cf. Anna GREAR: Human rights – human bodies? Some reflections on corporate human rights distortion, the legal subject, embodiment and human rights theory law critique. *Law Critique*, vol. 17. no. 2. (2006) 179.

²¹ VAN BEERS op. cit. 579.

²² MUSSAWIRA–PARSLEY op. cit. 53.

²³ Cf. TEN HAAF op. cit. 5–10. The naturalistic approach sees a legal person as a reflection of a human being in real life, and consists of a biological and ontological substrate. In constructivist approaches, a legal person is not defined as a reflection of a human being in everyday life, but as a legal construct that can be anything and is the product of a legislative decision.

²⁴ VATTER–DE LEEUW op. cit. 2–4.

argues.²⁵ Van Beers concludes similarly. She sees legal fiction as a „striking example and possibility of law for distorting the truth in order to achieve some purpose“.²⁶ The legal subjectivity of a natural person, understood exclusively as a technical one, unrelated to the philosophical concept of a person, makes it possible to reduce man to a means. In today’s postmodern society, biotechnological development causes changes in everyday life, which in various dimensions bring the possibility of improving human life and nature, but at the same time carry the danger of dehumanization and denaturalization of human beings, in which postmodernist and poststructuralist philosophy plays a significant role. „Dignity is oppressed by postmodern efforts to subjugate man as a means to realize an uncontrolled will to dominate“.²⁷ Thus, the legal subjectivity of a physical person, a human being, understood exclusively as a fiction, could be a legal tool for the implementation of biotechnological goals while denying personality rights, fundamental human rights.

4. Difference between human and personality rights

4.1. What is human right?

The content of the term ‘human right’ is undefined and does not satisfy one of the basic rules of definition, the prohibition of circularity. The circularity of the definition of human rights is inevitable, if we take into account „that the inherent nature of a right is human, *differentia specifica*, in relation to other, ‘ordinary rights’, *genus proximum*, which are also human.“²⁸ Not every right that a human being has is a ‘human right’.²⁹ It is not easy to explain the difference between positive right that is not human and ‘human right’, even though determination of the difference is important, especially in the context of the discussion about fundamental human rights, which exist as natural rights regardless of their recognition in a particular positive legal system.

The creation of a norm, that is, a human right, implies a procedure that includes three levels: the first level implies the establishment of an object that is considered suitable for „identification as a human right“, the second level implies „the creation of a binding norm“.³⁰ In the third phase, it is necessary to make the norm enforceable,

²⁵ Natasha N. ALJALIAN: Fourteenth amendment personhood: Fact or fiction. *St. John’s Law Review*, vol. 73. no. 2. (1999) 499.

²⁶ VAN BEERS op. cit. 580.

²⁷ Dubravka HRABAR: Postmoderno doba kao predvorje negacije dječjih prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 57. no. 3. (2020) 668.

²⁸ Gregori GRAOVAC: Geneza i važnost prava na osobnu slobodu. *Zagrebačka pravna revija*, vol. 2. no. 2. (2013) 240–241. Likewise: James GRIFFIN: Human rights: questions of aim and approach. In: Ernst GERHARD –Jan-Christoph HEILINGER (ed.): *The Philosophy of Human Rights Contemporary Controversies*. Stuttgart, De Gruyter, 1st edition, 2012. 6.

²⁹ Cf. Christian TOMUSCHAT: *Human rights: Between Idealism and Realism*. Oxford, Oxford University Press, 1st edition, 2003. 3.

³⁰ Cf. Ibid. 31.

that is, to ensure its effectiveness through mechanisms and procedures.³¹ While the last two levels are clear and imply the usual procedure of creating and executing a norm, the first level is complex. The complexity is manifested in the fact that determining the object of human rights opens up a complex area of power struggle over the definition of human rights. In order to determine the object of human rights, it is necessary to know the source of human rights. Scientific discussions do not reach a consensus on this fundamental question. Although there are several schools and definitions of human rights, we can divide them into two main ones. On the one hand, there are advocates of human rights who find their basis in human nature, that is, natural law, while on the other hand there are advocates of the political concept of human rights. The first concept implies that human rights derive from human nature, its foundation is in the dignity of the human being. The second concept implies a functional approach, which to some extent can be identified with the United Nation's working definition of human rights in global politics.³²

4.2. Personality rights

Each personality right is a subjective civil right, but a non-property right, which is why it is more difficult to define, considering that as a non-property category it encompasses the field of philosophy. In terms of their content, personality rights represent a mixture of „many contents of public and private law, law and morality“.³³ The root of the modern concept of personality rights (as well as human rights) is found in natural law and the concept of inalienable personal rights with which every person is born and which represent the reason for existence and the basis of legal personality. Such rights are the right to life and liberty.³⁴

Radolović defines the personality rights as a branch of law that

„by using the means of civil law protects the personality, the totality of the psycho-social state of a person.“³⁵ Gavella defines personality rights as „goods that belong to a person as a biological being, such as life, body, health and as those that are in each legal order recognized to every person as a spiritual and social being, such as freedom, honor, reputation, name, image, privacy.“³⁶

³¹ Ibid.

³² Cf. GRIFFIN op. cit. 12–13.

³³ Aldo RADOLOVIĆ: Specifični postupovnopравни problemi u zaštiti prava osobnosti. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, vol. 63. no. 3–4. (2013) 712.

³⁴ Cf. Nikola GAVELLA: *Osobna prava*. Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1st edition, 2000. 13–15.

³⁵ Aldo RADOLOVIĆ: Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27. no. 1. (2006) 133.

³⁶ GAVELLA (2000) op. cit. 31.

„Personality rights are private rights, not public rights, and they grant the legal subject absolute power over his personal, non-property assets“.³⁷ Their positive aspect consists in the authorization to dispose of and decide on personal property, while the negative aspect of personality rights refers to the fact that others should respect it and refrain from harming it. Personality rights are not absolute rights, but can be limited. Private rights are limited by natural laws, acquired characteristics of individuals, social circumstances and the law, and in legal relations everyone is obliged to refrain from anything that would injure someone’s person, things or subjective rights.³⁸

4.3. The distinction between personality rights and human rights

The distinction between personality rights and human rights is a complex legal issue. In German constitutional theory, the aforementioned issue is designated as the „problem of foundation“ which „consists in the fact that the *Grundgesetz* recognizes a supra-positive, i.e. natural right, by which it is itself bound, which is contrary to the understanding that fundamental rights are granted by the Constitution, and that that is the only way they can be realized.³⁹ The mechanism by which human rights would become subjective civil rights is unclear.⁴⁰ McHugh starts from the fact that the difference can be found in „discovering the nature of human rights, that is, their root.“⁴¹ The natural law theory interprets that an individual has inalienable, intrinsic rights, even if he loses his political status in the community, which is why he is a subject of human rights regardless of the perception of a particular government. These are fundamental, natural rights that precede the state regulation of the legal system. Theoreticians such as Aramini, Ten Haaf, Orend and Goodale advocate the existence of inalienable rights, independent of any government.⁴² This was also concluded in an early decision of the Bavarian Constitutional Court, which argued

³⁷ Ibid. 27.

³⁸ Nikola GAVELLA: *Privatno pravo*. Zagreb, Narodne novine, 1st edition, 2019. 21. Limitations of personal rights are general and special. The general ones stem from the fact that every person is a social being who needs to respect the rules of the community, while the special ones represent cases when a person is limited, for example, in the right to bodily integrity (for example, when someone is forced to give a blood sample).

³⁹ As cited in Siniša RODIN: Osnovne značajke prava na slobodno razvijanje osobnosti u njemačkom ustavnom pravu. *Politička misao*, vol. 34. no. 1. (1997) 115.

⁴⁰ Likewise Alain DE BENOIST: *Beyond human rights: Defending Freedoms*. London, Arktos, 1st edition, 2011. 26. De Benoist concludes that the procedure by which human rights are recognized and declared is unclear. See also: Aldo RADOLOVIĆ: Ljudska prava i građansko pravo. *Vladavina prava*, vol. 1. (1997) 42.

⁴¹ James T. MCHUGH: What Is the Difference between a “Person” and a “Human Being” within the Law. *The Review of Politics*, vol. 54. no. 3. (1992) 456.

⁴² Michele ARAMINI: *Uvod u bioetiku*. Zagreb, Kršćanska sadašnjost, 1st edition, 2009. 88.; Mark GOODALE: *Human rights: An anthropological Reader*. New Jersey, Wiley – Blackwell, 1st edition,

that the Constitution recognizes the existence of natural rights.⁴³ Natural right as a pre-state, human right, should not be derogated by the positive law, in accordance with the conclusions of the Nürnberg process. However, not all constitutional rights, that is, human rights, are at the same time personality rights in the sense of civil law, but only those constitutional rights that can be constructed as subjective civil rights pass into civil law.⁴⁴ In order for a constitutional, human right to be a personality right, it should be „constructed as subjective and absolute in the sense of civil law, because without passing through that ‘filter’ it does not exist, and therefore personality rights are not the right to work, the right to an apartment (getting an apartment) or the right to social protection.“⁴⁵ Therefore, only rights that are enforceable can be considered subjective rights of personality. But can human rights be conditioned by the fact that they are recognized primarily as constitutional rights, and then as civil rights? Rodin believes that „by entering the community, the rights of the individual are limited, as well as the freedoms that they enjoyed until then, therefore the constitutional guarantees of fundamental freedoms and rights must necessarily be interpreted in the described context, because rights and freedoms are primarily positive rights and freedoms that arise from social contract and it is not possible to determine or realize them without it“.⁴⁶ Rodin talks about the mutual intertwining of the natural-legal foundation and positive-legal guarantees in such a way that „the constitutional status of fundamental rights cannot be understood as a mere recognition of the pre-state and pre-legal, ‘natural’ freedom and equality that is independent of the state and positive law, rather they exist only to the extent that they can be actualized.“⁴⁷ But can the actualization of rights condition their existence? It is dependent on the nature of rights. If it’s about basic human rights, like the right to life and liberty, the answer is no. But we can question the subjective-legal significance of the right to work, if the state cannot be sued for not providing it to every individual. Human rights, mainly of the first generation, due to their foundation in human nature, are constituted as subjective rights and are guaranteed in the civil law sphere, and enforced. Other human rights, such as the right to work, due to their dependence on social circumstances, that is, their expressed positive-legal aspect, are not subjective civil rights. Therefore, the right to life for example, is both a human right and a personality right, but even when its civil law significance is denied, it remains a pre-positive right.

2009. 4.; Brian OREND, *Human rights*, Ontario, Broadview Press, 1st edition, 2002. 75.;TEN HAAF op. cit. 8.

⁴³ As cited in RODIN op. cit. 115.

⁴⁴ Cf. RADOLOVIĆ (2013) op. cit. 703.

⁴⁵ RADOLOVIĆ (2006) op. cit. 142.

⁴⁶ RODIN op. cit. 113.

⁴⁷ Ibid. 117.

4.4. Legal subject and a human being

Is there a difference between a legal subject and a human being as a subject of human rights, in line with the difference between human rights and personality rights? In the international legal framework, human rights are guaranteed to every person. Constitutional rights, i.e. fundamental human rights, belong to all human beings, who are also legal subjects, but with different personality rights. The above interpretation is in accordance with the egalitarian principles of the natural-law school. Radolović believes that „with some views, the school of natural law even harmed learning about the personality rights, because according to natural law all people are equal, and for the school of personality rights they are different, because unlike the school of natural law, which forces mere egalitarianism, the school of personality rights stimulates differences, personality, talents, abilities, intelligence.“⁴⁸ The above is true if we are talking about personality rights that depend on the personality itself, but it does not apply to rights for which the personality is not determined, unless we want to return to racism and similar *-isms*. De Benoist believes that „the abstract equality of human beings is contradictory to the proclamation of individuality of the subject because the unique value of the individual cannot be recognized without specifying what makes him different from others, which then implies that we are not equal.“⁴⁹ De Benoist ignores that the ascertainment of equality in human nature, and then fundamental rights, represents the minimum protection of fundamental rights for human beings and does not imply the denial of uniqueness, and then personal diversity. Every person is equal to another person in dignity and fundamental rights, such as the right to life and liberty. In contrast, the regulation of certain rights, such as the political right to vote, will depend on the personality of the individual person (for example, a person with a severe mental disorder will not have the right to vote). That is why every human being is a subject of human rights by virtue of being human, but as a legal subject he can have a limited number of rights based on legal capacity that depend on personality. Differences in personality rights that exist between individuals belong to the field of the social relations regulated by the state and does not apply to pre-state inalienable rights.

The constitutions of national states prescribe fundamental human rights to human beings by the fact of human equality, which are ascertained and not conditioned by allocation, while on the other hand, personality rights that depend on the individual characteristics of a person and differ depending on the personality of individuals, are guaranteed to each person depending on possessing those characteristics. That is why the concept of a legal subject is partly equal to what it means to be a human being, especially in the area of personality rights, which are substantively equated with human rights arising from human nature, while in some cases it can be fictional, technical, as in the area of property relations. That is why the legal concept of the subject is both a natural-legal and a social concept. Only the „natural-legal and

⁴⁸ RADOLOVIĆ (2006) op. cit. 138.

⁴⁹ DE BENOIST op. cit. 82.

technical“ approach to the legal personality of a natural person enables „the provision of minimum protection and equality in the status of all human beings, both slaves and embryos, who exist as subjects independent of human decision.“⁵⁰

5. Interpretations of the legal subject as a means of excluding human beings from subjectivity

The legal framework of a community determines when and to whom it will grant legal personality. If the legal status of a natural person in a community is interpreted as dependent on social circumstances, then it enables „social negation, that is, *de facto* exploitation and creation of subordinate groups of human beings.“⁵¹ The concept of a legal subject becomes „an arsenal and a dialectical weapon with which a social existence can be negated to a group of people.“⁵² What criteria have been used historically, and are still used today, to distinguish between different groups of people in order to treat them differently in terms of basic human rights? After the Second World War, anthropologists analysed how, based on human differences, such as race, language and culture, the definition of a person narrows or expands, so depending on socio-economic circumstances, some groups or individuals are placed below the line of social acceptability, thereby excluding them from legal system of fundamental rights protection. So often „people with disabilities, women, children, the sick and the elderly are qualified as not-fully human beings“.⁵³ Social practice, historically labelled as immoral, also excluded slaves, Jews, and the indigenous population from legal subjectivity. Hart, quoting Plato, describes the legal exclusion of human beings from the community in such a way that „the demand for equality is exceeded by something that society considers of greater value, and since some human beings have not developed essential human qualities, they naturally enter the classes of slaves, not free human beings“.⁵⁴ Analysing the genocide of African Americans in South Africa, Jews in Nazi camps, kulaks in Stalinist Russia, intellectuals killed in Cambodia, minorities and religious groups around the world, Goodale concludes that „the rationalization of some ideas leads to dehumanization, which constitutes the dominant strategy by which certain groups or individuals are isolated, after which

⁵⁰ FINNIS op. cit. 168.

⁵¹ Karen E. BRAVO: On Making Persons: Legal Constructions of Personhood and Their Nexus with Human Trafficking. *Northern Illinois University Law Review*, vol. 31. (2011) 471–473.

⁵² TOMUSCHAT op. cit. 79. Tomuschat states that history testifies that entire classes of people were not recognized as legal persons, therefore the exclusion of people from the category of persons is not new. Likewise VAN BEERS op. cit. 580.; DEWEY op. cit. 664–665.

⁵³ See also: GOODALE op. cit. 118. See also: DUCOR op. cit. 200–202. Ducor states that until 1855, France had the institution of civil death, which meant depriving the natural persons who were convicted of crimes from the status of subject of law.

⁵⁴ Herbert Lionel ADOLPHUS HART: *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 3rd edition, 2012. 162–163., 175.

murders and massacres follow“.⁵⁵ Similarly, Grear believes that the psychology of mass violations of basic human rights is almost always the same, it begins with the denigration of humanity (which is opened up by the linguistic and conceptual ambiguity of the legal subject and the human being) and ends up with the destruction of social sensibility towards the group of human beings.⁵⁶ The presentation of some examples follows:

Primitive societies, especially those of a nomadic, hunting character, conditioned belonging to the tribe by the fact that the individual had to accept the rules of the group.⁵⁷ In such societies, children with deformities were not considered worthy of recognition even at the level of an animal.

Basic human rights were systematically denied to natives. The Spanish and Portuguese invaders did not recognize the natives they found in America. In order to deny Indians human rights, especially the right to own material goods, it was denied that they were normal and reasonable human beings, and they were considered weak-minded and insane.⁵⁸ According to Solinger, it was a „biological interpretation of Indians as inferior.“⁵⁹ Indians were seen as enemies who were inferior, bad and unworthy of life, and the same was true for the Aborigines in Australia. In colonial states, there are numerous other examples of the existence of categorization of human beings into citizens on the one hand and subjects who lost their legal status on the other.⁶⁰

The criterion of the circumstances of birth was a condition for obtaining status throughout the entire history of the slavery system.⁶¹ Slaves were not subjects of law in Ancient Rome. In Ancient Rome, there was a division of the slave society into freemen and slaves, and the different social and legal position of slaves depended on the material conditions of life.⁶² Slaves were treated as property and belonged to the category of things called *res Mancipi*, like animals (such as horses and mules), and were the basic means of labour in the peasant economy.⁶³ Only when slavery became unprofitable at the end of the classical era in Ancient Rome was freedom declared the

⁵⁵ GOODALE op. cit. 113. Goodale cites examples such as Eskimo children who are not yet human according to the community's internal classification and may die from neglect; a victim of Boren hunters, who consider everything beyond their borders to be inhuman beings, etc.

⁵⁶ Cf. GREAR op. cit. 173–175.

⁵⁷ Cf. CURRAN op. cit. 58–75.

⁵⁸ See also: Marijan BIŠKUP: *Ljudska prava: povijesno-teološki osvrt*. Zagreb, Kršćanska sadašnjost, 1st edition, 2010. 49.

⁵⁹ Rickie SOLINGER: *Pregnancy and power*. New York/London, New York University Press, 1st edition, 2005. 29.

⁶⁰ For more details see: Michael IGNATIEFF: *Ljudska prava kao politika i idolopoklonstvo*. Beograd, Službeni glasnik, 1st edition, 2006. 105–106.

⁶¹ Cf. Junius P. RODRIGUEZ: *Slavery in the United States*. Oxford, Abc–Clio, 1st edition, 2007. 78.

⁶² Cf. Michele GEORGE: Slavery and Roman material culture. In: Keith BRADLEY – Paul CARTLEDGE (ed.): *The Cambridge world history of Slavery*. Cambridge, Cambridge University Press, 1st edition, 2011. 387.

⁶³ Cf. Jane F. GARDNER: Slavery and Roman Law. Ibid. 415–417.

state of nature, and slavery *contra naturam*.⁶⁴ The system of slavery placed economic interest before the interest of human beings.

The United States of America was founded as a democracy even though the system of slavery was widely practiced at that time. Thomas Jefferson claimed the existence of the inferior mental capacity of African Americans and the superior sensibility of whites (he himself was the owner of a large number of slaves).⁶⁵ The judgment of the US Supreme Court from 1857, *Dred Scott v. John Sandford* is significant. In that judgment, the judge did not consider it arguable that Mr. Dred Scott was a human being, but there was doubt about whether he was a person, and then a full member of society. It was decided by the majority opinion that Mr. Scott is not a citizen and therefore has no rights and privileges.⁶⁶ Throughout history, slave status has been defined on the basis of social interests, not the essence of a human being.

Another example is Jews in World War II. The Nazi extermination of Jews began by portraying them as monsters, taking away their legal status, excluding them from the world, putting them in ghettos and concentration camps.⁶⁷ Jews were declared non-human, and the process of their dehumanization formed the central strategy of the genocide.⁶⁸ Also, in Nazi Germany, laws and decrees institutionalized the 'T4 project', which referred to the killing of disabled people as well as the so called 'mercy killing' of the mentally retarded.⁶⁹

Communist regimes are another example of how violence against human beings is carried out by denying legal personality. Communist regimes were and are brutal authoritarian idolatries in the name of workers' welfare.⁷⁰ Kulaks were considered non-human in the Stalinist regime.⁷¹ In early 1929, Stalin led a campaign for the

⁶⁴ Cf. Marijan HORVAT: *Rimsko pravo*. Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 12th edition, 2020. 102.; Cf. Cam GREY: Slavery in the Late Roman World. *Ibid.* 482–483.

⁶⁵ Cf. Eva FEDER KITTAY: At the Margins of Moral Personhood. *The University of Chicago Press*, vol. 116. no. 1. (2005) 119.; BIŠKUP, op. cit. 38. Biškup states that the supporters of the conquest took over Aristotle's teaching that some people are by nature slaves, i.e. those for whom it is better to serve because they are not able to be owners of goods since they are not intelligent enough.

⁶⁶ Cf. Gregory J RODEN: Prenatal Tort Law and the Personhood of the Unborn Child: A Separate Legal Existence. *St. Thomas Law Review*, vol. 16. (2003) 213. According to Judge Taney, the framers of the Constitution did not originally intended to include African Americans in the word „citizen“. See also: Henry L. CHAMBERS: Dred scott: Tiered citizenship and tiered personhood. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 82. no. 1. (2007) 213., 219. African Americans were considered inferior, with fewer rights than others, and their status Taney compared to the status of Indians, another historically disadvantaged group.

⁶⁷ Cf. BIŠKUP op. cit. 49.

⁶⁸ Cf. GREAR op. cit. 173–175. Grear states that the Nazis declared the Jews to be subhuman and nonhuman, and the process of dehumanization formed the central strategy of the genocide.

⁶⁹ Cf. FEDER KITTAY op. cit. 120. On the first day when Hiter was appointed chancellor, 30 January 1933, acts on the sterilization of „inferior“ human beings were passed.

⁷⁰ See also: GOODALE op. cit. 226. Goodale states that Stalin ordered killing of all who threatened his rule, during which millions were imprisoned and killed. Likewise GREAR op. cit. 173., 175.

⁷¹ Cf. Andreas LAUN: *Pitanje moralne teologije danas*. Vienna, Herder and CO, 1st edition, 1992. 9. Laun compares kulaks and unborn human beings.

liquidation of the kulaks as a class of people, considering them a cheap tool and a pure means of the industrial process.⁷² According to Slavoj Žižek, Stalin's labor camps represented objective, anonymous and systematic violence embedded in the normal state of affairs.⁷³ A conservative estimate of the death rate of the kulaks is at least 6 million, and the mass killing was made possible, again, by the dehumanization of the victims, which is evident from the records of Stalin's gulag, where neither the word people (*liudi*) nor life (*zhizn'*) is mentioned in the context of the prisoners.⁷⁴

In postmodern society, the humanity and personality of human embryo and fetus is being questioned. There are numerous medical and philosophical criteria of theoreticians with which the personality and subjectivity of the human embryo and fetus is denied from the moment of fertilization.

Almost all violations of fundamental human rights involved dehumanization, denying the human being that he is a person, and putting economic interests and the interests of political power ahead of the individual. Today, it is established as a moral fact that anti-Semitic, racist and communist systems are profoundly unjust and cruel. The fact is that the existence of an individual, a person, that is, a human being, does not depend on human choice, any of the worldviews within the framework of pluralism and social recognition. By recognizing the personal rights of every human being, it is prevented from being treated as thing or animal and reduced to a means to achieve class and social, and sometimes individual goal. When a human being is deprived of its legal personality, it becomes a thing from a legal point of view. Therefore, we should legitimately ask ourselves with Cazor, what reasons allow us to treat some human beings, for example, human embryo and fetus, as less than human persons again, without being remembered as another epoch that exploited the weak.⁷⁵

6. Conclusion

Every human being is a legal subject and holder of personality rights, and the reason for this is that every human being is a member of human nature, which contains intrinsic dignity. The status of a legal subject is important, while it allows every person to be the holder of the right of personality. The concept of a legal subject is partly equal to what it means to be a human being, especially in the area of personality rights, which are substantively equated with human rights arising from human nature, while in some cases it can be fictional, technical, as in the area of property relations. That is why the legal concept of the subject is both a natural-legal and a social concept. The fictional legal subjectivity of a human being can be problematic in the

⁷² Cf. Golfo ALEXOPOULOS: *Illness and Inhumanity in Stalin's Gulag*. London, Yale University Press, 1st edition, 2017. 16.

⁷³ Ibid. 5.

⁷⁴ Cf. Ibid. 62. In *Gulag Archipelago*, Solzhenitsyn, describing the dehumanization of prisoners, stated that the authorities saw prisoners as things (*tovar*) to be used to the maximum level and then discarded as waste.

⁷⁵ Cf. Christopher KACZOR: *The Ethics of abortion: Women's rights, human life and the question of justice*. New York/London, Routledge, 1st edition, 2011. 102.

part that regulates subjective non-property (and not property) rights, if it conditions fundamental rights or is used for the purpose of achieving some goals that imply the denial of fundamental human rights. In today's postmodern society, biotechnological development causes changes in everyday life, which in various dimensions bring the possibility of improving human life and nature, but at the same time bring the danger of dehumanization and denaturalization of human beings, in which postmodernist and poststructuralist philosophy plays a significant role.

